



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16682.721003/2022-11
ACÓRDÃO	1301-007.409 – 1ª SEÇÃO/3ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	14 de agosto de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	SALOBO METAIS S/A
RECORRIDA	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2017

EXPORTAÇÃO. PREÇO DE TRANSFERÊNCIA. MÉTODO PECEX. DESPESAS NÃO SUPOSTADAS PELO EXPORTADOR. CUSTOS DE INTERMEDIÇÃO.

O Método do Preço sob Cotação na Exportação - PECEX é de aplicação obrigatória na exportação de commodities. Despesas não suportadas pelo exportador não são contempladas nos ajustes da cotação do produto exportado. Apenas os custos de intermediação nas operações de compra e venda praticadas pelas pessoas jurídicas não vinculadas, assim entendidos os custos de intermediação cobrados pelas bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas, podem ser usados para ajuste dos preços comparados.

EXPORTAÇÃO. PREÇO DE TRANSFERÊNCIA. MÉTODO PECEX. FRETE.

O valor do frete não pode ser deduzido do preço parâmetro para fins de comparação, quando resta evidente que não está nele incluído.

LUCRO DA EXPLORAÇÃO. RECOMPOSIÇÃO EM LANÇAMENTO DE OFÍCIO. NÃO CABIMENTO.

O lançamento de ofício de crédito tributário não admite recomposição do lucro da exploração, pois esse benefício exige correção da escrita contábil e fiscal do contribuinte.

ACÓRDÃO

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade. Quanto ao mérito, acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em negar provimento ao recurso, vencidos os conselheiros Relator, José Eduardo Dornelas Souza, e Eduardo Monteiro Cardoso, que lhe davam parcial provimento para reverter as

glosas efetuadas a título de frete e de custo de intermediação. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Rafael Taranto Malheiros.

Assinado Digitalmente

JOSÉ EDUARDO DORNELAS SOUZA – Relator

Assinado Digitalmente

RAFAEL TARANTO MALHEIROS – Presidente e Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Iagaro Jung Martins, Jose Eduardo Dornelas Souza, Eduardo Monteiro Cardoso e Rafael Taranto Malheiros (Presidente).

RELATÓRIO

Trata o presente de recurso voluntário interposto em face de acórdão nº 109-016.728 da DRJ/09, que, por unanimidade de votos, rejeitou a preliminar de nulidade e julgou improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário exigido.

Por bem descrever o ocorrido, valho-me do relatório elaborado por ocasião do julgamento de primeira instância, a seguir transcrito, complementando-o ao final:

Trata-se de impugnação aos autos de infração pelos quais são exigidos créditos tributários de Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL relativos ao ano-calendário 2017.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal – TVF, o lançamento decorre da verificação de irregularidades identificadas nos ajustes efetuados nas bases de cálculo desses tributos a título de Preços de Transferência em operações com empresa ligada no exterior. As operações de exportação examinadas foram realizadas para a Vale International S/A (VISA), empresa situada na Suíça e integrante do mesmo conglomerado econômico da fiscalizada, e o produto negociado é minério de cobre, commodity sujeita à aplicação do método PECEX.

A fiscalização esclarece que a Salobo fez os seguintes ajustes ao preço parâmetro de cobre obtido nas cotações da London Metal Exchange - LME, bolsa de mercadorias e futuros cujas cotações foram utilizadas pelo contribuinte no cálculo dos seus preços parâmetro:

- 1- Ajuste da concentração de Cobre
- 2- Ajuste da concentração de Prata

- 3- Ajuste da concentração de Ouro
- 4- Umidade
- 5- Frete
- 6- TC/RC
- 7- Teor de Flúor+Cloro
- 8- Custo de Intermediação
- 9- Handling

Destes, a autoridade fiscal entendeu serem merecedores de uma análise mais detida, os itens relativos ao Frete (5), Teor de Flúor+Cloro (7), Custo de Intermediação (8) e Handling (9).

Teor de Flúor+Cloro

Em relação ao Teor de Flúor+Cloro, a fiscalização identificou uma incorreção na fórmula de cálculo utilizada pela empresa, já que não levaria em consideração o expurgo da umidade que consta na cláusula contratual. Esse erro foi reconhecido pela empresa fiscalizada, que encaminhou nova planilha com a correção da fórmula.

Handling

O Handling é um dos ajustes efetuados pela empresa para o cálculo do preço de transferência, que é feito em valor fixo de USD 15,00 por tonelada. De acordo com a autoridade fiscal, as informações prestadas pela empresa quanto à natureza desse ajuste foram conflitantes, ora afirmando tratar-se de “informação de mercado fechada em base anual”, ora de “ajuste [que] está previsto em cláusula contratual”. Em uma terceira prestação de informação, a empresa afirmou:

[...] que a handling fee é uma penalidade decorrente do manuseio do concentrado de cobre e tem como finalidade cobrir despesas de manuseio e operacionais, decorrentes do seu uso nas operações de blending, tendo em vista a complexidade desse produto, e que essa penalidade está relacionada à qualidade do cobre que está sendo negociado.

Questionada sobre o motivo de cobrar um valor fixo quando a cláusula prevê uma fórmula, respondeu que “a intimada esclarece que a fórmula a ser utilizada é a prevista contratualmente”.

Por isso, a fiscalização concluiu que “não resta dúvida de que os valores de handling fee utilizadas pela empresa nos ajustes do preço parâmetro estão incorretos, pois não levaram em consideração a fórmula que consta na cláusula contratual”. Ademais, a própria empresa fiscalizada teria reconhecido o equívoco em sua carta externa 391/2021 (DOC 3), e encaminhado nova planilha, ajustando o valor do Handling.

A despeito disso, a fiscalização entendeu que as respostas oferecidas pela fiscalizada demonstram que tal ajuste não encontra respaldo na legislação vigente quando da ocorrência do fato gerador, seja porque a própria empresa não consegue esclarecer sua natureza, seja porque o conteúdo do aditivo ao contrato evidencia que é uma multa decorrente da qualidade dos concentrados negociados. Nesse caso, essa variável já teria sido considerada na fixação do preço praticado, já inferior ao do mercado, conforme demonstra o seguinte excerto do TVF:

[...] Ora, a análise da planilha com o cálculo do preço de transferência, apresentada pelo contribuinte, demonstra que o produto vendido por ele para a Vale International tem, em média, uma concentração de 38,5% de cobre. Sabe-se que, uma vez que o comprador pode não ser capaz de recuperar todo o metal presente no concentrado, o vendedor recebe o pagamento de 90% a 98% do cobre. No caso em tela, a Vale International paga à Salobo o valor correspondente a 96,7% do cobre presente no seu concentrado – esse é o pagável de cobre estipulado no contrato entre essas empresas. De acordo com estudo realizado em 2017 pela OCDE, o pagável para um concentrado com presença de 30% de cobre é de 96% a 97% do valor do metal presente, enquanto para um concentrado com presença de mais de 30% de cobre, esse ajuste de recuperação pode ser reduzido. Ou seja, o preço do concentrado vendido pela Salobo para a Vale International parte de um pagável de cobre compatível com um concentrado com apenas 30% do metal, quando na verdade seu produto tem um teor médio de 38,5% de cobre. Um preço, portanto, considerando sua qualidade, já abaixo do mercado.

Além disso, foram feitos outros ajustes no valor da cotação da LME afetos à qualidade do cobre negociado, tais como: penalidades relativas à concentração de elementos deletérios como flúor e cloro, desconto relativo à umidade, além da taxa de tratamento e refino – TC/RC.

Nesse caso, a admissão da dedução decorrente da qualidade do concentrado implicaria duplicidade.

Custo de intermediação

Os ajustes a título de custo de intermediação foram realizados no percentual de 5,5% dos preços parâmetros. Em relação a esse custo, a empresa informou que a LME não cobra custo de intermediação e que este custo é deduzido com base em estudo realizado pela Ernest Young sobre riscos, funções e ativos da trader, e que sua base legal seria o inc. IV, §10 do art. 34 da IN 1.312, de 2012.

Segundo a autoridade fiscal, o custo de intermediação apresentado não tem qualquer relação com o previsto na norma tributária, especialmente porque os custos de intermediação admitidos como ajustes são os cobrados pelas bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas.

Frete

A fiscalização apurou que o contribuinte pleiteou ajustes a título de frete com base em valor determinado por estudo realizado pela consultoria Drewry. Estaria, assim, deduzindo da cotação o valor correspondente ao frete de Itaqui –

Hamburgo. A empresa consideraria que o preço de referência utilizado pela LME é CFR (Cost and Freight), com entrega em armazéns localizados na Europa, enquanto o seu preço de venda seria FOB (Free on Board), o que não incluiria o valor do frete marítimo. Entretanto, intimada a esclarecer sobre as características do contrato padrão da LME utilizado, não teria sido capaz de demonstrar as especificações relativas ao frete nesse contrato.

No entender da fiscalização, o contrato padrão da LME não inclui valor de frete, razão pela qual não autorizaria qualquer dedução a esse título. Além disso, a autoridade fiscal afirma que, ainda que houvesse ajuste relativo a frete a ser efetuado, o método utilizado pela fiscalizada teria sido equivocado. Em relação a essa questão, destaca-se o seguinte excerto do TVF:

Contudo, na realidade, a venda na LME é na modalidade FOB, pois cabe à empresa compradora arcar com o custo do transporte do armazém onde foi disponibilizado o cobre até a sua refinaria.

Mas, ainda que se pretendesse expurgar um valor de frete marítimo, esse valor teria que ser uma média dos fretes incluídos nas negociações da bolsa, da mesma forma que o valor do cobre fornecido pela LME é um valor médio dos contratos negociados.

Fica claro, portanto, que as premissas utilizadas pela Drewry são incompatíveis com a realidade pois, na sua teoria, todos os fretes seriam equivalentes ao percurso ItaquiHamburgo, o que já vimos não ser o caso.

Considerando comprovado que o valor do frete não está incluído no preço parâmetro, o ajuste relativo a ele foi integralmente glosado por ausência de respaldo legal.

Do lançamento

Pelas razões que foram acima sumariadas, o ajuste a título de Flúor+Cloro foram recalculados segundo fórmula contratual e os ajustes à título de handling, frete e custo de intermediação foram integralmente excluídos do cálculo do preço parâmetro.

Da impugnação

Ciente da exigência fiscal, a empresa autuada apresentou sua impugnação alegando, em síntese, que:

- 1. o cálculo de preços de transferência realizado pela Impugnante está correto, não havendo qualquer ajuste a ser feito, sendo totalmente indevidas as cobranças envolvendo o IRPJ e CSLL plasmadas nos autos de infração ora impugnados.*
- 2. Os autos de infração são nulos, uma vez que decorrentes de um novo procedimento de fiscalização sobre período já anteriormente fiscalizado, sem que tenha havido a competente autorização do Delegado da Receita Federal.*
- 3. A impugnante já efetuou o pagamento dos ajustes de fórmula por ela reconhecidos que são referentes ao teor de flúor + cloro e ao custo de handling, cujos DARF foram juntados como anexo (doc. 04).*

4. A legislação pátria distorceu a sistemática de apuração do preço de transferência, uma vez que, por meio de presunções ou ficções, permite que seja tributada renda, sem que exista acréscimo patrimonial. Essa distorção é amplamente condenada pela doutrina pátria.

5. A reformulação de cálculo do preço parâmetro, por parte do fisco, deve ocorrer sempre com a devida cautela e parcimônia e pautada na transparência, para que sejam atenuados os vícios intrinsecamente ligados à sistemática em comento, viciada desde a origem, em virtude das distorções contempladas legalmente. Os métodos elencados na lei devem ser considerados meramente sugestivos e jamais taxativos.

6. A fiscalização agravou as distorções legais ao desconsiderar descontos previstos na lei, nos quais há identificação precisa e pormenorizada dos valores descontados para apuração tanto do preço praticada quanto do parâmetro.

7. A fiscalização, sem se valer de elementos contundentes de prova, objetiva esvaziar o conteúdo e o papel exercido pela VISA no âmbito das atividades desempenhadas pela Impugnante. A Impugnante apresentou documentos que demonstram a salutar função da VISA na comercialização internacional dos minérios que, apesar de serem minimizados pela fiscalização, são bastante contundentes. É essencial que os custos de intermediação da trader, de acordo com seus riscos, funções e ativos, sejam devidamente considerados na apuração do preço de transferência, a fim de que haja a correta comparabilidade com as operações com partes independentes que se utilizam de traders com similares riscos, ativos e funções.

8. A fiscalização insiste em asseverar que os custos de intermediação devem estar limitados aos custos da LME, sem qualquer ajuste e de forma diametralmente oposta ao comando da Lei 9.430/96, artigo 19-A, caput e § 1º, que expressamente determinam a necessidade de ajustes aos preços cobrados pelas bolsas, de forma a atender a teleologia do preço de transferência, que consiste em equiparar operações de partes relacionadas com aquelas realizadas entre partes independentes e que sejam efetivamente comparáveis.

9. A VISA, ao assumir a função de distribuidora de pleno direito, arca com todos os riscos associados à comercialização do produto, dentre os quais se destacam os riscos de mercado, comercial, suprimentos, de liquidez, de crédito, de inventário e de transporte. Logo, é incoerente desconsiderar-se o relevante custo de intermediação, tratando a VISA como um mero operador de bolsa de mercadorias, que não assumiria risco algum, não empregaria nenhum ativo e cujas funções seriam efetivamente muito limitadas. Nesse caso a legislação deixaria a Impugnante em uma encruzilhada. Por um lado, não permite que ela assumia, contratualmente, os riscos relacionados às operações da VISA. De outro lado, também não autorizaria que os riscos efetivamente assumidos pela VISA sejam levados em consideração para fins de atribuição de margem bruta de lucro, no contexto da aplicação do PECEX. Trata-se de contradição inaceitável, que deve ser afastada.

10. A atuação se fundamentou em suposta impropriedade do Parecer da EY na obtenção da margem dos custos de intermediação utilizados pela Impugnante no cálculo dos preços de transferência. Em adição ao trabalho realizado pela EY que embasou a utilização da taxa a título de custo de intermediação de 5,5%, a Impugnante contratou o anexo Parecer, elaborado pela CRU International Ltda. (Doc. 05) Conforme se passa a demonstrar, o Parecer elaborado pelo CRU faz ruir o pilar argumentativo do fiscal, pois corrobora, por meio estudo próprio, que o percentual praticado pela Impugnante para

dedução do custo de intermediação é legítimo e acertado. O laudo elaborado pelo CRU corrobora, de forma profunda e minudente o laudo da EY já apresentado --- afasta quaisquer dúvidas acerca da possibilidade de dedução das despesas a título de custos de intermediação, de modo que, por qualquer prisma que se analise o tema, razão assiste à Impugnante.

11. A IN RFB 1395/2013 alterou a norma anterior, estabelecendo uma série de variáveis que poderiam ser consideradas nos ajustes, entre elas, os custos de intermediação. Após esse regramento, a IN RFB 1568/2015, de forma ilegal, passou a restringir o conceito de custos de intermediação, de forma a limitá-los aos valores cobrados por bolsas de mercadorias e futuros.

12. O fisco, ao lavrar os autos de infração impugnados, se agarrou à literalidade de tal norma, inviabilizando a realização de ajustes baseados nos custos com tradings, em operações que não são realizadas por intermédio de bolsas. Cabe repisar que no caso em tela, a VISA é distribuidora de pleno direito, incorrendo em muito mais custos decorrentes de suas robustas funções e ativos, bem como na assunção de maior escala de riscos do que um mero trading.

13. A evolução da regulamentação da Receita Federal sobre o tema revela significativas alterações no tratamento dos ajustes possíveis na aplicação do PECEX. Entretanto, a regulamentação não pode expandir nem restringir a amplitude dos dispositivos legais interpretados, em desconformidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

É dizer, não está ao livre alvitre do órgão regulamentador aumentar ou restringir o âmbito de sua interpretação legal.

14. O conceito de “prêmio médio de mercado”, utilizado pela lei de preços de transferência para a fixação da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, é privativo de lei, não podendo Instrução Normativa desbordar de seus limites, seja para ampliá-lo ou reduzi-lo indevidamente. O conceito de “prêmio médio de mercado” que melhor se adequa ao texto legal é o de: ajustes para mais ou para menos do preço cotado que reflitam as práticas de partes não relacionadas, em transações realizadas no mercado de commodities em negociações em bolsa ou fora dela. Os ajustes devem abarcar não somente os descontos e sobrepreços que costumam ocorrer entre partes não relacionadas em sede da bolsa de mercadorias e futuros, mas também aqueles cobrados em outros foros de negociação, fora de bolsa, como no caso das exportações realizadas por intermédio de trading companies ou distribuidores.

15. Mesmo que um produto em particular tenha cotação em bolsa, isso não significa que o Método PECEX será aplicável tomando-se em conta, como parâmetro, operações em bolsa. Em outras palavras, ainda que a bolsa sempre seja o ponto de partida para a apuração do PECEX, haverá hipóteses em que a operação parâmetro entre as partes a ser considerada será uma operação fora de bolsa (motivo pelo qual são necessários ajustes).

16. A legislação de regência estende a aplicação do método de forma que sejam tomadas como parâmetro operações fora de bolsa, cujos produtos negociados sequer tenham cotação na bolsa, como é o caso, por exemplo, do concentrado de cobre e do minério de manganês. Tanto é assim que o § 5º do mesmo dispositivo, que faz remissão ao § 1º, trata expressamente da hipótese de o bem conceituado como commodity não ter cotação em bolsa, caso em que permite a comparação com dados obtidos a partir de instituições de pesquisas setoriais ou agências e órgãos reguladores.

17. Se o regime de preços de transferência também considera como parâmetro para fins de obrigatoriedade da aplicação do PECEX, operações realizadas fora da bolsa, inclusive relativas a bens não cotados em bolsas de mercadorias e futuros, não há sentido em restringir-se o conceito de “prêmio médio de mercado” aos ajustes realizados em negociação em bolsa, sobretudo no que tange à Impugnante, que se encontra na condição de empresa que não tem qualquer influência ou ingerência na formação de preços.

18. A interpretação coerente da lei 9.430/96, no contexto em que inserida, aponta para conceito de prêmio médio de mercado como ajustes para mais ou para menos do preço cotado usualmente realizados no mercado de commodities, seja em negociações em bolsa, seja em negociações fora dela. É em relação a essa interpretação que deve ser aferida a legalidade da interpretação da Receita Federal do Brasil, veiculada por meio de instrução normativa. Nesse contexto, verifica-se que a IN 1.568/15 adotou indevida aceção restritiva do conceito de “prêmio médio de mercado”, desbordando os limites impostos pela Lei nº 9.430/96.

19. A atribuição de valor à transação decorrente de preço de transferência não pode ocorrer de tal forma a tributar, pelo IRPJ, o que renda não é, ou, pela CSLL, o que com lucro não se confunde. A atribuição do valor cotado às transações entre partes relacionadas com commodities não poderá imputar à pessoa jurídica brasileira receitas que levem a uma renda ou lucro que efetivamente não é seu, sob pena de flagrante ilegalidade (lesão ao art. 43 do CTN e 1º e 2º da Lei nº 7.689/88). Em se tratando de exportação por intermédio de trading company, a aplicação do Método PECEX não poderá ignorar essa circunstância, mormente quando há empresa efetivamente existente, cujas operações incluem o exercício de uma série de funções e a tomada de uma infinidade de riscos, operando ativos tangíveis e intangíveis estratégicos, o que ocorre com a VISA.

20. O tratamento internacional do “método das commodities” corrobora para a prevalência do entendimento de que o “prêmio médio de mercado” compreende qualquer ajuste, realizado na bolsa de mercadorias e futuros ou fora dela.

21. A obrigatoriedade da adoção do Método PECEX no caso de exportação de commodities sujeitas à cotação em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas, na forma do § 9º do art. 19 da Lei 9.430/96, incluído pela Lei 12.715/12, deve ser compatibilizada com a necessária flexibilidade dos métodos que, como visto, decorre do princípio do arm's length (não-favoritismo) e do conceito legal de renda, explicitamente positivado no art. 43 do CTN.

22. O ajuste deve ser aceito sob argumento de que o contribuinte utilizou método próprio, elaborado conforme o caráter sugestivo dos métodos legais.

23. O método PECEX experimenta indevidas limitações que não são estabelecidas para os outros métodos de apuração de preços de transferência. A norma que regulamenta o PECEX dispensa tratamento distinto a contribuintes que se encontram na mesma situação e, por tal motivo, não merece prevalecer, devendo ser atribuído o tratamento mais benéfico (margem de 5%) a todos os contribuintes.

24. Em relação ao ajuste relativo ao frete, o fiscal descreve a realização da operação como se ela ocorresse de forma linear, desconsiderando as negociações ocorridas de parte a parte, bem como a qualidade dos produtos adquiridos. Tem-se a sensação de que a negociação se dá como a compra de um produto de prateleira, produzido em larga escala, que os consumidores de cada um dos países consumissem exatamente o mesmo produto,

constante nos armazéns. Denota-se o total desconhecimento da operação, na qual, como adrede mencionado, além de contar com a complexa estrutura da VISA, há especificações da qualidade. Ademais, na distorcida narrativa fiscal, desconsiderou-se que a Impugnante não atua diretamente na LME diretamente, mas só utiliza o valor divulgado pela instituição como “referência”. A comparação entre preço praticado e preço parâmetro produzida pelo fiscal para promover o indigitado e inexistente ajuste é totalmente distorcida e distante da realidade, ao não permitir a dedutibilidade dos custos de frete. Isso porque, percorre-se um amplo caminho até que seus produtos sejam recepcionados pela Visa (por meio de suas controladas e filiais) ou pelo cliente final, por conta e ordem da VISA, dada a distância geográfica do Brasil e seus destinatários. Além disso, como já salientado, a Impugnante não opera diretamente na LME e, portanto, não é usuária dos multicitados armazéns aos quais o fiscal faz menção. Assim, seu ideal de “frete zero” cai por terra exatamente nessa assertiva.

25. A fiscal faz letra morta do robusto laudo produzido pela Drewry, instituição idônea e reconhecida mundialmente que estabeleceu, a pedido da Impugnante, os custos de frete entre Brasil e Alemanha, com metodologia impecável aduzindo todos os custos com seus principais componentes, influências dos fatores climáticos e outros elementos cruciais para o desenvolvimento dessa jornada.

26. Nas afirmações fiscais, olvidou-se “apenas” de duas questões em relação ao caso da Impugnante: (i) que os produtos são vendidos na modalidade CFR (incluindo o frete, portanto), bem como que (ii) a própria legislação autoriza o desconto das despesas de frete, como se infere do artigo 34, parágrafo 10º, VI, da Instrução Normativa 1312/2012 e suas alterações posteriores.

27. Em relação ao handling, o produto negociado pela LME é o catodo de cobre, e o negociado pela atuada é o salobo, um concentrado de cobre que pode ser considerado de segunda categoria. Assim, para que possa o produto vendido e exportado pela impugnante ser equiparado ao produto negociado pela LME, faz-se necessário o ajuste de preço. Somente com a realização do ajuste é que a comparação entre o preço praticado e o preço parâmetro será realizada tomando-se as mesmas bases e não implicando na distorção da apuração dos preços de transferência.

28. Não merece qualquer guarida a assertiva propugnada pelo DD. fiscal no sentido de que as explicações promovidas pela Impugnante não conduziram a um conceito seguro do que se qualifica como ajustes a título de handling. Isso porque, de fato, o handling fee consiste em informação de mercado fechada em base anual, como asseverado na resposta ao TIF 03. A essa informação soma-se a resposta ao TIF 04 na qual a impugnante consignou que o valor do ajuste está previsto na cláusula 1.2, inciso “v” do aditivo número 2 do contrato firmado entre a Impugnante e a Visa.

Adicione-se a isso outra informação verdadeira veiculada pela impugnante no sentido de que se trata de custo fixo no valor de US\$ 15,00 e varia conforme a umidade.

29. Ao calcular os ajustes ao lucro real, imputados à Impugnante, claro está que o i.

fiscal não levou em consideração a necessidade de redução de 75% do imposto sobre a renda que faz jus a Impugnante, no tocante ao lucro da exploração decorrente das atividades incentivadas no âmbito da Sudam/Sudene.

30. A IN 1312/12 é posterior à IN 267/02 e trata especificamente da repercussão do ajuste do preço de transferência na apuração do imposto sobre a renda, devendo prevalecer pelo critério temporal e de especialidade.

31. O art. 66 da IN 267/02 carece de base legal que o fundamente.

32. A contrapartida do imposto que deixa de recolhido referente aos incentivos fiscais a que faz jus a Impugnante, em virtude da atividade incentivada nas áreas de SUDAM/SUDENE, deve ser registrado contabilmente em reserva específica, sendo vedada a distribuição de lucros e dividendos a acionistas que tenham por base esses valores.

33. Não é possível a cobrança da multa no percentual de 75%, uma vez que configura um verdadeiro tributo disfarçado, o que não se pode admitir por violar o princípio da proporcionalidade, ofender a capacidade contributiva, configurando verdadeiro confisco.

Pelas razões que foram acima sumariadas, a impugnante pede que os autos de infração sejam considerados nulos e, em observância ao princípio da eventualidade, que sejam cancelados os autos de infração; que seja refeito o cálculo dos ajustes considerando-se o lucro da exploração. Protesta, por fim, pela produção de todas as provas em direito admitidas, inclusive a juntada de novos documentos.

Instruído com essa impugnação, e com os documentos que foram com ela juntados, o processo foi encaminhado à DRJ09 e distribuído para esta relatora.

Naquela oportunidade, a r.turma julgadora julgou improcedente a impugnação, cujo julgamento se encontra sintetizado pela seguinte ementa:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2017

EXPORTAÇÃO. PREÇO DE TRANSFERÊNCIA. MÉTODO PECEX. DESPESAS NÃO SUPOSTADAS PELO EXPORTADOR. CUSTOS DE INTERMEDIÇÃO.

O Método do Preço sob Cotação na Exportação - PECEX é de aplicação obrigatória na exportação de commodities. Despesas não suportadas pelo exportador não são contempladas nos ajustes da cotação do produto exportado. Apenas os custos de intermediação nas operações de compra e venda praticadas pelas pessoas jurídicas não vinculadas, assim entendidos os custos de intermediação cobrados pelas bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas, podem ser usados para ajuste dos preços comparados.

EXPORTAÇÃO. PREÇO DE TRANSFERÊNCIA. MÉTODO PECEX. FRETE.

O valor do frete não pode ser deduzido do preço parâmetro para fins de comparação, quando resta evidente que não está nele incluído.

LUCRO DA EXPLORAÇÃO. RECOMPOSIÇÃO EM LANÇAMENTO DE OFÍCIO. NÃO CABIMENTO.

O lançamento de ofício de crédito tributário não admite recomposição do lucro da exploração, pois esse benefício exige correção da escrita contábil e fiscal do contribuinte.

MULTA DE OFÍCIO. DESPROPORCIONALIDADE. OFENSA À CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. CONFISCO. INCOMPETÊNCIA DA VIA ADMINISTRATIVA. ENUNCIADO Nº 2 DA SÚMULA CARF.

O contencioso administrativo não é competente para se pronunciar sobre a constitucionalidade da lei tributária.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2017

TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Aplica-se à tributação da CSLL solução dada ao lançamento principal em face da estreita relação de causa e efeito. Portanto, o decidido para o lançamento de IRPJ estende-se aos lançamentos que com ele compartilham o mesmo fundamento factual e para os quais não há nenhuma razão de ordem jurídica que lhe recomende tratamento diverso.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2017

FISCALIZAÇÃO DO MESMO PERÍODO. AUTORIZAÇÃO. MPF. INEXIGÊNCIA. ENUNCIADO Nº 111 DA SÚMULA CARF.

O Mandado de Procedimento Fiscal supre a autorização, prevista no art. 906 do Decreto nº 3.000, de 1999, para reexame de período anteriormente fiscalizado.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Ciente do acórdão recorrido, e com ele inconformado, a Recorrente apresentou, tempestivamente, Recurso Voluntário, sem juntada de prova adicional, pugando por seu provimento.

É o Relatório.

VOTO VENCIDO

Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza, Relator.

O recurso é tempestivo e atende aos pressupostos regimentais de admissibilidade, portanto, dele conheço.

PRELIMINAR DE NULIDADE

Preliminarmente, alega a recorrente que os autos de infração são nulos, por ser decorrentes de um novo procedimento de fiscalização sobre período já anteriormente fiscalizado, sem que tenha havido a necessária autorização do Delegado da Receita Federal.

Esta alegação esteve em sua impugnação, e foi analisada pela DRJ, nos seguintes termos:

Esse argumento não merece acolhida, pois trata de questão já superada pela jurisprudência administrativa, conforme evidencia o seguinte enunciado da Súmula do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, dotado de efeito vinculante perante a Administração Tributária federal:

Súmula CARF nº 111 Aprovada pelo Pleno em 03/09/2018 O Mandado de Procedimento Fiscal supre a autorização, prevista no art. 906 do Decreto nº 3.000, de 1999, para reexame de período anteriormente fiscalizado. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Não há reparos a esta decisão, devendo prevalecer pelos seus próprios fundamentos.

Argui ainda a Recorrente que houve indevida omissão perpetrada pela decisão recorrida, por ausência de análise dos argumentos de defesa veiculados à ilegalidade da IN RFB nº 1.568/2015, a qual, segundo a Recorrente, impôs condições que desdobram o texto legal e acarretam majoração indevida de tributo. IN 1.213/12

Equivoca-se mais uma vez.

De fato, carece de competência a DRJ para apreciar eventual ilegalidade de atos emanados da Secretaria da Receita Federal, devendo, por outro lado, acolher as orientações por ela expedidas.

O fato do julgador não acolher tese sustentada pela contribuinte, sim, a tese contrária, ou seja, aquela defendida pela parte adversa, desde que o faça motivadamente, em nada implica cerceamento de defesa, até porque lhe é garantido o de direito de recurso para contrapor às razões consignadas e que lhe foram desfavoráveis.

Logo, não subsiste a alegação de nulidade da decisão recorrida.

DO MÉRITO

Quanto ao mérito, a discussão reside em supostas irregularidades identificadas pela fiscalização nos ajustes realizados de custos de intermediação envolvendo a empresa no que Vale Internacional S/A (VISA), empresa situada na Suíça e integrante do mesmo conglomerado econômico da recorrente, no que tange às exportações de concentrado de cobre, bem como de custos com frete e handling fee tendo o fisco veiculado cobrança de IRPJ e CSLL, além de realizar ajustes referentes ao prejuízo fiscal e à base negativa da CSLL, no que tange ao ano-calendário de 2007.

A discussão gravita em torno da interpretação do §9º, do artigo 19 da Lei nº 9.430, de 1996, que possui a seguinte redação:

Art. 19. As receitas auferidas nas operações efetuadas com pessoa vinculada ficam sujeitas a arbitramento quando o preço médio de venda dos bens, serviços ou direitos, nas exportações efetuadas durante o respectivo período de apuração da base de cálculo do imposto de renda, for inferior a noventa por cento do preço médio praticado na venda dos mesmos bens, serviços ou direitos, no mercado brasileiro, durante o mesmo período, em condições de pagamento semelhantes.

(...)

§ 9º Na hipótese de exportação de *commodities* sujeitas à cotação em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas, deverá ser utilizado o Método do Preço sob Cotação na Exportação - PECEX, definido no art. 19-A.

E o artigo 19-A, por sua vez, possui a seguinte redação:

Art. 19-A. O Método do Preço sob Cotação na Exportação - PECEX é definido como os valores médios diários da cotação de bens ou direitos sujeitos a preços públicos em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas.

§ 1º Os preços dos bens exportados e declarados por pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no País serão comparados com os preços de cotação dos bens, constantes em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas, ajustados para mais ou para menos do prêmio médio de mercado, na data da transação, nos casos de exportação para:

I - pessoas físicas ou jurídicas vinculadas;

II- residentes ou domiciliadas em países ou dependências com tributação favorecida; ou

III - pessoas físicas ou jurídicas beneficiadas por regimes fiscais privilegiados.

§ 2º Não havendo cotação disponível para o dia da transação, deverá ser utilizada a última cotação conhecida.

§ 3º Na hipótese de ausência de identificação da data da transação, a conversão será efetuada considerando-se a data de embarque dos bens exportados.

§ 4º As receitas auferidas nas operações de que trata o caput ficam sujeitas ao arbitramento de preços de transferência, não se aplicando o percentual de 90% (noventa por cento) previsto no caput do art. 19.

§ 5º Na hipótese de não haver cotação dos bens em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas, os preços dos bens exportados a que se refere o § 1º poderão ser comparados:

I - com os obtidos a partir de fontes de dados independentes fornecidas por instituições de pesquisa setoriais internacionalmente reconhecidas; ou

II - com os preços definidos por agências ou órgãos reguladores e publicados no Diário Oficial da União.

§ 6º A Secretaria da Receita Federal do Brasil do Ministério da Fazenda disciplinará o disposto neste artigo, inclusive a divulgação das bolsas de mercadorias e futuros e das instituições de pesquisas setoriais internacionalmente reconhecidas para cotação de preços.

A decisão recorrida entendeu que a lei não dá margem para que se adote qualquer valor diferente desse como sugerido pelo contribuinte, que, segundo a autoridade, está se utilizando de metodologia própria ao largo da lei. Com efeito, continua, o §5º é bastante claro ao afirmar que “na hipótese de não haver cotação dos bens em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas”, os preços poderão ser comparados com os obtidos a partir de fonte de dados independentes fornecidos por instituições de pesquisa setoriais e publicados no Diário oficial da União. Logo, em sua ótica, se há cotação em bolsa, o parâmetro será necessariamente “os preços de cotação dos bens constantes em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas, ajustados para mais ou para menos do prêmio médio de mercado”.

Em relação aos *custos de intermediação*, alega a recorrente que já na redação original do inciso IV havia limitação que comprometia o uso que a interessada pretende realizar, pois o custo admitido era o praticado entre pessoas não vinculadas, e no caso em questão, o custo é realizado com pessoa vinculada. Diz que a nova redação conferida pela Instrução Normativa RFB nº 1.568, de 2015, agregou uma explicação que reforça a impossibilidade de que a interessada promova a dedução que pretende, sem, porém, inovar o que diz respeito à sua situação.

A recorrente diz ainda que a referida IN RFB nº 1.568/15 está eivada de ilegalidade, na medida que impôs condições que desdobram o texto legal, acarretando, por conseguinte, majoração indevida de tributos.

Sustenta que a Receita Federal, ao regulamentar o dispositivo legal, na forma do §6º do art. 19-A acima transcrito, editou a IN RFB 1.312/12, que, em seu §7º do seu art. 34, determinou que para a aferição do “prêmio médio de mercado”, deveriam ser tomadas em conta variáveis como “*variações na qualidade, nas características e no teor da substância do bem vendido*”. Também na redação original, o §9 desse dispositivo determinava que “*além do prêmio, que consta do §7º, o valor poderia sofrer ajustes decorrentes das “diferenças entre o valor líquido recebido pelo vendedor e as variáveis que são consideradas na cotação específica da commodity*”. E, o §10, também em sua redação original, determinava serem esses ajustes “*adicionais*” o “*custo de transporte ao porto de destino e as influências climáticas nas características do bem*”.

Diz ainda que, posteriormente, a IN RFB 1.395/13 empreendeu alterações nesses dispositivos, e que a principal delas consistiu na introdução de uma série de incisos no §10, correspondentes a variáveis que poderiam ser tomadas em conta para fins do §9º. Dentre estas, prossegue, o inciso IV previa os “*custos de intermediação nas operações de compra e venda praticadas pelas pessoas jurídicas não vinculadas*”. Aduz que, justamente para apurar esse valor

decorrente de interpretação dos §13 e §14 do art. 34 da IN RFB 1.312/12, que contratou o Parecer junto a EY. E que, entretanto, sobreveio a considerada ilegal IN RFB 1.568/15, que alterou o referido inciso IV do §10 do art. 34 da IN 1.213/12, passando a restringir de forma indevida e contrária à Lei, o conceito de “custos de intermediação”.

Pois bem. Esta discussão não é inédita no CARF e ocorreu quando do julgamento do processo nº 16682.720914/2019-17, pela 1ª Turma da 4ª Câmara desta 1ª Seção, onde, por maioria de votos, negou-se provimento ao recurso, por meio do Acórdão nº 1401-006.991. Por concordar com os fundamentos da Declaração de Voto da lavra do Conselheiro Daniel Ribeiro Silva, ainda que vencido, transcrevo a seguir e adoto seus fundamentos com razões de decidir:

Com a devida vênia ao brilhante voto do ilustre conselheiro relator, dele divergi e apresento as razões pelas quais entendo que deve ser dado provimento ao Recurso Voluntário.

No mérito, me parece claro que a desconsideração integral dos custos de intermediação incorridos pela Recorrente importa em grave distorção e afeta diretamente a competitividade da empresa em condições normais de mercado. Isto porque, a utilização de intermediadora internacional que garanta maior proximidade e agilidade nas transações é realidade que na prática se impõe a praticamente todos os grandes exportadores, ainda mais tratando-se de commodities comercializadas na bolsa.

No caso concreto, também restou claro que a VISA era operacional e realizava grandes investimentos de logística, não se tratava de mera emissora de documentos fiscais.

De fato, a utilização da cotação de bolsa como um dos parâmetros para dar maior segurança na apuração do PECEX sempre foi aplicado, e era assim na IN 1312/2012.

O §1º do art. 19-A da Lei 9.430/96 vigente à época dispunha que no caso concreto os preços dos bens exportados e declarados por pessoas jurídicas residentes ou domiciliadas no País serão comparados com os preços de cotação dos bens, constantes em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas, ajustados para mais ou para menos do prêmio médio de mercado. Já os ajustes indicados na redação legal foram disciplinados por instruções normativas da Receita.

Inicialmente a IN 1312/2012 dispunha originalmente em seu §9º:

§ 9º Além do prêmio, que consta no § 7º, o valor da commodity poderá sofrer ajustes correspondentes às diferenças entre o valor líquido recebido pelo vendedor e às variáveis que são consideradas na cotação específica da commodity em bolsa de mercadorias e futuros, a que se refere o caput, ou em instituições de pesquisa setoriais, conforme definido pelo art. 36.

Por sua vez, tal redação foi alterada:

§ 9º Além do prêmio, que consta no § 7º, o valor da commodity poderá sofrer ajustes correspondentes às diferenças entre o valor suportado pelo vendedor e às especificações de contrato padrão estabelecidas pela bolsa de mercadorias e futuros, a que se refere o caput, ou em instituições de pesquisa setoriais, conforme definido pelo art. 36, tendo em vista as condições específicas de negócios, condições de venda - Incoterm, de conteúdo e de natureza física. (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1458, de 18 de março de 2014)

Ou seja, além do prêmio outros ajustes seriam considerados, tais ajustes estavam previstos no §10 que inicialmente era bem mais restrito, permitindo-se ajustes referentes apenas ao custo de transporte ao porto de destino e as influências climáticas nas características do bem.

Entretanto, ainda em 2014 sua redação passou a ser muito mais ampla, e permitia além de diversos ajustes os relativos ao custo de intermediação, redação que foi absolutamente limitada pela IN 1.568/15 que passou apenas a permitir os custos de intermediação cobrados pelas bolsas internacionais.

Entretanto, necessário ressaltar que, muito embora a tese fiscal e da PGFN gastem muito tempo discutindo a validade de tal mudança, o referido §10 apenas se aplica a pessoas jurídicas não vinculadas, o que não é o caso dos autos.

Isto porque, assim dispunham os § 13 e 14:

§ 13. Os valores previstos no § 10, a serem considerados como ajustes, deverão ser provenientes de operações praticadas entre pessoas não vinculadas. (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1395, de 13 de setembro de 2013)

§ 14. Na ausência de operações próprias da pessoa jurídica domiciliada no Brasil com pessoas não vinculadas, poderão ser utilizadas pesquisas efetuadas por empresa ou instituição de notório conhecimento técnico com base em publicações técnicas ou banco de dados internacionalmente reconhecidos.

Ou seja, tratando-se no presente caso de operações realizadas exclusivamente com pessoas jurídicas vinculadas, para fins de realização de ajustes poderia a Recorrente socorrer-se de laudo técnico produzido por instituição de notório conhecimento, algo que efetivamente ocorreu e que apontavam ajustes decorrentes dos custos de intermediação bem superiores ao que efetivamente foi praticado pela Recorrente.

Entendo, portanto, que ao afastar a aplicação dos ajustes indicados no § 10 para pessoas não vinculadas, interpretando-se de forma conjunta o §9 com o § 14 da referida IN, os custos a serem ajustados no preço passam a ser suportados através de laudos técnicos. [...].

Em razão disso entendi como insubsistente o lançamento.

[...]

Como disse anteriormente, a cotação em bolsa sempre foi um parâmetro a justificar o próprio PECEX, mas a redação anterior permitia ajustes superiores aos alterados pela IN 1.558. Isto pra mim é claro.

Ainda, no que se refere ao argumento subsidiário que acatei, da aplicação da margem de divergência constante do art. 51 da referida IN que para o Recorrente seria de 3%. Ora, resta claro que tal margem disposta na instrução é um claro reconhecimento da Receita Federal da realidade, qual seja, que existem custos a serem ajustados no preço dos produtos, conforme disposto na legislação.

E para tal fim, ajustes que seriam feitos dentro da margem indicada pela Receita (3%) seriam considerados como comprovados. Ou seja, se a Recorrente tivesse aplicado 3% não haveria lançamento. Como ela aplicou 5,5% amparado por estudos técnicos que a permitiriam aplicar percentual ainda maior, a Recorrente teve glosada a integralidade dos seus custos com intermediação, algo que não se afigura minimamente razoável e proporcional.

Deveria, portanto, a autoridade fiscal glosar o percentual que excederia os 3% entendidos pela própria administração tributária como custos presumidamente comprovados.

Essas foram as razões que me levaram a divergir do voto do nobre colega relator.

Com base no exposto, voto por dar provimento ao Recurso Voluntário.

Com efeito, não considerar o custo de intermediação incorrido na contratação da VISA é gerar grave distorção em relação aos preços que seriam praticados entre partes não relacionadas que entabulassem a mesma operação comercial, e conforme demonstrado nos autos, estes custos são expressivos e superiores, inclusive aos registrados em bolsas de mercadorias, deturpando, e caso não sejam considerados, compromete, a meu ver, a essência do controle dos preços de transferência, pautado no princípio do *“arm’s length”*.

O ajuste de custo de intermediação é imposto pela realidade do mercado de commodities e não se trata de casuísmo somente aplicado, pelo que se percebe, à Recorrente. Tal realidade de mercado é atestada de forma cabal pelos pareceres técnicos acostados aos autos.

Por esse motivo, deve-se acolher as razões de recurso no que diz respeito à ilegalidade da aplicação da IN 1.558/2015 que, claramente restringiu a forma de apuração do preço e, por consequência, afetou a carga tributária incidente na operação, tudo isso no meio de um ato infralegal. Não se trata de mero esclarecimento ou ajuste de redação, antes se permitia ajustar custos de intermediação de forma geral e após a alteração esses custos passaram a ser limitados aos cobrados pela bolsa.

Diga-se mais, a Receita Federal possui o entendimento, veiculado por meio da Solução de Consulta Cosit 176, de 8 de julho de 2015, no sentido de que a cotação em bolsa sequer precisa ser específica para o principal produto da Recorrente (minério de ferro), bastando haver produto similar:

ASSUNTO: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ MÉTODOS DE PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA. PREÇO SOB COTAÇÃO NA IMPORTAÇÃO – PCI. PREÇO SOB COTAÇÃO NA EXPORTAÇÃO – PECEX. CONCEITO DE COMMODITIES.

Para fins de aplicação dos métodos PCI e Pecex, consideram-se commodities os produtos negociados nas bolsas de mercadorias e futuros listadas no Anexo II e os produtos listados no Anexo I que estejam sujeitos a preços públicos nas instituições de pesquisa setoriais listadas no Anexo III, da Instrução Normativa RFB nº 1.312, de 28 de dezembro de 2012.

Na hipótese de inexistir cotação específica para o produto importado ou exportado, os preços declarados poderão ser comparados com os obtidos a partir de fontes de dados independentes fornecidas por instituições de pesquisa

setoriais internacionalmente reconhecidas listadas no Anexo III da IN RFB nº 1312, de 2012, sendo ajustados para mais ou para menos do prêmio médio de mercado.

No caso de exportação de produto, os preços declarados poderão, ainda, ser comparados com os preços definidos por agências ou órgãos reguladores e publicados no Diário Oficial da União.

A adoção dos métodos PCI/ PECEX é obrigatória ainda que não haja cotação específica, desde que o preço público possa ser alcançado através dos ajustes entre produtos similares para apuração do preço parâmetro. O prêmio médio de mercado também poderá ser aplicado a bem similar com referência em publicação de instituições de pesquisa setoriais internacionalmente reconhecidas. (grifamos)

Note-se que o método PECEX é aplicável a uma série de produtos que sequer têm cotação em bolsa, admitindo a Receita Federal, na forma do §5º do art. 19-A da Lei 9.430/96, cotações exclusivamente em entidades de pesquisas setoriais, do mesmo produto, ou mesmo de mero similares. Nesses casos, a operação na bolsa não funciona como parâmetro absoluto para a determinação do preço de transferência.

Logo, se o regime de preços de transferência também considera como parâmetro para fins de obrigatoriedade da aplicação PECEX, operações realizadas fora da bolsa, inclusive relativas a bens não cotados em bolsas de mercadorias e futuros, não vejo sentido em restringir-se o conceito de “prêmio médio de mercado” aos ajustes realizados em negociação em bolsa.

É dizer, o PECEX se aplica a produtos que, embora tenha cotação em bolsa, são negociados entre partes relacionadas e com terceiros, fora de bolsas. Aplica-se ainda, conforme reconhecido pela própria Receita, a produtos que sequer são cotados em bolsa. Nesses casos, a operação tida por parâmetro não pode restringir-se à bolsa.

Essas duas circunstâncias (aplicação do PECEX a produtos não cotados em bolsa e a produtos cotados em bolsa, mas primordialmente negociados fora dela) demonstram a incorreção de interpretar-se restritivamente o conceito de “prêmio médio de mercado”, para abranger somente ajustes realizados em bolsa, quando, na realidade, o Método também se aplica largamente tomando-se por parâmetro transações com produtos cotados, realizados fora do contexto de bolsas de mercadorias e futuros.

Em outras palavras, a interpretação coerente da Lei nº 9.430/96, no contexto em que inserida, aponta para o conceito de “prêmio médio de mercado” como ajustes para mais ou para menos do preço cotado usualmente realizados no mercado de commodities, seja em negociações em bolsa, seja em negociações fora dela. É em relação a essa interpretação que deve ser aferida, no meu sentir, a legalidade da interpretação da Receita Federal do Brasil, veiculada por meio de instrução normativa.

Logo, entendo, neste aspecto, que a IN SRF 1.568/15 adotou indevida acepção restritiva ao conceito de “prêmio médio de mercado”, desdobrando os limites impostos pela Lei nº 9.430/96.

Com relação às *glosas de frete*, a Recorrente enfatiza as particularidades dos produtos por ela produzidos (notadamente o concentrado de cobre), aduzindo, na sequência, que a decisão recorrida incorreu em equívoco quando tomou por base que a Recorrente atua diretamente na London Metal Exchange (LME)¹, o que não é verdade, pois ela só utiliza o valor divulgado pela instituição como “referência”. Diz ainda que a comparação feita Fisco (ratificado pela DRJ) entre o preço praticado e preço parâmetro é distante da realidade, pois percorre-se um amplo caminho até que seus produtos sejam recepcionados pela VISA (por meio de suas controladas e filiais) ou pelo cliente final, por conta e ordem da VISA, dada a distância geográfica do Brasil e seus destinatários.

E, após enfatizar que produziu um laudo, assinado pela empresa Drewry, que, a seu pedido, estabeleceu os custos de frete entre Brasil e Alemanha, aduz que a fiscalização olvidou-se de duas questões fundamentais, quando decidiu pela glosa do frete: i) que os produtos são vendidos na modalidade FOB (incluindo o frete, portanto), bem como que (ii) a própria legislação autoriza o desconto das despesas de frete, como se infere do artigo 34, parágrafo 10º, VI, da Instrução Normativa 1312/2012 e suas alterações posteriores.

A decisão recorrida, por sua vez, se manifestou sobre o tema da seguinte forma:

No que diz respeito ao frete, os argumentos da defesa não merecem melhor acolhida e a razão é bastante simples. A fiscalização demonstrou que não há valor de frete incluído no preço de referência da LME. Se o frete não está incluído no preço parâmetro, ele não pode ser deduzido para fins de comparação. Não se retira o que nunca esteve presente. O preço parâmetro não pode ser

¹ bolsa de mercadorias e futuros cujas cotações foram utilizadas pelo contribuinte no cálculo dos seus preços parâmetro

artificialmente reduzido ou, dito de outra forma, reduzido de forma não condizente com a legislação.

Se a empresa optou por vender por menos, é um ônus que não pode ser transferido à Fazenda Pública, porque mais uma vez se afirma: é legalmente presumida a manipulação dos preços.

Merece reforma a decisão.

Conforme visto, o §1º, art. 19-A da Lei 9.430/96, acima reproduzido, diz que o método PECEX busca comparar os preços dos bens exportados por pessoas jurídicas residentes ou domiciliadas no País, com os constantes em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas, ajustados para mais ou para menos do prêmio médio de mercado, na data da transação. Ou seja, o que se busca é equiparar os valores de mercado entre partes não vinculadas com o valor vendido para partes vinculadas. Para isso, o §10, art. 34 da IN 1.312/2012 dispõe sobre diversos ajustes permitidos para que se possa comparar o preço praticado ao preço parâmetro, dentre eles o frete.

Nesse rumo, parece-me que o valor divulgado pela LME trata-se de um valor de referência para as operações de venda de cobre, sendo ajustado para mais ou para menos a depender de uma série de fatores. Dentre eles, sem dúvidas, a forma, o local de entrega e a assunção de riscos.

Quando se observa o valor divulgado pela LME, percebe-se que nele está contido o fato de o produto ser entregue em algum armazém autorizado por ela, logo é inegável dizer que existe frete sim contido no preço, fato que não ocorreria, apenas se a produção fosse em estabelecimento localizado dentro do armazém da LME a ser selecionado pelo destinatário da mercadoria. Outro ponto que merece atenção é que há mudança de valor considerando o armazém que o produto será entregue.

Ao se analisar a operação fática praticada pela recorrente, percebe-se que a companhia vende, na operação em análise, para seu cliente, na modalidade FOB, no qual o minério de Cobre é entregue dentro do navio, sendo o ponto de entrega o Porto de Itaqui, no Maranhão, ou seja, a condição de venda da LME e a condição de venda da recorrente não consideram o mesmo ponto de entrega e, portanto, um ajuste deve ser feito no sentido de garantir que as transações estejam em bases comparáveis.

É o que diz o próprio TVF (e-fls. 230/231)

No caso sob análise, **verificou-se que** o contribuinte, **em seus cálculos de Preço de Transferência**, pleiteia ajustes a título de frete utilizando um valor determinado por estudo realizado pela consultoria Drewry (DOC 08 e DOC 09) na apuração do preço parâmetro. Ou seja, **deduz da cotação de catodo de cobre negociado na LME o valor que corresponderia ao frete de Itaqui - Hamburgo (Alemanha), segundo o referido estudo, onde Itaqui é o porto que atende o escoamento do cobre da Salobo.**

Destarte, quando se busca comparar o preço FOB vendido pela Recorrente com o divulgado pela LME, é preciso que se retire o valor do frete contido intrinsecamente no preço, já que há a movimentação do produto de um ponto A qualquer para o Armazém da LME localizado em um ponto B pelo mundo, buscando dessa forma, atender o objetivo principal previsto no §1º, art. 19-A da Lei 9.430/96, quando se busca comparar preços comparáveis. Esse, a meu ver, é o motivo que levou a realizar um ajuste à cotação, à título de frete, levando-se em consideração o estudo realizado pela empresa Drewry.

Desta forma, é inequívoca despesa incorrida a título de frete. Aliás, causaria estranheza se o produto chegasse ao exterior sem que houvesse um frete a transportar o produto e a recorrente viesse a incorrer na aludida despesa.

Assim tais valores devem ser deduzidos na apuração dos preços de transferência para que não se verifique qualquer distorção na citada apuração. Logo, não há razão para que seja desconsiderado o valor do frete, sob pena de se verificar a total distorção da apuração dos preços de transferência.

Por outro lado, quanto à glosa dos ajustes a *título de handling*, a Recorrente reporta-se ao produto que denomina-se de salobo, dizendo que é um concentrado de cobre que pode ser considerado de segunda categoria. Assim, para que o produto vendido e exportado por ela possa ser equiparado ao produto negociado pela LME, faz-se necessário o ajuste de preço. Segundo afirma, somente com a realização do ajuste é que a comparação entre o preço praticado e o preço parâmetro será realizada tomando-se as mesmas bases e não implicando na distorção da apuração dos preços de transferência.

Segue afirmando não merecer qualquer guarida a assertiva da fiscalização no sentido de que as explicações promovidas pela Recorrente não conduziram a um conceito seguro do que se qualifica como ajustes a título de handling. Isso porque, de fato, o handling fee consistiria em informação de mercado fechada em base anual, como asseverado na resposta ao TIF 03. A essa informação somar-se-ia a resposta ao TIF 04, na qual a requerente teria consignado que o valor do ajuste está previsto na cláusula 1.2, inciso “v” do aditivo número 2 do contrato firmado entre ela e a Visa. Aduz, ainda, que se trata de custo fixo no valor de US\$ 15,00 e varia conforme a umidade.

Neste ponto, concordo com a decisão recorrida, por entender que as informações prestadas sobre este ajuste se mostraram pouco claras, permanecendo, assim, a glosa efetuada pela fiscalização a este título. Por concordar com o acórdão recorrido neste ponto, adoto suas razões a seguir transcritas, integrando-as a este voto:

Como foi registrado pela autoridade fiscal, as informações prestadas durante a fiscalização foram evasivas e pouco claras. Na impugnação, a empresa reproduz as informações prestadas de forma ainda confusa e não referencia qualquer documento que demonstre existir o *discrimine* alegado. Além disso, a justificativa quanto à diferença entre o produto salobo e o catodo não faz sentido, já que essa realidade já é considerada em relação à concentração do cobre no produto e à

taxa de tratamento e refino – TC/RC. Ou seja, já há um conjunto de informações e dados que levam em consideração a concentração do mineral. Por esse motivo, adotam-se as razões expostas no termo de verificação fiscal no seguinte sentido:

Considerando o que está disposto no aditivo ao contrato, a handling fee seria uma multa decorrente da qualidade dos concentrados de cobre negociados. Ora, a análise da planilha com o cálculo do preço de transferência, apresentada pelo contribuinte, demonstra que o produto vendido por ele para a Vale International tem, em média, uma concentração de 38,5% de cobre. Sabe-se que, uma vez que o comprador pode não ser capaz de recuperar todo o metal presente no concentrado, o vendedor recebe o pagamento de 90% a 98% do cobre. No caso em tela, a Vale International paga à Salobo o valor correspondente a 96,7% do cobre presente no seu concentrado – esse é o pagável de cobre estipulado no contrato entre essas empresas. De acordo com estudo realizado em 2017 pela OCDE, o pagável para um concentrado com presença de 30% de cobre é de 96% a 97% do valor do metal presente, enquanto para um concentrado com presença de mais de 30% de cobre, esse ajuste de recuperação pode ser reduzido. Ou seja, o preço do concentrado vendido pela Salobo para a Vale International parte de um pagável de cobre compatível com um concentrado com apenas 30% do metal, quando na verdade seu produto tem um teor médio de 38,5% de cobre. Um preço, portanto, considerando sua qualidade, já abaixo do mercado.

Além disso, foram feitos outros ajustes no valor da cotação da LME afetos à qualidade do cobre negociado, tais como: penalidades relativas à concentração de elementos deletérios como flúor e cloro, desconto relativo à umidade, além da taxa de tratamento e refino – TC/RC.

O fato de a handling fee estar prevista em contrato, não é suficiente para fundamentar a dedução dessa parcela da cotação da LME para obtenção do preço parâmetro no cálculo do preço de transferência. Afinal, o fato de as empresas serem livres para pactuar o preço dos seus negócios não pode se sobrepor à lei. Note-se que o preço parâmetro deve ser equivalente a um preço médio de mercado negociado entre partes não relacionadas, assim, no caso em tela, não seria correto aplicarmos todas as cláusulas estabelecidas nos contratos negociados entre pessoas jurídicas vinculadas para se chegar ao preço parâmetro, uma vez que negociações particulares podem incluir penalidades e descontos com valores superiores, ou que nem são usuais no mercado.

Em resumo, na apuração do preço parâmetro, os ajustes concernentes à qualidade do produto exportado já estão mais que contemplados pelas penalidades de Flúor e Cloro e na aplicação do “pagável” de 96,7% do total do cobre presente no concentrado, que como vimos, está abaixo da prática de mercado. Assim, não haveria por que para admitir uma nova dedução decorrente da qualidade dos concentrados além das já aplicadas, motivo pelo qual o valor de handling fee será totalmente glosado e os preços parâmetro recalculados pela fiscalização.

Ainda sobre essa questão, veja-se que o contribuinte afirma textualmente que:

Isso porque o seu grau de pureza dista de ser ideal para utilização em fornos. Em outras palavras, para que o produto vendido e exportado pela Impugnante possa ser utilizado por clientes e consumidores (nos smelters) é necessário e essencial que ocorra um processo de processamento ou “purificação”, no qual se inclui o handling, para que o concentrado de cobre deixe de ser “salobo” e seja transformado em catodo de cobre.

Ou seja, segundo sua afirmação, o processo necessário para transformar o salobo em catodo é a purificação. Ocorre que a Emenda nº 2 já prevê uma taxa de tratamento e refino, o que reforça a afirmação da fiscalização de que está havendo uma sobreposição indevida de ajustes que tem o mesmo fundamento:

1.1.3 O preço do cobre em dólares será multiplicado pelo Cobre a Pagar menos a Taxa de Tratamento e a Taxa de Refino (TC/RC) conforme publicado em CRU, como referência anual estabelecida entre os principais mineradores e os principais fundidores para o ano corrente. Caso a TC/RC não seja conhecida para um determinado ano, a TC/RC publicada no ano anterior será aplicada

Com referência ao *lucro de exploração*, sustenta a recorrente que, ao calcular os ajustes ao lucro real, o fiscal não levou em consideração a necessidade de redução de 75% do imposto sobre a renda a que faz jus no tocante ao lucro de exploração decorrente das atividades incentivadas no âmbito da Sudam/Sudene.

Em relação a este tópico, também adoto as mesmas razões de decidir que foram expostas na decisão recorrida, a seguir transcritas:

Em relação ao lucro da exploração, adoto as mesmas razões de decidir que foram expostas no Acórdão nº 07-46.874, da 3ª Turma da DRJ/FNS, antes mencionado:

Lucro da Exploração

31. Com relação aos benefícios tributários concedidos sob o instituto do Lucro da Exploração, deve-se observar o disposto no art. 66, constante do Capítulo III (Isenção Ou Redução do Imposto como Incentivo ao Desenvolvimento Regional), da Instrução Normativa SRF nº 267, de 23/12/2002, conforme a seguir se reproduz:

Art. 66. No caso de lançamento de ofício, não será admitida a recomposição do lucro da exploração referente ao período abrangido pelo lançamento para fins de novo cálculo dos incentivos de que trata este Capítulo.

31.1. Portanto, em razão do poder vinculativo dessa norma, agiu corretamente a Autoridade Fiscal ao não promover o recálculo ora requerido pelo Impugnante. Como o artigo 26 supra citado veda a “recomposição do lucro de exploração referente ao período abrangido pelo lançamento”, não procedem as alegações do Contribuinte.

Segundo a impugnação, a IN nº 1312, de 2012, seria posterior à IN nº 267, de 2002, e trataria especificamente da repercussão do ajuste do preço de transferência na apuração do imposto sobre a renda, devendo prevalecer pelo critério temporal e de especialidade.

Não lhe assiste razão. Isso porque não existe a antinomia sugerida pela defesa. A IN RFB nº 1312, de 2012, regulamenta o procedimento padrão que se espera seja adotado pelas pessoas jurídicas, reconhecendo voluntariamente a sua receita de venda. Ou seja, essa IN trata do comportamento voluntário e adequado à legislação, além disso se aplica a todos os contribuintes que realizam operações de importação/exportação:

Art. 28. A parcela das receitas, apurada segundo o disposto nesta Instrução Normativa, que exceder o valor já apropriado na escrituração da pessoa jurídica deverá ser adicionada

ao lucro líquido, para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, bem assim ser computada na determinação do lucro presumido ou arbitrado.

Parágrafo único. No cálculo do lucro da exploração, a parcela a ser adicionada deverá ser computada no valor das respectivas receitas, incentivadas ou não.

O art. 66 da IN SRF nº 267, de 2002, por outro lado, disciplina situação que se espera seja excepcional, em que uma pessoa jurídica, mesmo sendo favorecida por benefício fiscal, deixa de cumprir seu dever de reconhecer a receita de sua atividade. Para esse caso específico, a previsão é de impossibilidade de recálculo:

Subseção V Lançamento de Ofício - Ajustes do Lucro da Exploração Art. 66. No caso de lançamento de ofício, não será admitida a recomposição do lucro da exploração referente ao período abrangido pelo lançamento para fins de novo cálculo dos incentivos de que trata este Capítulo.

Nesse sentido, é a jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF:

Acórdão nº 1301-004.433

LUCRO DA EXPLORAÇÃO. RECOMPOSIÇÃO EM LANÇAMENTO DE OFÍCIO. NÃO CABIMENTO.

O lançamento de ofício de crédito tributário não admite recomposição do lucro da exploração, pois esse benefício exige correção da escrita contábil e fiscal do contribuinte.

Acórdão nº 1402-004.059

LUCRO DA EXPLORAÇÃO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. RECOMPOSIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

No caso de lançamento de ofício, não é admitida a recomposição do Lucro da Exploração referente ao período abrangido pela Autuação, para fins de novo cálculo dos incentivos de isenção ou redução.

Acórdão nº 1201-002.983

REDUÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA. SUDAM.

O direito à redução do imposto de renda das pessoas jurídicas para a implantação de empreendimento na área de atuação da SUDAM é calculado sobre o lucro da exploração, o qual não é afetado em razão de autuação fiscal.

A alegação de que a contrapartida do imposto que deixa de ser recolhido referente aos incentivos fiscais a que faz jus a Impugnante, em virtude da atividade incentivada nas áreas de SUDAM/SUDENE, deve ser registrado contabilmente em reserva específica, sendo vedada a distribuição de lucros e dividendos a acionistas que tenham por base esses valores, não lhe socorre.

Isso porque, uma vez que as receitas não foram reconhecidas no momento adequado, esse cálculo não foi realizado e não houve o registro contábil em reserva específica. Logo, mais uma condição não foi atendida, o que a impede de usufruir do benefício.

Multa 75%

A recorrente defende a impossibilidade da cobrança de multa no percentual de 75%, por configurar, em síntese, confisco.

Tal argumento não merece prosperar, haja vista que a multa de ofício na base de 75% decorre da própria imposição legal (art. 44, I, da Lei nº 9.430/96), na qual incide sobre o lançamento de ofício.

Irresignações quanto à inconstitucionalidade da multa não podem ser conhecidas por este órgão julgador, tanto pela vedação imposta pelo art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, quanto pelo enunciado da Súmula nº 2, CARF.

Conclusão

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do Recurso Voluntário, rejeitar as preliminares de nulidade alegadas e, no mérito, dar-lhe parcial provimento, para reverter as glosas efetuadas a título de frete e custo de intermediação.

É como voto.

Assinado Digitalmente

JOSÉ EDUARDO DORNELAS SOUZA

VOTO VENCEDOR

Conselheiro Rafael Taranto Malheiros , Redator designado

Durante os debates realizados na sessão de julgamento, o i. Relator restou vencido, por maioria qualificada, no que respeita às **glosas referentes (i) a título de custo de intermediação e (ii) de frete**, como se verá.

2. Quanto **à primeira questão**, a relatoria, adotando o teor da Declaração de Voto exarada no Ac. nº 1401-006.991, no âmbito do processo nº 16682.720914/2019-17 (que tratou das operações realizadas em 2015 e 2016), assim decidiu, em síntese:

“(…)

Por esse motivo, deve-se acolher as razões de recurso no que diz respeito à ilegalidade da aplicação da IN 1.558/2015 que, claramente restringiu a forma de apuração do preço e, por consequência, afetou a carga tributária incidente na operação, tudo isso no meio de um ato infralegal. Não se trata de mero esclarecimento ou ajuste de redação, antes se permitia ajustar custos de intermediação de forma geral e após a alteração esses custos passaram a ser limitados aos cobrados pela bolsa.

(...)

Logo, entendo, neste aspecto, que a IN SRF 1.568/15 adotou indevida aceção restritiva ao conceito de 'prêmio médio de mercado', desdobrando os limites impostos pela Lei nº 9.430/96".

3. Inicialmente, o TVF (e-fls. 229/230) registra que a Interessada incorreu em confusão quanto à interpretação da norma tributária, fato já observado nos processos nºs 16682-720.914/2019-17 e 16682-720.377/2021-20:

“(...)

O exame do documento elaborado pela consultoria E&Y – ‘Análise de Ajustes Referentes a Custos de Intermediação’ de 03/12/2013, revela que a Vale S.A., controladora da fiscalizada, contratou a empresa de consultoria a fim de determinar o ajuste relacionado aos custos de intermediação, porém, o que se verifica é que custo de intermediação apresentado não tem nenhuma relação com o custo de intermediação previsto na norma tributária, na realidade ele foi determinado de acordo com as funções de trader assumidas pela Vale International S.A (VISA), e baseado em pesquisas de demonstrações financeiras de cinco empresas, no período de 2008 a 2012, que teriam funções similares à Vale International.

Deve-se atentar para o fato de que o que está se apurando nesta fiscalização, é o preço parâmetro conforme a LME, e, como visto, o custo de intermediação apresentado no estudo da E&Y se refere a despesas inerentes as atividades da empresa situada na Suíça - não na condição de compradora de cobre da Salobo, mas sim na de vendedora de cobre para os clientes finais. Trata-se, portanto, de despesas não relacionadas com as operações analisadas neste termo de verificação”.

4. Prosseguindo, mencionam-se as razões de decidir da DRJ, com que se concorda, definindo o âmbito das operações submetidas ao PECEX e demarcando o mero esclarecimento feito pela IN RFB nº 1.568, de 2015 quanto à matéria, não havendo que se falar em inovação:

“(...)

Basta a leitura do artigo [19-A da lei nº 9.430, de 1996] para se verificar o equívoco na argumentação apresentada pela defesa. O PECEX foi definido como ‘os valores médios diários da cotação de bens ou direitos sujeitos a preços públicos em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas’, de forma que os preços dos bens exportados devem ser comparados com ‘os preços de cotação dos bens, constantes em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas, ajustados para mais ou para menos do prêmio médio de mercado’. A lei não dá margem para que se adote qualquer valor diferente desse como sugerido na impugnação, especialmente não estabeleceu como condição que a operação

tenha se realizado na bolsa. Com efeito, o §5º é bastante claro ao afirmar que ‘Na hipótese de não haver cotação dos bens em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas’, os preços poderão ser comparados com os obtidos a partir de fontes de dados independentes fornecidas por instituições de pesquisa setoriais internacionalmente reconhecidas ou com os preços definidos por agências ou órgãos reguladores e publicados no Diário Oficial da União.

Ou seja, se há cotação em bolsa, o parâmetro será necessariamente ‘os preços de cotação dos bens, constantes em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas, ajustados para mais ou para menos do prêmio médio de mercado’.

Note-se que, em relação aos custos de intermediação, já na redação original do inciso IV [do § 10 do art. 34 da IN RFB nº 1.312, de 2012] havia limitação que comprometia o uso que a interessada pretende realizar. Com efeito, o custo admitido era o praticado entre pessoas não vinculadas, e no caso em questão o custo é realizado com pessoa vinculada. A nova redação, conferida pela Instrução Normativa RFB nº 1568, de 2015, agregou uma explicação que reforça a impossibilidade de que a empresa fiscalizada promova a dedução que pretende, mas não inova propriamente no que diz respeito à sua situação. Para se verificar a correção dessa assertiva, basta comparar as redações:

IV - custos de intermediação nas operações de compra e venda praticadas pelas pessoas jurídicas não vinculadas; (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1395, de 13 de setembro de 2013)

IV - custos de intermediação nas operações de compra e venda praticadas pelas pessoas jurídicas não vinculadas, assim entendidos os custos de intermediação cobrados pelas bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas; (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1568, de 05 de junho de 2015).

Aliás, na redação original da IN nº 1.312, de 2012, não havia menção aos custos de intermediação: [...]

(...)

Além disso, adoto como razão de decidir excerto da declaração de voto proferida pelo julgador Eduardo Gabriel de Góes Vieira Ferreira Fogaça no Acórdão nº 07-46.874, da 3ª Turma da DRJ/FNS, no âmbito do julgamento da impugnação apresentada no processo nº 16682.720914/2019- 17, em semelhante situação:

5. No caso aqui discutido a transação jurídica controlada é aquela entre a Vale Brasil e a Vale Suíça. Esta transação deve ser isolada daquela que envolve a exportação da mercadoria da Vale Suíça para os adquirentes finais (segunda transação jurídica). O que a contribuinte denominou custo de transação se refere a despesas inerentes à estrutura por ela criada na Suíça para a segunda transação

jurídica que ela efetua, não como compradora (primeira transação, controlada), mas como vendedora. Trata-se, portanto, de despesas (ou custos, como quer a contribuinte) estranhas à transação controlada, cuja auditoria tributária a RFB nem teria jurisdição.

6. A IN RFB nº 1.568, de 2015 (que se aplica nos dois anos tratados neste caso, como consta do voto do relator), deixou mais explícita qual o custo de transação cujo ajuste é permitido, com vínculo direto ao custo contida na transação em bolsa. Mas isso não significa que na redação anterior da IN seria permitida a dedução de despesas da compradora da mercadoria (caso da Vale Suíça).

7. Diante do exposto, a dedução pretendida pela contribuinte, que nem envolve a transação controlada, nunca teve amparo legal.

(...)” (grifou-se; negritou-se).

5. Ademais, anui-se às razões do voto condutor proferido no Ac. nº 1401-006.991, mencionado pela relatoria, que negou provimento ao Recurso Voluntário, no que se aplica ao caso:

“(…)

Analizando-se o relatório fiscal, verifica-se que o argumento principal para a exação fiscal foi que o ajuste realizado está em desacordo com o que determina a legislação, e que a metodologia utilizada carece de consistência.

Desse modo, o reforço argumentativo da recorrente em insistir pela imprescindibilidade da VISA nas operações da recorrente, no meu sentir, e salvo melhor juízo, não traz qualquer impacto na presente autuação, vez que o cerne da questão encontra-se na permissão e consistência dos ajustes realizados. Tanto que foi nesse ponto que a decisão recorrida se ateuve. Contudo, mais a frente, a questão da VISA ainda será reabordada.

(…)

Diante do paradigma interpretativo que tece, conclui que ‘a IN 1.568/15 adotou indevida acepção restritiva do conceito de ‘prêmio médio de mercado’, desbordando os limites impostos pela Lei nº 9.430/96.’ Em síntese, o raciocínio desenvolvido é o seguinte:

- 1. Premio de mercado equivale a ajustes nos preços parâmetros encontrados pelo PECEX.*
- 2. Os ajustes não podem ser apenas os de bolsa de valores porque o método se aplica a operações não realizadas em bolsa de valores.*
- 3. Alguns tipos de negociações fora de bolsa tem custos de intermediação.*
- 4. A IN n. 1.568/15, ao restringir os custos de intermediação aos inerentes a bolsa, violou a Lei n. 9.430/96.*

(...)

*Dado que a correlação entre os ajustes e os aspectos da negociação em bolsa está presente na regulamentação desde sua origem, resta evidente que a nova redação do parágrafo 10 dada pela IN n. 1.568/15 visou a conferir **clareza as disposições**, tornando inequívoco que os custos de intermediação capazes de ensejar ajustes são tão somente os ‘cobrados pelas bolsas de mercadorias e futuros’.*

(...)

Resta, assim, demonstrado que a IN n. 1.568/15 não introduziu restrições à regulamentação do tratamento do PECEX. As restrições são ínsitas à normatização do método de controle de preços de transferência.

(...)

No que se refere ao argumento que pugna pela ofensa ao princípio da legalidade, tem-se que para concluir pela ilegalidade da IN nº 1.568/15, o recurso parte do conceito de prêmio médio de mercado, estabelecendo que prêmio é ‘praticamente equivalente’ a ajustes, para então concluir que os ajustes devem abarcar variáveis relativas de negociações em bolsa de valores e fora de bolsa de valores.

Penso que não assiste razão.

Note-se que a legislação prevê que os preços dos bens serão ajustados em função do prêmio médio de mercado: os preços dos bens exportados (...) serão comparados com os preços de cotação dos bens, constantes em bolsas, ajustados para mais ou para menos do prêmio médio de mercado.

*Pois bem, de logo se registre que a Lei distingue os dois conceitos: o **prêmio médio de mercado** e aquele dado pela cotação dos bens, enquanto os **ajustes** serão determinados em função da diferença entre os bens negociados pelo contribuinte e aqueles negociados no mercado.*

O prêmio médio do mercado é o valor que reflete as características médias das commodities negociadas naquele mercado. Dito de outro modo, o prêmio e parcela de preço que se agrega ou subtrai ao preço base de uma mercadoria em função de suas especificidades, positivas ou negativas, refletindo-se na cotação dos bens. Todo preço de commodity embute um prêmio e o cálculo do prêmio de um conjunto das commodities negociados em um dado mercado e o prêmio médio de mercado daquele mercado.

A depender das características das mercadorias negociadas pelo contribuinte, merece o produto prêmio maior ou menor que o da média do mercado. Assim, o que a Lei diz é que o preço parâmetro encontrado a partir da cotação de mercado, será ajustado em função das diferenças entre as características dos bens negociados pelo contribuinte e a média das mercadorias daquele mercado.

Constata-se, portanto, que **prêmio não pode ser equivalente a ajuste**, seja porque a Lei trata prêmios e ajustes como conceitos distintos, dizendo que um (o prêmio mercado do mercado) deverá ser considerado para determinar os outros (os ajustes), os quais incidirão sobre o preço da mercadoria negociada pelo contribuinte, seja porque faltaria lógica em dizer que o ajuste é determinado pelo ajuste.

Ainda nessa linha, note-se que as instruções normativas não definem o que é prêmio de mercado, nem buscam correlacionar os ajustes ao preço parâmetro à noção de prêmio. A técnica empregada pela Autoridade Fiscal ao regulamentar o art. 19-A, §2º e seguintes baseou-se em enumerar as variáveis a serem ponderadas nos ajustes. Assim, o ponto principal é determinar quais as variáveis a serem consideradas na determinação dos ajustes aos preços de mercado encontrados pelo método PECEX, bem como quais variáveis ajustarão o prêmio das mercadorias negociadas pelos contribuintes e, portanto, seu preço.

Passa-se, então, a cuidar da segunda parte da argumentação desenvolvida. Verifica-se que, não obstante extensas, as alegações recursais podem ser resumidas na tese de que, uma vez que o método PECEX se aplica a transações realizadas fora de ambiente bursátil, deve necessariamente considerar variáveis identificadas nessas transações, sob pena de incorrer em ofensa ao princípio da isonomia e violar o conceito legal de renda.

Para reposicionar adequadamente a discussão, primeiramente, convém registrar que o juízo negativo da recorrente, que não vê sentido em 'restringir-se o conceito de prêmio médio de mercado aos ajustes realizados em negociação em bolsa' não importa qualquer ilegalidade.

O fato de transações ocorrerem fora de bolsa ou mesmo a maior parte das transações se dar fora de bolsa não torna imperioso que características dessas transações sejam tomadas na definição do preço parâmetro como quer a recorrente.

Acerca desse ponto, deve-se observar, de início, que não são as Instruções Normativas que restringem as variáveis a serem ponderadas para determinar os ajustes no preço parâmetro, mas sim a própria Lei, pelos já mencionados arts 19 e 19-A, §9º.

Extrai-se dos comandos legais que o parâmetro de referência do método PECEX são commodities cotadas em bolsa ou em sistemas de pesquisa setoriais (art. 19); o método consiste em aplicar valores médios diários da cotação de bens precificados em bolsa (art. 19-A) e os ajustes previstos no parágrafo primeiro se darão em função dos preços de cotação dos bens em bolsa e ajustados em função do prêmio de mercado da bolsa (art. 19-A, §2º), ou seja, os três dispositivos são expressos em

adotar as bolsas de mercadorias e futuro como referência para estabelecer o objeto das normas, a metodologia para aferir os preços parâmetro e para determinar os ajustes.

Vale recordar, mais uma vez, que o parágrafo primeiro deve ser interpretado em conformidade com o caput. Assim, o mercado a que se refere o art. 19-A, §1º são bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas.

Por conseguinte, a premissa recursal de que, ao regular a Lei n. 9.430/96, a IN 1568/15 discriminou em ofensa a Lei mostra-se carente de fundamento jurídico. Não há qualquer disposição nos artigos 19 e 19-A da Lei n. 9.430/96 que trate de negociações de commodities em geral ou especificamente de commodities negociadas fora de mercado organizado.

A Instrução Normativa n. 1.312/12 regulamentou o PECEX a partir de transações em bolsa de valores por ser esta a referência legal. A única referência legal, tanto para apuração de preços parâmetros como para ajustes.

Portanto, entendo por não acolher o argumento de que a Instrução Normativa desbordou dos parâmetros legais.

Observa-se, ainda, que a recorrente aponta quebra da igualdade entre os negócios realizados em ambiente de bolsa e aqueles fora desse ambiente. Não apenas enumera as diferenças nas modalidades de negociações como ressalta que a maioria significativa das transações se dá entre particulares fora do mercado organizado.

As alegações não amparam a pretensão recursal. Não há que se falar em igualdade de situações entre os negócios em bolsa com as negociações realizadas pela contribuinte. Aliás, a própria recorrente afirma que são formas de negociação incomparáveis. E porque incomparáveis, não há fundamento para requerer tratamento isonômico.

Com efeito, como enfatizado pelo próprio recurso, as negociações em bolsa, além de corresponderem a baixa proporção dos negócios, não são adequadas para negociação do minério de ferro e demais commodities na escala em que o faz a atuada. O volume das negociações, que determina a diferença das formas de contratação, constitui, portanto, critério de distinção relevante, que autoriza tratamento diferenciado entre as categorias.

Não bastasse, considere-se também o fato de que as negociações em bolsa, em regra, não se dão entre partes relacionadas, pois os negociantes não se sujeitam as normas de controle de preços de transferências. Situações manifestamente distintas portanto.

Por conseguinte, não há fundamento para comparar as operações em bolsa e seus respectivos operadores com a VALE e suas negociações. As negociações fora de bolsa, como as realizadas pela autuada, somente devem ser comparadas com outras negociações fora de bolsa.

(...)

Neste ponto, cumprе afastar a insurgência quanto às restrições do método PECEX, que, segundo defende ‘afasta os benefícios da regra geral de apuração de preços de transferência para tais contribuintes, tornando sobremodo lesiva a apuração por intermédio do PECEX’.

A par de não poder ser conhecida, pois se trata de questionamento quanto a constitucionalidade de norma (Súmula nº 2, CARF), a alegação não merece acolhimento por incorrer no mesmo erro de premissa das demais alegações de ofensa à isonomia.

Contribuintes que exportam outra sorte de mercadorias não são comparáveis com os exportadores de commodities e a distinção reside justamente nas especificidades dos bens negociados.

Inversamente, todos os exportadores de commodities que negociam com partes relacionadas encontram-se submetidos as mesmas normas tidas por restritivas, razão pela qual esta atendido o princípio da igualdade.

Tampouco merece provimento a alegação de ofensa a razoabilidade, pois as restrições impostas encontram-se em estrita consonância com os objetivos legais de simplificação, segurança jurídica e combate a erosão da base tributária.

Portanto, entendo que tais argumentos também não merecem prosperar.

Extrai-se ainda da peça recursal, que a recorrente atribui a sua contraparte VISA uma série de competências para, em seguida, defender que essas a distinguem de uma ‘simple trading’, impondo alteração no preço, que deve ser superior ao do mercado organizado.

Sobre essa linha argumentativa, cumprе, primeiramente, reiterar o fundamento da Declaração de Voto acima transcrita. A metodologia para calcular o ajuste afere a margem de lucro da VISA sem distinguir entre as transações de aquisição de produtos, que são as aqui discutidas, e as demais atividades comerciais. A resposta da consultoria ao questionamento da fiscalização bem demonstra que a chamada análise funcional compreende atividades de venda e comércio de commodities.

Essas outras operações estão além do escopo das normas sobre preço de transferência, que dizem respeito unicamente a operação de saída do Brasil. **Não pode a autuada pretender, sob a alegação de ajuste de preços em suas operações**

de alienação, que sejam considerados aspectos atinentes às operações de alienação da VISA.

Ou seja, a recorrente pleiteia mais ajustes invocando direito a apuração do tributo que respeite conceito de renda, mas, contraditoriamente, adota metodologia que não busca precisão nos resultados, pois mistura operações de aquisição e de saída, o que compromete a acuidade do ajuste para uma transação de aquisição. Dito de outro modo, o que a recorrente chama de custos de intermediação, na verdade, é remuneração que pretende atribuir a VISA.

Em seguida, no tópico IV [rectius, III] do recurso voluntário, a recorrente defende ainda, de forma subsidiária, que as normas de simplificação – presunções e ficções – adotadas pela legislação de controle dos preços de transferência serão incompatíveis com o conceito de renda sempre que resultarem em incidência sobre ‘realidade que não configure renda’. Com base em tal premissa e na referência feita pela exposição de motivos da Lei n. 9.430/96 as regras de preços de transferência da OCDE, conclui ‘que métodos previstos pela legislação brasileira de preços de transferência devem ser tomados como meramente sugestivos ao contribuinte, admitindo a produção de provas em sentido da utilização de outras metodologias’.

Tal alegação não pode prosperar, haja vista que esbarra na expressa disposição legal, que enumera os métodos de preço de transferência disponíveis aos contribuintes e, especificamente quanto as exportações de commodities dotadas de preço público, o art. 19 da Lei n. 9.430/96 impõe o método PECEX.

A norma é cogente, portanto, ausente fundamento à pretensão subsidiária, devendo tal argumento também ser rejeitado.

Outro ponto subsidiário, refere-se à irresignação quanto à indevidas limitações que não são estabelecidas para outros métodos de apuração de preços de transferência. Especificamente argumenta que o art. 51, IN nº 1.312/12 estabelece que nenhum ajuste será realizado quando o preço ajustado diverja em até 5% daqueles constantes dos documentos de importação e exportação. Entretanto, contesta que sem nenhuma justificativa plausível, a IN limita apenas a 3% a margem de divergência para o método PECEX. Aduz, ainda, que somente pode ser tributado aquilo que ultrapassar a margem de divergência.

No que se refere a esta irresignação, penso que não assiste razão. A margem de divergência serve como um filtro de eficiência para que a fiscalização não promova ajustes em casos em que a divergência seja pequena. Contudo, quando ultrapassado esse percentual, o ajuste deve ser realizado de forma integral, não havendo que se falar tributação do valor remanescente, pois não se trata de uma norma de isenção, mas de uma norma de praticabilidade.

Desse modo, independentemente da irresignação quanto a 3% ou 5%, no caso concreto a divergência constatada foi de 5,5%, razão pela qual não se aplica a margem de divergência para o presente caso.

Por fim, no que se refere tanto ao parecer da EY apresentado na fiscalização, quanto ao parecer da CRU, tem-se que, no mesmo sentido da decisão recorrida, ao adotar a premissa de que o ajuste realizado é indevido, as questões de fato neles contidas tornam-se prescindíveis para o deslinde do resultado.

*Concluindo-se, portanto, o exame principal de mérito, entendo que os **argumentos apresentados pela recorrente até aqui não merecem prosperar**, razão pela qual será procedida a análise dos argumentos subsidiários” (negritou-se; grifou-se).*

6. Quanto à **segunda questão**, o entendimento da relatoria pode ser assim sumariado:

“Destarte, quando se busca comparar o preço FOB vendido pela Recorrente com o divulgado pela LME, é preciso que se retire o valor do frete contido intrinsecamente no preço, já que há a movimentação do produto de um ponto A qualquer para o Armazém da LME localizado em um ponto B pelo mundo, buscando dessa forma, atender o objetivo principal previsto no §1º, art. 19-A da Lei 9.430/96, quando se busca comparar preços comparáveis. Esse, a meu ver, é o motivo que levou a realizar um ajuste à cotação, à título de frete, levando-se em consideração o estudo realizado pela empresa Drewry”.

7. A própria empresa, em resposta à Intimação, admite que seu preço de venda é FOB, i. e., possui custos de frete suportados pelo comprador (e-fls. 79). Instada a apresentar o contrato-padrão da LME e a identificar, dentre vários itens, os que tratam do frete, informou que estes “não constam explicitamente nas especificações para os contratos negociados” nesta bolsa, remetendo o cálculo ao estudo da empresa Drewry. Assim, a Fiscalização concluiu, a partir das informações da Autuada, que “no contrato padrão da London Metal Exchange não existe especificação sobre frete”. Esta própria bolsa, em resposta à Autoridade Fiscal, afirma que “quaisquer desvios deste (como frete) seriam um prêmio/desconto, e não estão no preço da LME” (e-fls. 480/481), no mesmo sentido, diga-se, do documento acessado pela Interessada e colacionado em seu Recurso (e-fls. 1364)². Por isso, concluiu a DRJ, em síntese, que “[s]e o frete não está incluído no preço parâmetro, ele não pode ser deduzido para fins de comparação”, não podendo se falar em “valor do frete contido intrinsecamente no preço”, como faz a Recorrente.

8. Há mais. A Fiscalização aventa que, ainda que houvesse um montante de frete a ser expurgado, tal seria decorrência de uma média destes, como o valor do catodo de cobre é uma média dos contratos negociados diariamente no âmbito da LME, por 102 marcas aprovadas (duas brasileiras, inclusive, e-fls. 430) para entrega em 550 armazéns ao redor do mundo, afastando a

² “There are a number of factors that are considered during the negotiation of a metal contract that will lead to premiums and discount. These include, but are not limited to: [...]”

alegação recursal de que o “o fiscal descreve a realização da operação como se ela ocorresse de forma linear”. Assim, as premissas utilizadas pela empresa de consultoria Drewry estariam incorretas, uma vez que, para ela, todos os fretes seriam equivalentes ao trajeto Itaqui-Hamburgo (e-fls. 419/421).

CONCLUSÃO

9. Por todo o exposto, conheço o Recurso Voluntário, rejeito as preliminares de nulidade e, no mérito, nego-lhe provimento.

Assinado Digitalmente

RAFAEL TARANTO MALHEIROS