



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo n° 10730.901738/2009-41
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão n° **9303-011.803 – CSRF / 3ª Turma**
Sessão de 19 de agosto de 2021
Recorrente ENEL CIEN S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)**

Data do fato gerador: 15/07/2005

PIS. COFINS. CONTRATO DE PREÇO PREDETERMINADO. APLICAÇÃO DO IGPM. REGIME DE INCIDÊNCIA NÃO 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 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. Hipótese em que não foi comprovado que a variação do IGPM teria sido inferior, no período, à variação do índice específico do setor.

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 maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencidas as conselheiras Tatiana Midori Migiyama (relatora), Érika Costa Camargos Autran e Vanessa Marini Ceconello, que deram provimento. Votou pelas conclusões o conselheiro Valcir Gassen. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos.

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas – Presidente em exercício

(documento assinado digitalmente)

Tatiana Midori Migiyama - Relatora

(documento assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Tatiana Midori Migiyama, Rodrigo Mineiro Fernandes, Valcir Gassen, Jorge Olmiro Lock Freire, Erika Costa Camargos Autran, Vanessa Marini Ceconello e Rodrigo da Costa Pôssas (Presidente em exercício).

Fl. 2 do Acórdão n.º 9303-011.803 - CSRF/3ª Turma
Processo n.º 10730.901738/2009-41

Relatório

Trata-se de Recurso Especial interposto pelo sujeito passivo contra acórdão 3002-000.218, da 2ª Turma Extraordinária da 3ª Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais que, por unanimidade de votos, rejeitou a preliminar suscitada no recurso e, no mérito, por voto de qualidade, negou provimento ao recurso voluntário, consignando a seguinte ementa:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Data do fato gerador: 15/07/2005

PRELIMINAR. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

O julgador não está obrigado a refutar expressamente todos os argumentos declinados pelas partes na defesa de suas posições processuais, desde que pela motivação apresentada seja possível aferir as razões pelas quais acolheu ou rejeitou as pretensões deduzidas.

PIS. COFINS. CONTRATO DE PREÇO PREDETERMINADO. APLICAÇÃO DO IGPM. REGIME DE INCIDÊNCIA NÃO 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 indispensável 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.”

Insatisfeito, o sujeito passivo interpôs Recurso Especial contra o r. acórdão, que trouxe, entre outros, que:

- As receitas decorrentes dos contratos em discussão encontram-se sujeitas ao PIS e Cofins cumulativos, pois todos os requisitos previstos na alínea “b” do inciso XI do art. 10 da Lei 10.833/03 e alterações posteriores estão presentes, uma vez que sua celebração ocorreu antes

de 31.10.03, seu prazo de vigência é superior a 1 ano, seu objeto é o fornecimento de energia inegavelmente um bem e contém cláusula de preço determinado;

- Todos os contratos foram devidamente homologados pela ANEEL naquelas condições, sendo forçoso concluir, insista-se que as receitas decorrentes enquadram-se na situação descrita na alínea “b” do inciso XI do art. 10 da Lei 10.833/03;

Suscita, assim, divergência em relação às seguintes matérias:

- Direito de calcular e recolher de forma cumulativa a Cofins e o PIS incidentes sobre as receitas derivadas dos contratos de fornecimento de energia;
- Nulidade da decisão em que as autoridades julgadoras se recusam a apreciar a totalidade dos argumentos do recurso voluntário.

Em despacho às fls. 572 a 578, foi dado seguimento parcial ao Recurso Especial interposto pelo sujeito passivo apenas em relação à divergência quanto ao direito de calcular e recolher de forma cumulativa a COFINS e o PIS incidentes sobre as receitas derivadas dos contratos de fornecimento de energia.

Contrarrazões ao recurso foram apresentadas pela Fazenda Nacional, requerendo a negativa do provimento ao recurso.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Tatiana Midori Migiyama, Relatora.

Depreendendo-se da análise do Recurso Especial interposto pelo sujeito passivo, entendo que devo conhecê-lo, eis que observados os requisitos do art. 67 do

RICARF/2015 – com atualizações posteriores. O que concordo com o exame de admissibilidade constante em despacho.

Passo a analisar o cerne da lide trazida em recurso especial, qual seja, se o reajuste estipulado no contrato descaracteriza o preço predeterminado.

Trago, preliminarmente, para aclarar, 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;

Pela leitura desse dispositivo, tem-se que não havia nenhuma previsão legal, até o advento da Lei 11.196/05, de alteração do regime de contribuição por aplicação de cláusula de reajuste nos contratos firmados.

Não obstante, não tenha tido à época previsão legal até o advento da Lei 11.196/05 dispondo que o reajuste nos contratos firmados implica a alteração do regime tributário, havia sido publicada a Instrução Normativa da Receita Federal determinando a alteração do regime tributário com a existência de cláusula de reajuste, conforme se lê nos arts. 1º e 2º da IN SRF 468/2004, *in verbis* (Grifos meus):

“Art. 2º 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 Se estipulada no contrato cláusula de aplicação de reajuste, periódico ou não, o caráter predeterminado do preço subsiste somente até a implementação da primeira alteração de preços verificada após a data mencionada no art. 1º.

(...)."

Assevera a autoridade fazendária, assim, através do art. 2º, § 2º, da IN SRF 468/04, ao conceituar o termo "preço determinado", que a existência de cláusula de reajuste descaracteriza o contrato como sendo predeterminado, alterando, conseqüentemente, a situação da pessoa jurídica da sistemática cumulativa para a não cumulativa das contribuições.

Logo, é de se mencionar que a referida Instrução Normativa havia extrapolado seu poder regulamentar, haja vista que tratou o reajuste de preço necessário à sua equalização ao poder da moeda como revisão do preço contratado, conferindo o aumento das alíquotas do PIS - de 0,65% para 1,65% - e da COFINS - de 3% para 7,6% com a alteração da aplicação da sistemática cumulativa para a sistemática não cumulativa.

No entanto, vê-se que, em respeito ao Princípio da Legalidade, somente poderia ocorrer aumento de alíquota tributária por meio de lei, em respeito ao art. 97 do CTN, sendo incabível a observância de ato infra legal para este intuito.

A IN SRF 468/04, que limitou a aceção do termo "preço predeterminado" restringiu o alcance da norma legal - o art. 10, inciso XI, alínea "b", da Lei 10.833/03, incorrendo em evidente ilegalidade.

Não obstante à essa constatação, tem-se que, posteriormente à IN SRF 468/04, 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 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.”

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, forçosamente, a apreciar também a IN SRF 468/04 e 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.

Sendo assim, em melhor análise da IN SRF 468/04, ainda que tenha sido editada à época sem previsão legal de “reajuste de preços”, entendo que o que se está propondo com essa norma é desbordar confusão no ordenamento jurídico – vez que a natureza do evento de reajuste de preço é diferente do evento de revisão de preço.

Eis que o reajuste contratual tem a finalidade de se “corrigir monetariamente” o preço já contratado/negociado para se manter o equilíbrio econômico financeiro do contrato – equalizando o preço já estipulado com o poder da moeda.

Ou seja, o reajuste não tem o condão de alterar o preço já contratado/negociado, mas sim, de apenas, em virtude de perdas inflacionárias, adequá-lo à realidade econômica.

Enquanto que a revisão do preço, com a definição pela continuidade de determinado serviço e em vista de circunstâncias extraordinárias, p.e. motivos concorrenciais, tem a finalidade de se estipular uma nova equação econômica para se firmar um novo preço junto ao contratado.

O que, de fato, alteraria o preço do serviço. É de se trazer também que o reajuste usualmente ocorre anualmente e no final do exercício, pois deve considerar os impactos inflacionários do ano corrente, diferentemente da revisão de preço, que poderá ocorrer pelas circunstâncias extraordinárias que influenciam as partes e o mercado (p.e., oferta e demanda).

Dessa forma, o reajuste, resultante da simples aplicação do índice de correção monetária não tem o poder de alterar o preço predeterminado. Tanto é assim, que não implica em obrigatoriedade de aditamento do contrato, bastando a previsão de cláusula de reajuste com a estipulação de um índice oficial para a atualização monetária do preço. O que passo, a desconsiderar aquela Instrução Normativa - IN SRF 468/04 - para o caso em apreço, em respeito à natureza dos eventos jurídicos – reajuste e revisão de preços – já que traz que o mero “reajuste” implicaria a alteração do preço antes firmado, confluindo da mudança da sistemática das contribuições

Quanto à IN SRF 658/06, publicada posteriormente à Lei 11.196/05 e que revogou a IN 468/04, que trouxe 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, em vista do exposto, que a IN SRF 658/06, especificamente sem eu 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.

Vê-se que houve citação expressa nos dispositivos da IN SRF 658/06, Lei 11.196/05 e art. 27 da Lei 9.069/95, *in verbis* (Grifos meus):

*“Art. 27. A correção, em virtude de disposição legal ou estipulação de negócio jurídico, da expressão monetária de obrigação pecuniária contraída a partir de 10 de julho de 1994, inclusive, **somente** poderá dar-se pela variação acumulada do índice de Preços ao Consumido, 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;

(...)”

O que, por conseguinte, poder-se-ia entender que **somente poderão ser considerados como contratos pré-determinados aqueles que forem corrigidos com base no custo de produção ou no IPCr, por expressa limitação legal.**

No entanto, *data vênia*, não compartilho desse singelo entendimento, o que passo a discorrer as minhas argumentações para tal sentimento.

A correção monetária *de per si* por sua natureza mantém o preço predefinido equalizando-o somente com o poder da moeda – o que, a meu sentir, nem precisaria de previsão legal para se fazer tal reajuste – necessário à manutenção de vários negócios jurídicos.

Sendo assim, a cláusula de reajuste é admitida para assegurar às partes a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro da avença.

Cabe lembrar que a Lei 8.666/93 – que dispõe sobre as licitações e contratos firmados pela Administração Pública, estabelece a observância obrigatória de determinadas regras, das quais a cláusula de reajuste de preço deve constar não apenas do instrumento contratual, mas também do próprio ato convocatório do processo de licitação (Grifos meus):

"Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, o dia e a hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

XI – critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;

(...)

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

III- o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios da atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;"

Com efeito, nota-se que o reajuste apenas representa o repasse da correção monetária durante a vigência do contrato, ou seja, mero reajuste mesmo e não o estabelecimento de um novo contrato – por decorrência de um novo preço – ou seja, reajuste de preço.

Tanto é assim, que não tem o condão de provocar alteração contratual, conforme demonstrado no art. 65, § 8º do art. 65 da Lei de Licitações (Grifos meus):

"Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

*§ 8.º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, **as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.**"*

Em vista do exposto, o mero reajuste de preço, em respeito ao poder da moeda, não altera o contrato já firmado, tampouco há que se falar em mudança do preço acordado. Ou seja, a mera atualização do preço, por decorrência da desvalorização da moeda, não poderia descaracterizar o contrato com preço pré-determinado.

Continuando, é de se recordar ainda que os dispositivos da Lei 11.196/05 e da própria IN SRF 658/05, transcritos anteriormente, traz que não se descaracteriza o contrato como predeterminado quando o reajuste de preços considerar **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 art. 27 da Lei 9.069/95 (que citou o índice IPC-r.)**

Quanto ao índice de atualização, a Lei 11.196/05 e a IN SRF 658/05 até o momento faz menção ao art. 27 da Lei 9.065/95 que, por sua vez, traz que somente poderão ser considerados como contratos pré-determinados quando reajustados pelo IPC-r.

Mas o índice foi extinto. O que resta a pergunta: como aplicar um índice já extinto?

É de se trazer que o IPC-r foi extinto e substituído por outros índices, inclusive o IGPM – índice utilizado pelo sujeito passivo. E, não obstante ter sido também substituído pelo IGPM, importante trazer o que diz o art. 8º da Lei 10.192/01 (Grifos):

“Art. 8º A partir de 1º de julho de 1995, a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística IBGE deixará de calcular e divulgar o IPC-r.

§ 1º Nas obrigações e contratos em que haja estipulação de reajuste pelo IPC-r, este será substituído, a partir de 1o de julho de 1995, pelo índice previsto contratualmente para este fim.

§ 2º Na hipótese de não existir previsão de índice de preços substituto, e caso não haja acordo entre as partes, deverá ser utilizada média de índices de preços de abrangência nacional, na forma de regulamentação a ser baixada pelo Poder Executivo.”

Nos termos do art. 8º, § 1º, da Lei 10.192/01 descrito acima, pode-se considerar, para fins de reajuste, o índice previsto contratualmente para esse fim – já que havia sido extinto o IPC-r.

Há que se observar também os dizeres do art. 2º da Lei 10.192/01:

“Lei nº 10.192/01

Art. 2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

(...)”

Destarte, tendo em vista que o IGP-M é um Índice Geral de Preços do Mercado e uma das versões do Índice Geral de Preços – IGP, medido pela Fundação Getúlio Vargas e tem

como finalidade registrar a inflação de preços, forçoso se afirmar que a utilização desse índice seria aplicável para se alterar o preço contratado/negociado, e não para se atualizar o preço estipulado em contrato.

Seria tão danoso tal entendimento de que não se poderia utilizar o IGPM como índice para a atualização do preço no contrato ora firmado - que a própria Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel traz em seu site que o reajuste para a atualização monetária dos contratos deve considerar o IGPM.

Cabe elucidar que a Aneel foi instituída pela Lei 9.427/96, tendo por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.

E, dentre as suas atribuições, consta a gestão dos contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, bem como atuar para se zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica.

Dessa feita, compete a Aneel zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando as práticas de mercado, além de gerir os contratos de concessão de energia elétrica – o que, para tanto, poderá regular o índice a ser utilizado para se atualizar tais contratos. O que efetivamente faz e fez no presente caso ao expor a possibilidade de se utilizar o IGPM como índice de atualização monetária do preço.

Frise-se esse entendimento a decisão emanada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1169088 - MT 2009/0235718-4 – o que peço licença para transcrever a ementa:

“Ementa

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ART. 535, II, DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF. INTIMAÇÃO PESSOAL DA

FAZENDA. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. NATUREZA PREVENTIVA. SÚMULA 7/STJ. ART. 10, XI, "B" DA LEI 10.833/03.

CONCEITO DE PREÇO PREDETERMINADO. IN SRF 468/04. ILEGALIDADE. PRECEDENTE. ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. MULTA. AFASTAMENTO. SÚMULA 98/STJ.

1. O provimento do recurso especial por contrariedade ao art. 535, II, do CPC pressupõe seja demonstrado, fundamentadamente, entre outros, os seguintes motivos: (a) a questão supostamente omitida foi tratada na apelação, no agravo ou nas contrarrazões a estes recursos, ou, ainda, que se cuida de matéria de ordem pública a ser examinada de ofício, a qualquer tempo, pelas instâncias ordinárias;

(b) houve interposição de aclaratórios para indicar à Corte local a necessidade de sanear a omissão; (c) a tese omitida é fundamental à conclusão do julgado e, se examinada, poderia levar à sua anulação ou reforma; e (d) não há outro fundamento autônomo, suficiente para manter o acórdão. Esses requisitos são cumulativos e devem ser abordados de maneira fundamentada na petição recursal, sob pena de não se conhecer da alegativa por deficiência de fundamentação, dada

a generalidade dos argumentos apresentados. Incidência da Súmula 284/STF.

2. Não cabe recurso especial quanto à controvérsia em torno da intimação pessoal da Fazenda, sob pena de usurpar-se competência reservada ao Supremo, nos termos do art. 102 da CF/88, já que o aresto recorrido decidiu com base em fundamentos essencialmente constitucionais.

3. Inadmissível recurso especial que demanda dilação probatória incompatível, nos termos da Súmula 7/STJ. No caso, a Corte de origem afirmou, expressamente, tratar-se de impetração preventiva, o que afasta o prazo decadencial de 120 dias para a impetração, premissa que não pode ser revista neste âmbito recursal.

4. O 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. Precedente.

5. A multa fixada com base no art. 538, parágrafo único, do CPC, deve ser afastada quando notório o propósito de prequestionamento dos embargos de declaração. Incidência da Súmula 98/STJ.

6. Recurso especial conhecido em parte e provido também em parte.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe parcial provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator.”

Nessa seara, proveitoso trazer também ementa do julgado pelo STJ quando apreciou o REsp 1089998/RJ RECURSO ESPECIAL 2008/0205608-2 (Grifos meus):

“Ementa

TRIBUTÁRIO. COFINS. REGIME DE CONTRIBUIÇÃO. LEI N. 10.833/03. INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 468/2004. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

1. Cuida-se de recurso especial interposto pelo contribuinte, questionando o poder regulamentar da Secretaria da Receita Federal, na edição da Instrução Normativa n. 468/04, que regulamentou o art. 10 da Lei n. 10.833/03.

2. O art. 10, inciso XI, da Lei n. 10.833/03 determina que os contratos de prestação de serviço firmados a preço determinado antes de 31.10.2003, e com prazo superior a 1 (um) ano, permanecem sujeitos ao regime tributário da cumulatividade para a incidência da COFINS. (Grifo meu.)

3. A Secretaria da Receita Federal, por meio da Instrução Normativa n. 468/04, ao definir o que é "preço predeterminado", estabeleceu que "o caráter predeterminado do preço subsiste somente até a implementação da primeira alteração de preços" e, assim, acabou por conferir, de forma reflexa, aumento das alíquotas do PIS (de 0,65% para 1,65%) e da COFINS (de 3% para 7,6%).

4. Somente é possível a alteração, aumento ou fixação de alíquota tributária por meio de lei, sendo inviável a utilização de ato infralegal para este fim, sob pena de violação do princípio da legalidade tributária.

5. No mesmo sentido do voto que eu proferi, o Ministério Público Federal entendeu que houve ilegalidade na regulamentação da lei pela Secretaria da Receita Federal, pois "a simples aplicação da cláusula de reajuste prevista em contrato firmado anteriormente a 31.10.2003 não configura, por si só, causa de indeterminação de preço, uma vez que não muda a natureza do valor inicialmente fixado, mas tão somente repõe, com fim na preservação do equilíbrio econômico-financeiro entre as partes, a desvalorização da moeda frente à inflação." (Fls. 335, grifo meu.)

Mantenho o voto apresentado, no sentido de dar provimento ao recurso especial.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Meira, acompanhando o Sr. Ministro Humberto Martins, a Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha e Castro Meira (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator."

Ademais, cabe trazer ainda que, nos termos do voto do relator do acórdão recorrido – o ilustre ex conselheiro Gilson Macedo trouxe:

"[...]

A Associação Brasileira dos Produtores Independentes de Energia Elétrica APINE – protocolou consulta com fins de averiguar a possibilidade do "enquadramento dos índices utilizados para reajuste de preços dos contratos de compra e venda de energia elétrica celebrados anteriormente a 31/10/2003, nas disposições do inciso II do § 1º do art. 27 da Lei nº 9.069/95 e, conseqüentemente, no art. 109 da Lei nº 11.196/05 e no § 3º da IN SRF nº

658/06, sejam eles o IGPM ou quaisquer previstos nos contratos padronizados, nos contratos aprovados e/ou homologados pela ANEEL ou contratos celebrados com condições específicas, com base na regulamentação vigente à época”.

Em resposta à consulta foi apresentado o Ofício 1431/2006SFF/ ANELL, com a seguinte conclusão:

[...]

Resta, portanto, hialino que o IGPM é índice que se amolda ao comando legal do art 27 da Lei n.º 9.069/95 e, conseqüentemente, no art. 109 da Lei n.º 11.196/05 e no § 3º da instrução Normativa SRF n.º 658, de 04 de julho de 2006.

[...]

De outra parte, resta ainda esclarecer que, conquanto tais fatos não tenham sido objeto da Nota Técnica n.º 224/2006 – SFF/ANEEL, de 16 de junho de 2006, os demais índices previstos nos contratos aprovados e/ou homologados pela ANEEL, bem como nos contratos celebrados com condições específicas, com base na regulamentação vigente à época, na medida em que visam exatamente refletir a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, mantendo o poder de compra da moeda, enquadraram-se nas disposições do inciso II do § 1º do art. 27 da Lei n.º 9.069/95 e conseqüentemente, nas disposições do art. 109 da Lei n.º 11.196/05 e no §3º do art. 3º da IN SRF n.º 658/06.

Nos termos da consulta formalizada pela APINE – Associação Brasileira dos Produtores Independentes de Energia Elétrica, a correção do preço por índices previstos nos contratos aprovados e/ou homologados pela ANEEL, bem como nos contratos celebrados com condições específicas, com base na regulamentação vigente à época, não descaracteriza o preço predeterminado.

A ANEEL é a Agência do governo competente para homologar as tarifas e seus reajustes, segundo as respectivas naturezas e fundamentos econômicos. Deste modo, uma resposta oficial sobre a natureza do reajuste não pode ser descartada por outro órgão do governo, sob pena de arranhar a segurança jurídica que sustenta o direito pátrio.

Feitas estas considerações, faltava nos autos a comprovação de que o contrato PIE 029.020, celebrado entre a recorrente e a CBEE, cumpriu os requisitos formais e foi aprovado pela ANEEL.

Após a diligência proposta por esse Colegiado, os autos retornaram com a informação de que o referido contrato foi apresentado à ANEEL, por intermédio da Carta CBEE 064/02, de 19 de fevereiro de 2002.

Ressalto que o Ofício n.º 104/2013SEM/ANEEL afirmou categoricamente que o contrato PIE 029.020 cumpriu com todas as exigências previstas na Resolução n.º 580, de 18 de dezembro de 2001, que autorizou a CBEE a comercializar energia elétrica no âmbito do mercado atacadista de energia elétrica.

*Portanto, resta evidente que o contrato PIE 029.020 foi aprovado pela ANEEL e possuía cláusula de reajuste em seu bojo, **de sorte que os reajustes praticados foram dentro dos limites previstos na legislação, de forma a não descaracterizar o preço como predeterminado.***

Assim sendo, não vejo motivos para apurar o PIS e a Cofins pelo regime da não-cumulatividade.

Forte nestes argumentos, dou provimento parcial ao recurso para determinar que as apurações do PIS e da Cofins, referentes aos períodos de apuração 01/01/2004 a 31/12/2005 e 01/03/2006 a 31/03/2006, sejam feitas no regime cumulativo.”

Ademais, tenho que para desconsiderar esse ofício, a autoridade fazendária deveria, de acordo com o art. 79, § 1º, do Decreto-lei 5.844/43, produzir contraprova demonstrando que os índices dos contratos eram superiores a esses, atestando eventual falsidade ou inexatidão desse Ofício.

Ante todo o exposto, entendo que o reajuste de preços efetuado nas condições descritas no artigo 27 da Lei n.º 9.069/95, **independentemente do índice utilizado**, não descaracteriza a condição de preço predeterminado do contrato e, conseqüentemente, a sua manutenção no regime cumulativo, previsto na Lei n.º 9.718/98.

Frise-se tal entendimento a Solução de Consulta da 8ª Região 390 de 2006 - Os reajustes de preço de venda de energia elétrica determinados ou autorizados pela ANEEL, conforme procedimento previsto em cláusula de contrato de venda de energia, os quais expressem exclusivamente a variação de custos do gerador/vendedor, reconhecida por aquela agência, são aceitáveis para efeito do que dispõe o art. 109 da Lei 11.196/05, não descaracterizando o fornecimento a preço predeterminado.

Em vista de todo o exposto, voto por dar provimento ao Recurso Especial interposto pelo sujeito passivo.

É o meu voto.

(Assinado digitalmente)

Tatiana Midori Migiyama

Voto Vencedor

Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Redator Designado.

Em que pesem a clareza e objetividade constantes do voto da ilustre conselheira relatora, peço licença para dele discordar, pelos fundamentos a seguir apresentados.

A matéria controvertida é a sistemática aplicável à recorrente, cumulativa ou não cumulativa, para apuração do PIS/Pasep e da Cofins. Já enfrentei o tema no acórdão 9303-008.501, cujo entendimento ratifico aqui.

De acordo com o inc. XI do art. 10 da Lei nº 10.833/2003, as receitas relativas a contratos firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003, com prazo superior a 1 (um) ano e que se refiram a construção por empreitada ou de fornecimento, a preço predeterminado, de bens ou serviços, devem permanecer no regime cumulativo do PIS/Pasep e da Cofins.

Em relação à regra acima apresentada, o art. 109 da Lei nº 11.196/2005 esclarece que a caracterização de contrato de fornecimento a preço predeterminado pode ser mantida, mesmo que haja previsão de atualização dos preços, porém estabelece as situações onde isso é possível: (a) quando o reajuste de preços é realizado em função do custo de produção ou quando o reajuste é baseado em índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados.

Pois bem, no caso, a atualização dos valores se deu pelo IGP-M, índice que não reflete a variação dos custos dos insumos, mas é composto por uma cesta de valores dissociados desses custos. Portanto, em meu entendimento pessoal, isso já seria suficiente para deslinde da questão, aplicando a sistemática não cumulativa ao contribuinte.

Ocorre que, no caso específico, temos outro ponto de extrema importância e que é considerado pela maioria do colegiado, na análise do tema. Com efeito, não houve sequer prova de que a efetiva variação do índice eleito pelo contribuinte, o IGP-M, teve, no período em discussão, variação inferior aos índices aceitos pela legislação.

Ressalto meu entendimento pessoal de que, mesmo que houvesse, nos autos, prova de que, no caso concreto, a variação efetiva do IGPM (índice utilizado no contrato) tivesse sido inferior àquela decorrente da aplicação do Índice próprio setorial, ainda assim estaria descaracterizada a natureza de preço predeterminado para o contrato, devendo aos correspondentes valores recebidos ser aplicada a tributação consoante a sistemática não cumulativa das contribuições. Isso, porque, na verdade, qualquer índice pode ter variação inferior ou superior àquela esperada. Assim, o contribuinte, ao utilizar um índice diverso daquele próprio do setor, decidiu correr o risco de ocorrer uma variação maior ou menor. Em outras palavras, basta o contribuinte estar sujeito a resultados diversos daqueles decorrentes do uso do índice próprio setorial, para que o contrato seja descaracterizado como contrato a preço predeterminado.

Por fim, afasto os argumentos referentes à normatização infralegal de agências de controle. Além de desnecessários à solução do litígio, não podem ter efeitos tributários, em função do princípio da legalidade.

Em vista do exposto, voto por negar provimento ao recurso.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos