



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16682.720212/2023-10
ACÓRDÃO	1202-001.412 – 1ª SEÇÃO/2ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	10 de setembro de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	SALOBO METAIS S/A.
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2018

ARGUIÇÃO DE NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO.

No âmbito do processo administrativo fiscal, somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa do contribuinte. Descabe a alegação de nulidade do auto de infração, se o fiscal autuante observa os procedimentos previstos na legislação tributária.

JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTOS.

A prova documental deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; refira-se a fato ou a direito superveniente ou destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

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

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.

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.

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.

MULTA DE OFÍCIO DE 75%. CONFISCO. INCOMPETÊNCIA DA VIA ADMINISTRATIVA

É vedado aos órgãos administrativos descumprir o disposto em lei. O contencioso administrativo não é competente para se pronunciar sobre a constitucionalidade da lei tributária.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA

Aplica-se a CSLL a mesma solução do IRPJ em face da relação causa e efeito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Sala de Sessões, em 10 de setembro de 2024.

Assinado Digitalmente

Fellipe Honório Rodrigues da Costa – Relator

Assinado Digitalmente

Leonardo de Andrade Couto – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Mauricio Novaes Ferreira, André Luís Ulrich Pinto, Roney Sandro Freire Correa, Fellipe Honorio Rodrigues da Costa, Miriam Costa Faccin (substituto[a] integral), Leonardo de Andrade Couto (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Acórdão 107-024.711 – 5ª TURMA/DRJ07 Sessão de 21 de dezembro de 2023, que julgou improcedente a impugnação da contribuinte.

Por bem descrever os fatos e por economia processual, adoto o relatório da decisão da DRJ, nos termos abaixo:

Em decorrência da ação fiscal, foi lavrado Auto de Infração para exigir da interessada o IRPJ e a CSLL sobre fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 2018, nos montantes abaixo descritos, acrescidos de multa de 75% e juros de mora.

TRIBUTO	VALOR (R\$)
IRPJ	91.164.661,55
CSLL	32.819.278,15

DA AUTUAÇÃO

Conforme Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal de fls. 692 a 706 e Termo de Verificação Fiscal (fls. 658 a 690) foram apurados os fatos abaixo descritos.

ADIÇÕES - PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA INFRAÇÃO: RECEITAS DE EXPORTAÇÕES A PESSOA VINCULADA

Valor de ajuste decorrente da aplicação do método Preço sob Cotação na Exportação PECEX, relativamente a suas receitas de exportação para pessoa vinculada no exterior, não adicionado ao Lucro Líquido do período, para a determinação do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL.

O procedimento de fiscalização foi instaurado com a finalidade de verificar a regularidade dos ajustes efetuados por ele nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL a título de Preços de Transferência em operações com empresa ligada no exterior no ano-calendário de 2018.

Nos termos das Demonstrações Financeiras em 31 de dezembro de 2020, a Salobo Metais S.A. ("Sociedade") é uma sociedade anônima de capital fechado que realiza a exploração, lavra e beneficiamento mineral com o objetivo de produzir e comercializar concentrado de cobre. As operações são realizadas por meio de um complexo de mina e usina de beneficiamento localizado em Carajás. A Sociedade foi constituída com o objetivo de atender as necessidades das operações e plano de negócios do acionista controlador Vale S.A .

DAS OPERAÇÕES SUJEITAS À LEGISLAÇÃO DE PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

As operações de exportação de cobre da Salobo Metais S/A examinadas foram realizadas para a Vale International S/A (VISA), empresa situada na Suíça e integrante do mesmo conglomerado econômico da fiscalizada, o que impõe a tais operações a observância à legislação de preços de transferência, especialmente os arts. 18 a 24 da Lei nº 9.430/96 (c/c a Lei nº 12.715/2012) e Instrução Normativa nº 1.312/2012 (c/c a Instrução Normativa nº 1.568/2015).

A legislação estabelece que, nas operações de exportação, de forma geral, os preços praticados (preços contratados entre a exportadora brasileira e a entidade vinculada no exterior) devem ser comparados com os chamados preços parâmetros, que são preços de referência ou preços independentes.

Quando o resultado desta comparação revelar que os preços praticados são inferiores aos preços parâmetros (admitida determinada margem de divergência), deverá a entidade ajustar as suas bases tributáveis de forma a adicionar as diferenças identificadas.

DA AUDITORIA

Solicitou-se ao contribuinte que apresentasse:

- Atas de assembleias gerais e de reuniões da diretoria ou conselhos; - Atos constitutivos e posteriores alterações; 2/33 TPD; - Planilha com a memória de cálculo dos preços de transferência relativos às exportações em 2018 discriminadas no registro X300 da ECF de 2018 com os elementos utilizados para o cálculo; - Cotação das bolsas de mercadorias e futuros que foram referência para o cálculo dos preços parâmetros dos produtos exportados sujeitos ao método PECEX; - Contrato de compra e venda celebrado entre a empresa e a Vale Internacional (original e tradução juramentada).

Em 04/10/2021, o foi intimado a apresentar alguns esclarecimentos/documentos relativos à planilha DOC_03_SALOBO_TP_COBRE_2018.

No Termo de Intimação Fiscal nº 4 foram apontadas divergências nos cálculos referentes a handling fee e a multa para o teor de flúor mais cobre, para as quais

essa fiscalização requereu que fossem apresentadas justificativas. No Termo de Intimação Fiscal nº 5, foi solicitado que o contribuinte informasse o motivo pelo qual não havia utilizado a publicação em CRU no cálculo do preço de transferência como indicado na Emenda nº 2 ao Contrato de compra e venda firmado com a Vale Internacional. Solicitou-se que fosse informado se haveria uma Emenda posterior a de nº 2 ao contrato que envolvesse o período ora fiscalizado. O contribuinte esclareceu que utilizou a publicação em CRU no cálculo do preço de transferência e que havia se equivocado quando informou que havia utilizado o índice da Wook Mackenzie. Informou, ainda, que não houve outra emenda ao Contrato de compra e venda firmado com a Vale Internacional que envolvesse o ano de 2018.

Informou-se ao contribuinte de que seriam utilizados alguns documentos relativos ao procedimento fiscal TDPF nº 0718500.2021.00086-1 e juntados ao processo administrativo 16682.721003/2022-11, intimando-o a esclarecer se concordava com a utilização desses documentos. O contribuinte concordou com esse procedimento e fez, ainda, algumas considerações complementares em relação aos ajustes de frete e handling fee no preço de transferência.

Dos Ajustes a título de preço de transferência

A empresa apresentou, dentre outros documentos, a planilha denominada DOC_03_SALOBO_PT_COBRE_2018 (doc. 1), onde estão detalhados os ajustes efetuados a título de preço de transferência no LALUR e as premissas que teriam balizado seus cálculos.

LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

O produto de exportação da fiscalizada é o cobre que, na condição de commodity, sujeita-se à disciplina do art. 19-A da Lei 9.430/1996, que dispõe sobre o Método do Preço sob Cotação na Exportação (PECEX). Eis a íntegra do dispositivo:

A regulamentação prevista no § 6º se deu pela Instrução Normativa RFB nº 1.312/2012 (com as alterações introduzidas pelas Instruções Normativas RFB nº 1.395/2013 e 1.568/2015), cujos principais dispositivos aplicáveis aos fatos geradores abrangidos pela fiscalização de que trata o presente Termo seguem reproduzidos nas fls. 662 a 669.

DO COBRE

O mercado de Cobre internacional trabalha com 4 tipos de produtos:

a) Minério de cobre: mineral extraído (0,7% a 2,5%); b) Concentrado de cobre: através de um processo de moagem do minério e mistura com água e reagentes, passa a apresentar entre 30% e 38% de cobre fino; c) Cobre fundido: concentrados transformados em blister (98,5%) e, posteriormente, no anodo de cobre (99,7%); e d) Cobre refinado: anodos refinados resultando em catodos (99,9%)

A Salobo comercializa o concentrado de cobre. O preço dos concentrados é normalmente baseado em uma fórmula que é a soma do valor dos metais contidos (“pagável de metais”) menos a soma das deduções e penalidades impostas. Um contrato típico conteria disposições para:

- a) Calcular o valor pagável;
- b) Calcular deduções e penalidades, como:

TC/RC (taxas de tratamento e refino) : valores destinados a cobrir os custos de refino. Assim, os contratos de concentrado de cobre podem definir um preço de compra com base na cotação da LME em uma determinada data, menos o TC/RC usado no momento; > penalidades por impurezas (elementos deletérios) : deduções para a remoção de elementos deletérios que excedem os níveis comumente encontrados em concentrados (ex: flúor, cloro); e > umidade.

O preço é calculado de acordo com a porcentagem de cobre presente no concentrado menos as penalidades e deduções. O valor a ser cobrado é baseado no preço do cobre em uma das principais bolsas de commodities: London Metal Exchange(LME); Shanghai Futures Exchange (SHFE) e New York Commodities Exchange (COMEX).

A Salobo utilizou os dados da London Metal Exchange (LME), para o cálculo de seu preço de transferência. A LME é uma das principais bolsas de commodities do mundo, com ênfase na negociação de opções de metais e contratos futuros.

DA SITUAÇÃO FÁTICA

Da análise da documentação, em conjunto com a planilha de cálculo do Preço de Transferência (doc. 1) foram identificados os seguintes fatos que configuram infração à legislação de regência.

O Anexo I da IN RFB nº 1.312/2012 (com a redação dada pelas INs RFB nº 1.498/2014 e 1.555/2015), em seu item VIII, inclui os minérios de cobre e seus concentrados dentre as commodities sujeitas à aplicação do método PECEX nos termos do art. 34, § 3º da mesma IN.

Já a London Metal Exchange (LME), bolsa de mercadorias e futuros cujas cotações foram utilizadas pelo contribuinte no cálculo dos seus preços parâmetro, integra o Anexo II item VIII da mesma IN, estando, portanto, observado o requisito do inciso I do § 3º do art. 34.

A Salobo fez alguns ajustes ao preço parâmetro de cobre obtido nas cotações da London Metal Exchange. Os ajustes segundo as informações contidas na aba “Premissas” e “TP Cobre” da planilha DOC_03_SALOBO_TP_COBRE_2018, doravante chamada de doc. 1, foram os seguintes: 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.

Os itens 5, 7, 8 e 9 apresentaram discrepâncias de valores ou não se enquadram nos ajustes admitidos pelos § 9º e 10º do art. 34.

TEOR DE FLÚOR+CLORO

No inciso “IV” da cláusula 1.2 do Aditivo nº 2 ao contrato de compra e venda de Cobre assinado entre a Salobo e a Visa International (doc. 2) consta uma penalidade flúor+cloro:

“IV) Cobrança de multa para teor de flúor mais cloro: 1,00 (1 -umidade) dólar por WMT de Concentrados para cada 100 ppm que exceda 500 ppm e seja inferior ou igual a 2.500 ppm de teor de flúor mais cloro nos Concentrados, frações proporcionais; e 1,5* (1-umidade) dólar por WMT de Concentrados para cada 100 ppm que exceda 2.500 ppm de teor de flúor mais cloro nos Concentrados, frações proporcionais;”*

Ao se analisar o cálculo dessa penalidade na planilha apresentada pela empresa DOC_03_SALOBO_TP_COBRE_2018 (doc. 1), verificou-se que a fórmula utilizada na coluna AU da planilha está apresentando resultado superior ao que se obtém aplicando os critérios contratuais quando o teor de Flúor+Cloro é superior a 2.500 ppm.

A título de exemplo, utilizou-se o cálculo para a data de embarque de 21/01/2018 (linha 3, coluna AU da planilha), aplicando as fórmulas do contrato:

Fórmulas da Penalidade Flúor+Cloro:	
a)	para cada 100ppm que exceda 500ppm e seja menor ou igual a 2.500ppm = 1 dólar*(1-umidade)
b)	para cada 100ppm que exceda 2.500ppm = 1,5 dólar*(1-umidade)
onde:	
Teor de Flúor + Cloro= coluna AT da planilha apresentada (Somadas das colunas K e L)	
Umidade= coluna H da planilha apresentada	

Embarque em 21/01/2018	
Teor de flúor + cobre	3.050,67
Umidade	9,04%

Até 2.500	
2.500-500 =	2.000
2.000/100 =	20
20 x (1-9,04%) =	18,19 (A)

Acima de 2.500

3.050,67–2.500 =	550,67
550,67/100 =	5,51
5,51 x [1,50 x (1-9,04%)] =	7,52 (B)

Total Final	25,71 (A+B)
Total Coluna AU	28,26 (C)
Diferença	2,55 (C) – (A+B)

A fórmula utilizada na planilha pela fiscalizada está representada abaixo:

“=-SE(AT3>2500;(20+((AT3-2500) / 100) *1,5) ; ((AT3-500)/100)*(1-H3%))” Foi empregada a função “SE”, que pode ter dois resultados, o primeiro resultado é se a comparação for verdadeira, e o segundo se for falsa. Assim, se o teor de flúor+cloro for maior que 2.500ppm, aplica-se a primeira fórmula, caso negativo, aplica-se a segunda fórmula.

Na fórmula do cálculo quando o valor do teor do flúor+cloro é superior a 2.500ppm ficou faltando a variável (1-H3%) que expurgaria a umidade conforme especificado no contrato.

Na TIF nº 4, a empresa foi intimada a esclarecer o motivo dessa inconsistência, tendo apresentado a seguinte resposta: “A intimada esclarece que a fórmula a ser utilizada é a prevista contratualmente”.

A fórmula utilizada pela empresa para o cálculo da penalidade flúor+cloro, na planilha apresentada em resposta ao Termo de Início do Procedimento Fiscal, nos ajustes para obtenção do preço parâmetro está incorreta, pois não leva em consideração o expurgo da umidade (1-umidade%) que consta na cláusula contratual.

A própria empresa reconheceu esta incorreção em sua Carta Externa nº 008/2022, datada de 10 de janeiro de 2022, (doc. 3), encaminhada em resposta ao TIF 4, oportunidade em que encaminhou nova planilha – DOC_01_PT_SALOBO_COBRE AC_2018 (doc. 4), em substituição à planilha apresentada em resposta ao TIPF, utilizando a fórmula correta:

“=-SE(AT3>2500;(20+((AT3-2500)/100)*1,5);((AT3-500)/100)*(1-H3%)” A fórmula acima assemelha-se muito à fórmula incorreta, tendo como única diferença o posicionamento do parêntese que encerra a expressão lógica. Com essa alteração, o valor “1-H3%” é aplicado ao resultado final da expressão lógica, seja ele falso ou verdadeiro, o que é o correto.

Com a correção da fórmula, a penalidade flúor+cloro foi ajustada de USD 995,61 para USD 903,47.

Assim, com relação ao item Flúor+Cloro os valores foram corrigidos e as diferenças levadas em consideração no recálculo do preço parâmetro pela fiscalização.

CUSTO DE HANDLING

Dentre os valores de ajuste utilizados pela empresa para o cálculo de preço de transferência, está incluído o Handling (coluna AV da planilha), num valor fixo de USD 15,00 por tonelada.

A fiscalizada informou que o valor da handling fee “se trata de penalidade decorrente do manuseio do concentrado de cobre e tem como finalidade cobrir as despesas de manuseio e operacionais decorrentes do seu uso nas operações de blending”. Esclareceu que “essa penalidade tem relação com a qualidade do cobre que está sendo negociado”. Alega que handling fee é negociado em cada um dos contratos e que se trata de uma prática de mercado, consistindo em desconto atrelado à movimentação da carga devido a qualidade dela.

Posteriormente, o contribuinte apresentou novas considerações sobre handling fee, argumentando que esse desconto aplicado ao preço divulgado pela LME se deve ao fato de que o produto vendido é o concentrado de cobre, enquanto o negociado pela LME é o catodo de cobre, apresentando o primeiro impurezas que reduzem seu preço, o que não ocorre com o segundo.

Em paralelo à atual ação fiscal, referente ao ano-calendário 2018, corria uma outra com o mesmo objeto, mas referente ao ano-calendário 2017 (TDPF nº 0718500-2021-00086). Durante aquela ação fiscal, o contribuinte também foi questionado acerca da natureza do ajuste a título de handling fee, tendo dado respostas conflitantes a cada intimação: que se trata de informação de mercado fechada em base anual; que esse valor está previsto na cláusula 1.2, inciso V, do aditivo nº 2 do contrato entre Salobo e Vale International e, por fim, que estaria enquadrado no §7º do art. 34 da IN 1.312/2012.

No ano-calendário de 2017, o contribuinte foi intimado a esclarecer o motivo da cobrança de um valor fixo, uma vez que a citada cláusula 1.2, inciso V do aditivo nº 2 do contrato entre a Salobo e a Vale International apresenta a seguinte fórmula:

(v)	<i>Cobrança de multa para qualidade dos Concentrados de 15,00* (1 -umidade) dólares por WMT de Concentrados.</i>
-----	---

O contribuinte apresentou a carta Externa nº 314/2021 (doc. 5) na qual esclarece que “a fórmula a ser utilizada é a prevista contratualmente”. Diante de tal

resposta e, considerando que a planilha de cálculo apresentada durante esta ação fiscal também apresentava o valor fixo de USD 15,00 a título de handling fee, foi perguntado ao contribuinte, no Termo de Intimação Fiscal nº 4 se a justificativa para a divergência entre o valor fixo de USD 15,00 informado na planilha e a fórmula indicada no aditivo nº2 do contrato com a Vale International era a mesma dada na carta 314/2021 (doc. 5), apresentada no decorrer da ação fiscal relativa ao ano de 2017. O contribuinte confirmou, na Carta Externa 008/2022 (resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 4 – doc. 3), que sim, a resposta era a mesma, qual seja: a fórmula a ser utilizada é a prevista contratualmente. Acrescentou que ocorreu um equívoco na aplicação da fórmula no cálculo do handling fee (coluna AV da planilha). Diante dessa resposta, não resta dúvida de que os valores de handling fee utilizados pela empresa nos ajustes do preço parâmetro estão incorretos, pois não levaram em consideração a fórmula que consta na cláusula contratual.

Assim como ocorrido no item anterior, o próprio contribuinte reconhece a incorreção em sua Carta Externa 008/2022 (doc. 3), apresentada em resposta ao TIF 4, e encaminha nova planilha – DOC_01_TP_SALOBO_COBRE_AC 2018 (doc. 4) com a correção da aplicação da fórmula em substituição à anterior apresentada em resposta ao TIPF, onde o valor do Handling é ajustado de USD 465,00 para USD 421,20.

Além desta incorreção no valor da handling fee, há ainda que se discutir a validade de se deduzir esse valor da cotação da bolsa para obtenção do preço parâmetro.

A análise das respostas do contribuinte acerca da handling fee e do fundamento para que esse valor seja deduzido da cotação da LME para chegar ao preço parâmetro, demonstra que tal ajuste não encontra respaldo na legislação vigente quando da ocorrência do fato gerador.

As explicações promovidas pela fiscalizada não conduziram a um conceito seguro do que se qualifica como ajustes a título de handling.

Considerando o aditivo ao contrato, a handling fee seria uma multa decorrente da qualidade dos concentrados de cobre negociados. 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. 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, 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. O preço do concentrado

vendido pela Salobopara 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 já abaixo do mercado. 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 e desconto relativo à umidade. 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. O fato de as empresas serem livres para pactuar o preço dos seus negócios não pode se sobrepor à lei. O preço parâmetro deve ser equivalente a um preço médio de mercado negociado entre partes não relacionadas. Não seria correto aplicar 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. Na apuração do preço parâmetro, os ajustes concernentes à qualidade do produto exportado já estão mais que contemplados pelas penalidades de Flúor e Cloro, na aplicação do “pagável” de 96,7% do total do cobre presente no concentrado, que como vimos, está abaixo da prática de mercado, além do ajuste referente à taxa de tratamento e refino – TC/RC. Não haveria motivo para admitir uma nova dedução decorrente da qualidade dos concentrados além das já aplicadas, motivo pelo qual o valor de handling fee foi totalmente glosado e os preços parâmetro recalculados pela fiscalização.

VI.2. CUSTO DE INTERMEDIACÃO

Entre as premissas adotadas pela Salobo, constam ajustes a título de custo de intermediação no percentual de 5,5% sobre os preços parâmetros.

Foi solicitado à empresa que apresentasse a documentação que respaldaria o custo de intermediação de 5,5% deduzido do preço parâmetro que foi utilizado para obtenção do preço de transferência do cobre. Foi apresentado documento denominado “Análise de Ajustes Referentes a Custos de Intermediação”, elaborado pela Ernst & Young – EY (doc. 6), no qual é detalhado o estudo que respaldaria o custo de intermediação utilizado.

No decorrer da fiscalização referente ao ano de 2017 (TDPF nº 0718500-2021-00086) o contribuinte também tinha sido questionado acerca do custo de intermediação, tendo sido solicitado naquela ocasião que o contribuinte apresentasse o valor de intermediação praticado pela LME (TIF nº 5 – doc. 7). Ele respondeu, então, mediante Carta Externa 314/2021 (doc. 5) que a LME não cobra custo de intermediação.

No entender da empresa, o custo de intermediação pode ser deduzido com base no Art. 34 § 10 da IN 1.312/2012.

O exame da 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.

O custo de intermediação apresentado não tem nenhuma relação com o custo de intermediação previsto na norma tributária, 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.

O que se está apurando 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 às 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. São despesas não relacionadas com as operações analisadas neste Termo de Verificação.

A condição extremamente restritiva imposta pelo inciso IV do § 10 do art. 34, o qual dispõe que somente são admitidos como ajustes a título de custo de intermediação os cobrados pelas bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas. Assim, qualquer ajuste a esse título que não atenda a essa condição não pode ser admitido na apuração do preço parâmetro.

Diante disso, o valor do custo de intermediação será integralmente glosado, e os preços parâmetros recalculados pela fiscalização.

Ressalte-se que essa infração é a mesma em que incorreu a empresa controladora do grupo econômico, resultando nos lançamentos de ofício controlados pelos processos 16682- 720.914/2019-17 e 16682-720.377/2021-20.

FRETE

O contribuinte pleiteia ajustes a título de frete utilizando um valor determinado por estudo realizado pela consultoria Drewry (doc. 8 e 9) na apuração do preço parâmetro. 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.

Esse tema foi debatido na ação fiscal referente a 2017 – TDPF 0718500-2021-00086. Nesse item serão citados Termos de Intimação Fiscal lavrados ao longo daquela ação fiscal, bem como as respostas do contribuinte a esses Termos de Intimação.

Na reposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 3 (doc. 10 e 11), lavrado na ação fiscal referente ao ano-calendário 2017, a empresa entende que o preço de referência da LME é CFR (Cost and Freight) com entrega em armazéns localizados na Europa, sendo que o preço de venda da intimada é FOB (Free on Board), ou seja, não inclui o valor do frete marítimo.

Ao ser intimada, ao longo daquela ação fiscal, a apresentar o contrato padrão da LME que serviu de base para os ajustes efetuados a título de preço de

transferência, levando em consideração o § 9º do art. 34 da IN 1.312/2012 e suas alterações; identificando os itens que tratam da TC/RC, handling, frete etc.

A empresa informou o seguinte (doc. 12):

“A intimada apresenta arquivo em .pdf contendo as especificações para os contratos negociados na London Metal Exchange (LME) (DOC_01). Note que a intimada utiliza o valor divulgado pela LME para o Catodo de Cobre, como referência para definição do preço de venda de Concentrado de Cobre, não atuando diretamente nessa bolsa, conforme explicitado no item 1 supra. Quanto à identificação dos itens solicitados, informa-se que os mesmos não constam explicitamente nas especificações para os contratos negociados da LME.” Ou seja, segundo a própria fiscalizada, no contrato padrão da London Metal Exchange não existe especificação sobre frete.

No TIF 4 (doc. 13) a empresa foi novamente intimada a indicar onde constariam as informações sobre o frete e suas especificações, as quais teriam servido de base para o estudo da Drewry, levando em consideração o contrato padrão da LME.

Em sua resposta alegou que (doc. 14): “Conforme dispõe o §14, art. 34 da Instrução Normativa nº 1.312/2012, 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. Nesse sentido, o laudo da Drewry foi utilizado para definição do valor do frete a ser ajustado no cálculo do preço de transferência.

A Drewry, empresa presente no mercado há anos, localizada em diversos países e com ampla experiência em serviços de consultoria na área marítima(<https://www.drewry.co.uk/about-us>), utilizou-se das fontes descritas no Laudo apresentado em anexo à carta externa nº 177/2021.

Assim, considerando o notório conhecimento da Drewry, a Intimada informa que as informações sobre o frete e suas especificações foram elaboradas pela mencionada empresa contratada.” Conforme dispõe o §12, art. 34 da Instrução Normativa nº 1.312/2012, os ajustes do § 10 deverão levar em conta as diferenças existentes entre o preço recebido pelo exportador e a composição do preço de bolsa de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecida, conforme consta no regulamento da instituição negociadora, no caso, a LME, mas, o contrato padrão da LME não inclui valor de frete, ou outro custo, apenas estabelece que todo metal negociado na LME deve estar em conformidade com especificações rígidas em relação à qualidade, tamanho do lote e forma. No caso do cobre, o tamanho do lote é de 25 toneladas, a forma é catodo de cobre, e as especificações de qualidade constam no doc. 15 – “Special Contract Rules for Copper Grade A”/“Regras Especiais de Contrato para Cobre Grau A”, apresentado em resposta ao TIF 3 (doc. 10 e 11).

O procedimento não tem amparo na legislação tributária, pois o contrato padrão da LME não traz especificação sobre frete. Ainda que se considerasse que os contratos da LME incluem o valor do frete, o que não é o caso, existem sérios equívocos nos parâmetros adotados no estudo apresentado pela consultoria contratada.

O preço oficial da LME para o cobre é estabelecido diariamente considerando as diversas negociações de compra e venda de contratos futuros na bolsa. Só pode ser negociado nesta bolsa o cobre vendido por empresas aprovadas pela LME, que constam de uma lista detalhada disponível no seu próprio site(doc. 16).

De acordo com publicação da LME, cuja tradução juramentada foi apresentada pela Salobo – “Como os Preços de referência da LME são usados em contratos físicos de metais?” (doc. 17) / “How are LME reference prices used in physical metals contracts?” (doc. 18), o valor do preço de venda à vista do cobre representa o preço de qualquer marca aprovada pela LME disponível para entrega em qualquer local da rede global de depósitos da LME em dois dias úteis.

Há mais de 550 armazéns aprovados pela LME em 33 locais nos EUA, Europa e Ásia. Contudo, a LME não possui ou opera os armazéns, ela apenas autoriza as empresas que operam na bolsa a armazenar as marcas de metal registradas na LME nesses armazéns pré-aprovados.

São aprovadas para operar na bolsa empresas/brands dos seguintes países, conforme se verifica na lista disponível no site da LME (doc. 16):

Copper - Grade A Country/Region	Quantidade de Marcas Aprovadas pela LME
África do Sul	1
Alemanha	2
Austrália	2
Áustria	1
Bélgica	1
Brasil	2
Bulgária	1
Canadá	1
Chile	21
China	24
Espanha	2
EUA	8
Filipinas	1
Finlândia	1
Índia	4
Indonésia	1
Japão	8
Korea (South)	2
Laos	1
México	1
Myanmar	2
Noruega	1
Peru	3
Polónia	3
Rússia	3
Suécia	1
Zâmbia	4
TOTAL	102

Considerando a lista completa de armazéns aprovados pela LME (doc. 19), temos, em resumo, armazéns localizados nos seguintes países:

Pais/Região do armazém	Qtd
Alemanha	9
Bélgica	21
Emirados Arabes Unidos	3
Espanha	14
EUA	53
Holanda	133
Itália	18
Japão	6
Korea (South)	127
Malaysia	123
Reino Unido	8
Singapura	21
Suécia	7
Taiwan	21

Assim, caso as empresas que negociam seu minério na bolsa fossem utilizar armazéns da LME para disponibilizar seu cobre, escolheriam os armazéns mais próximos da sua produção. Obviamente que os compradores e vendedores localizados na Alemanha, Bélgica, Espanha, EUA, Japão, Korea e Suécia irão escolher os armazéns certificados nos seus próprios países, situação em que o custo de frete marítimo é zero.

O valor negociado na bolsa implica em catodos de cobre disponibilizados em quaisquer dos armazéns aprovados pela LME e não no endereço determinado pelo comprador. Portanto, os negociadores da Finlândia e Noruega, por exemplo, podem preferir os armazéns da Suécia que é um país limítrofe e o frete marítimo, se existir, será mínimo.

Enquanto Índia, Indonésia, Laos, Filipinas, Myanmar e Austrália estão bastante próximos dos armazéns situados na Malásia e Singapura. Já México e Canadá podem optar entre 53 armazéns para utilizar nos Estados Unidos. Todos os produtores europeus têm uma vasta opção de armazéns na sua região. E a China, maior consumidor de concentrado de cobre mundial, se não comprar toda a sua produção interna, tem armazéns aprovados em Taiwan, muito próximo.

Ainda que se entendesse que poderia existir algum valor de frete marítimo embutido no preço oficial da LME, uma vez que os catodos deverão estar disponibilizados em armazéns pré-aprovados, esse valor seria insignificante, em nada se comparando com o valor do frete calculado do Porto de Itaqui até Hamburgo pela empresa de consultoria contratada.

A venda na LME é na modalidade FOB, pois cabe à compradora arcar com o custo do transporte do armazém onde foi disponibilizado o catodo de cobre até o seu estabelecimento.

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.

As premissas utilizadas pela Drewry são incompatíveis com a realidade pois, na sua teoria, todos os fretes seriam equivalentes ao percurso Itaqui-Hamburgo, o que não é o caso.

Para corroborar o fato de que os valores da LME são FOB e não CFR como defende a fiscalizada, foi enviado um e-mail para a LME - LMEMarket.Data@lme.com(doc. 20) questionando se o Preço Oficial do Cobre na LME inclui os custos de frete, e, em sua resposta reproduzida a seguir, a representante da instituição informou que não.

Traduzindo a resposta: “A LME publica preços de referência globais para esses contratos, portanto, quaisquer desvios deste (como frete) seriam um prêmio/desconto, e não estão no preço da LME.” A publicação da LME de abril de 2018 sob o título “O Papel dos Prêmios e Descontos na Precificação de Contratos de Metais Industriais” / “The Role of Prémiums and Discounts in Pricing of Industrial Metal Contracts” (doc. 21), no subtítulo “Por que existem prêmios e descontos nos mercados de metais?” / “Why do premiums and discounts exist in metal markets?”, esclarece que os prêmios e descontos são as diferenças que um comprador paga pelo metal em comparação com um preço de referência. Eles são negociados a fim de levar em conta as características específicas de qual metal está sendo entregue e onde. Isso, porque o preço de referência com base na cotação da LME é baseado em um tipo e formato de metal padronizado e os desvios deste padrão de metal precisam ser refletidos no preço final que é pago no mercado físico. Ao negociar o preço de um contrato para receber a entrega de metal físico, os compradores e vendedores geralmente partem da cotação da LME para o produto, e, em seguida, negociam descontos e prêmios com base nos vários fatores que afetam a entrega, bem como o tipo (marca, forma ou qualidade) do metal sendo comprado ou vendido. Significa que não há valor de frete incluído no preço de referência da LME.

De acordo com o Detailed Guide to the LME/ Guia detalhado da LME (doc. 22), no subtítulo “Who trades on the LME?” / “Quem negocia na LME?” (página 4), os contratos da LME podem ser liquidados usando os estoques físicos armazenados em armazéns aprovados pela LME, mas a maioria dos participantes usam a LME como instrumento de Hedge. Por esse motivo, menos de 1% dos contratos negociados resultam na entrega real de metal, o que mais uma vez demonstra que o valor do frete não tem qualquer impacto na formação dos preços negociados na bolsa.

Conforme a página 11 do Guia da LME (doc. 22), se um contrato da LME é mantido em aberto até a data da liquidação, o sistema eletrônico da bolsa distribui os warrants (garantia/títulos de propriedade) de forma aleatória entre vendedores e compradores, o que significa que os compradores não podem escolher a marca ou o local/armazém específico do metal que vão receber, o que mais uma vez comprova que o frete não está incluído no preço negociado.

Além de não constar no contrato da LME qualquer menção ao frete, conforme a própria fiscalizada confirmou em suas repostas às intimações, vimos que o mecanismo de funcionamento da entrega do metal físico, caso a opção de compra seja exercida, não leva essa variável em consideração, e a LME, ao ser diretamente questionada, informou que o frete de fato não está incluído na composição de seus preços.

Portanto o valor de frete utilizado como ajuste do preço parâmetro não encontra respaldo legal e deve ser glosado. Este não pode ser deduzido para fins de comparação.

DO LANÇAMENTO Os ajustes a título de Flúor+Cloro foram recalculados de acordo com a fórmula estabelecida contratualmente, cujas incorreções foram reconhecidas pelo próprio contribuinte, e os ajustes a título de handling, frete e custo de intermediação serão excluídos do cálculo do preço parâmetro por não cumprirem os requisitos legais.

Assim, tomando por base a nova planilha de cálculo do preço de transferência fornecida pelo contribuinte com as correções descritas no TIF 4, o Lalur (doc. 23) e o LACS (doc. 24), foram revistos os referidos ajustes e recalculados os preços de transferência conforme se verifica na planilha “Recálculo Final Preço de Transferência”.

Como resultado foi apurada a seguinte diferença a ser adicionada nas bases de cálculo do Imposto e Renda e da CSLL:

Ajuste Total Correto	Ajuste Original (Lalur/LACS)	Diferença de Ajuste
439.013.643,30	74.354.997,10	364.658.646,20

Serão exigidos de ofício as diferenças de imposto e contribuição através dos respectivos Autos de Infração.

DO RESULTADO DE JULGAMENTO DA AÇÃO FISCAL ANTERIOR

O tema aqui tratado foi objeto de Auto de Infração referente ao ano-calendário 2017, formalizado no processo de nº 16682.721003/2022-11, tendo o contribuinte apresentado impugnação. No julgamento da impugnação, a Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil 09, manteve integralmente o crédito tributário - Acórdão 109-016.728 – 2ª TURMA/DRJ 09, de 10 de fevereiro de 2023.

A interessada se insurgiu, em 06/06/2023 (fl. 712) contra o disposto no Despacho Decisório, através da impugnação (fls. 713 a 790), do qual teve ciência em 08/05/2023 (fl. 708 e 834) apresentando os argumentos que se seguem:

- A Impugnante, subsidiária da Vale S.A., é empresa que se dedica à exploração, lavra e beneficiamento mineral tendo por objetivo a produção e comercialização

de concentrado de cobre. As exportações que a Impugnante realiza são destinadas à controlada da Vale S.A., domiciliada no exterior – Vale International S.A. – VISA, que revende o concentrado de cobre.

- Todas as exportações realizadas pela Impugnante à VISA sujeitam-se à apuração de preços de transferência, já que as partes envolvidas estão sob o controle acionário comum da Vale S.A., conforme o inciso V, do art. 23 da Lei n° 9.430/1996.

- Como o concentrado de cobre é uma commodity, em consonância com o Anexo I da Instrução Normativa RFB 1.312/2012 está sujeito à apuração dos preços de transferência pelo Método do Preço sob Cotação na Exportação (PECEX).

- Na comercialização no âmbito do mercado de cobre, há quatro principais tipos de produto:

- 1. Minério de cobre: mineral extraído (0,7% a 2,5%);
- 2. Concentrado de cobre: através de um processo de moagem do minério e mistura com água e reagentes, passa a apresentar entre 30% e 38% de cobre fino;
- 3. Cobre fundido: concentrados transformados em blister (98,5%) e, posteriormente, no anodo de cobre (99,7%); e,

- 4. Cobre refinado: anodos refinados resultando em catodos (99,9%).

- O produto exportado pela Salobo é o concentrado de cobre, o pó fino da figura descrita no item 2.

- O preço deste produto é baseado em uma fórmula obtida pela soma do valor dos metais contidos (“pagável de metais”) menos a soma das deduções e penalidades impostas.

- Afirma o TVF que o preço é calculado de acordo com a porcentagem de cobre presente no concentrado menos as penalidades e deduções e que o valor a ser cobrado tem como parâmetro o preço do cobre em uma das principais bolsas de commodities: London Metal Exchange (LME); Shanghai Futures Exchange (SHFE) e New York Commodities Exchange (COMEX).

- A impugnante utilizou para o ano-calendário de 2018 os dados da London Metal Exchange para o cálculo de seu preço de transferência. A LME é uma das principais bolsas de commodities do mundo, com ênfase na negociação de opções de metais e contratos futuros. No entanto, o concentrado de cobre não é um produto negociado na LME. O preço considera produtos cuja concentração de cobre é mais alta, ou seja, um produto mais puro.

- A própria LME reconhece a necessidade de ajuste no preço parâmetro por ela fixado pelos negociadores do mercado de cobre, independentemente de quem seja o comprador, parte relacionada ou não. O preço não só pode como deve ser ajustado de acordo com a qualidade do produto a ser negociado e outros fatores. É o que se percebe no trecho abaixo retirado do site da LME.

Em uma economia global de cadeias de valor fragmentadas e complexas, é cada vez mais difícil para produtores e consumidores "vencer o mercado" de forma consistente. Ao concordar em negociar pelo preço de mercado, conforme informado pela LME ou por uma agência relevante de divulgação de preços (PRA), as empresas podem se beneficiar de um nível maior de transparência oferecido por essas organizações e mecanismos de divulgação de preços. Como resultado, as empresas podem concentrar melhor seus esforços na negociação do valor dos prêmios ou descontos entre o metal subjacente e seu produto específico. Esses prêmios ou descontos podem ser baseados em vários fatores, incluindo, entre os mais citados: localização geográfica, grau do material, impurezas e condições de entrega.

- A fim de que os preços praticados nas operações entre partes dependentes, sujeitas ao PECEX, sejam comparáveis com operações entre partes não relacionadas, de acordo com as especificidades das operações praticadas, estabelece a Lei nº 9.430/96 que no método de apuração de preços de transferência, serão utilizados os “valores médios diários da cotação de bens ou direitos sujeitos a preços públicos em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas”(art. 19-A, caput, da Lei 9.430/96) os quais deverão ser “ajustados para mais ou para menos do prêmio médio de mercado” (art. 19, § 1º da Lei 9.430/96)..
- A Impugnante fez alguns ajustes ao preço parâmetro de cobre obtido nas cotações da LME que foram apresentados no curso da fiscalização por meio da planilha.DOC_03_SALOBO_TP_COBRE_2018. Os ajustes segundo as informações contidas na aba “Premissas” e “TP Cobre” foram os seguintes:
 - 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
 - O fisco questionou os critérios e fundamentos adotados para o ajuste no preço parâmetro dos itens 5, 7, 8 e 9, quais sejam frete, teor de Fluor+Cloro, custo de intermediação, e handling, considerando que apresentariam discrepâncias de valores ou não se enquadrariam nos ajustes admitidos pelos §§ 9º e 10º do art. 34 da IN 1.312/2012.
 - O cálculo de preços de transferência está correto, exceto em relação à pequena parcela do ajuste do teor de cloro + flúor, objeto de recolhimento conforme guia anexa (Doc Comprobatório) não havendo qualquer ajuste a ser feito, sendo totalmente indevidas as cobranças envolvendo o IRPJ e CSLL
- NULIDADES DOS AUTOS DE INFRAÇÃO
- Os autos de infração lavrados padecem de vícios insanáveis.

- O procedimento em questão diz respeito ao ano de 2018. Isso implica dizer que a presente autuação decorreu de um novo procedimento de fiscalização, sobre o mesmo período, o que só pode ocorrer mediante autorização do Delegado da Receita Federal, nos termos dos artigos 7º, parágrafo 2º da Lei 2.534/54 e 34 da Lei 3.470/58, bem como no artigo 951 do Regulamento do Imposto sobre a Renda (RIR/2018), que veicula disposição de idêntico à do artigo 906 do RIR/99. Portanto, como no caso em tela houve fiscalização anterior e, ao se verificar um reexame atinente ao mesmo período não houve autorização do correspondente Delegado, impõe-se a nulidade do auto de infração.
- A ordem que justifique novo exame deve ser motivada por fato novo e relevante, e não mera reiteração de fiscalização sem justificativa. O reexame não pautado em ordem justificada traduz-se em nulidade, pois ausente a motivação específica para a emissão da ordem. A ausência de ordem motivada representa violação ao princípio da segurança jurídica.
- Em virtude da ausência de autorização e de motivação por fato novo e relevante, é notória a nulidade do auto de infração em questão, nos termos do artigo 59, I do Decreto 70.235/72.
- DAS GLOSAS REALIZADAS PELA FISCALIZAÇÃO E DO PAGAMENTO PARCIAL DOS AJUSTES DE FÓRMULA RECONHECIDOS NA FISCALIZAÇÃO
 - Como já salientado, nota-se, do termo de encerramento da ação fiscal, que o DD. Fiscal perpetrou a glosa dos seguintes itens, no que diz respeito aos ajustes dos preços de transferência praticados pela Impugnante:
 - 1)Custo de Intermediação; 2)Frete; 3)Handling 4) Teor de Flúor + Cloro.
 - A Impugnante informa que já efetuou o pagamento dos ajustes de fórmula já por ela reconhecidos durante a fiscalização e identificados no Termo de Verificação Fiscal, referentes ao teor de flúor + cloro e o ao custo de handling, conforme comprovam os DARFs anexos (Doc_Comprobatorio).
- DAS DISTORÇÕES INERENTES À SISTEMÁTICA DE APURAÇÃO DE PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA ADOTADA PELA LEGISLAÇÃO PÁTRIA
 - O Brasil regulamentou o tema “Preços de Transferência” por intermédio da Lei 9.430 de 1996, enveredando por caminho diverso do adotado pela OCDE e outros países.
 - Os métodos contemplados pela sistemática adotada pela legislação pátria apresentam distorções nos preços aferidos, permitindo-se que, por meio de presunções ou ficções, seja tributada a renda, sem que exista acréscimo patrimonial.
 - A sistemática de apuração dos preços de transferência incorporada pela Lei nº 9.430 de 1996, a qual destoa fundamentalmente da utilizada por outros países e revela distorções, que abalam a segurança jurídica dos contribuintes, sendo condenada pela doutrina pátria.

- A reformulação de cálculo do preço parâmetro deve ocorrer sempre com a devida cautela e parcimônia para que sejam atenuados os vícios intrinsecamente ligados à sistemática em comento, viciada desde a origem, em virtude das distorções contempladas legalmente. Muito se tem falado a respeito da necessidade de flexibilização dos métodos de controle elencados pela Lei em questão, que deveriam ser meramente sugestivos e jamais taxativos.
- Logo, a Lei 9.430 de 1996, destoa do padrão internacionalmente aceito e revela uma série de vícios que acarretam a distorção dos preços calculados, fato que deve pesar sempre em favor do contribuinte quando da revisão, pelo fisco, dos métodos de cálculo nela previstos, o que deveria ter sido sopesado e aplicado pelo D.D.Fiscal, mas não o foi.
- O D.D. Fiscal em muito agravou a distorção dos preços por ele calculados, ao desconsiderar descontos previstos na Lei, nos quais não há identificação precisa e pormenorizada dos valores descontados para apuração tanto do preço praticado quanto do preço parâmetro.
- DA GLOSA REFERENTE AOS CUSTOS DE INTERMEDIÇÃO- DA NECESSIDADE DA CONTRATAÇÃO DA VISA PARA VIABILIZAÇÃO DAS ATIVIDADES DA IMPUGNANTE
- Insiste a fiscalização, em asseverar que os custos de intermediação devem estar limitados aos custos da LME, sem qualquer ajuste e na forma 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.
- Convém detalhar as atividades da VISA e o motivo dela se mostrar imprescindível para viabilizar a atividade da Impugnante. Note-se que os custos de intermediação estão devidamente suportados por laudo elaborado pela EY.
- A VISA não pode ser considerada uma trader comum, tendo em vista riscos, funções e ativos a ela atribuídos, devendo ser considerada uma “distribuidora de pleno direito”.
- O distribuidor de pleno direito é o tipo de trader que possui ativos, desempenha diversas funções e assume inúmeros riscos atrelados ao negócio de distribuição e negociação (marketing, preço, garantia, estoque, crédito etc.). Seu envolvimento requer que seja altamente ativo no mercado, tendo acesso à base de consumidores e estabelecendo a demanda por produtos através de seus canais de venda e marketing, além de uma estrutura logística consistente. Cabe a este distribuidor o controle de qualidade, a armazenagem e a distribuição do produto adquirido.
- A VISA é responsável pela inteligência comercial do grupo, sendo sediada na Suíça. Gerencia o marketing e as vendas, sendo responsável pela comercialização de minério de ferro e pelotas, níquel, cobre e carvão para Europa, África, América,

Oriente Médio e Ásia, detendo, dessa forma, a função de centralizar a comercialização internacional de minérios da Vale, suas subsidiárias e controladas.

- Cabe a VISA adquirir a produção e encontrar clientes por meio de plataformas de negociação. Colhe-se, da fiscalização levada a efeito no processo nº 16682-720.914/2019- 17 (citado pelo fiscal no TDPF), que muitas vezes um super navio (Valemax) com capacidade de mais de 400mil ton sai dos portos brasileiros sem um cliente certo, que a VISA se encarrega de vender, estocar ou até modificar o produto (pelotização) até a entrega ao cliente, que há centros de estoque na Malásia. Que seria impossível, dadas as especificidades do negócio, a Vale realizar o processo de vendas no Brasil (inclusive pelas limitações de fuso horário).
- Os volumes relevantes de exportação da Impugnante não poderiam ser alcançados sem a estrutura moderna de logística internacional que garante que os minérios estejam próximos dos seus possíveis futuros compradores no mercado internacional, considerando a proximidade de seus maiores concorrentes, que se localizam na Austrália e estão há 10 dias de distância do mercado asiático, enquanto o Brasil está há, aproximadamente, 45 dias de distância. Portanto, a existência de uma trader para centralizar a logística e comercialização internacional garante competitividade à Impugnante em relação aos concorrentes, que se encontram mais próximos aos mercados de destino.
- A VISA realiza a prospecção de clientes, usufruindo da sua rede de relacionamento estabelecida e de estratégias de marketing. Para garantir a efetivação de negócios, realiza continuamente atividades de análise e avaliação de mercado, além do empenho na identificação de novos clientes.
- A aludida empresa é responsável por toda a logística associada ao frete. Controla o trâmite relacionado ao embarque, transporte, descarga dos produtos e administra os responsáveis pelo acompanhamento da carga, administrando centros de distribuição, unidades de beneficiamento e/ou pelotização, transporte marítimo, assim como portos e terminais ao redor do mundo, além de assumir os riscos após o embarque da carga nos portos brasileiros.
- A VISA se responsabiliza pelo controle de qualidade do produto até a entrega e pelo suporte ao cliente. Preza pela manutenção da qualidade do minério durante o trajeto e auxilia demandas de clientes no descarregamento do produto, como por exemplo, a resolução de questões relacionadas a discrepâncias entre a qualidade contratada e a entregue.
- A VISA ao assumir a função de distribuidora, arca com os riscos associados à comercialização do produto, dentre os quais os riscos de mercado, comercial, suprimentos, de liquidez, de crédito, de inventário e de transporte.
- Observa-se ser 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.

- Por um lado, não permite que ela assuma, contratualmente, os riscos relacionados às operações da VISA. 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.

- Trata-se de custos integrados e indissociáveis das operações realizadas pela Impugnante, sendo mandatária a sua observância. Agregue-se o fato de que a negativa dos ajustes decorrentes dos custos de intermediação fatalmente acarretaria dupla tributação, pois estar-se ia tributando no Brasil e na Suíça os valores referentes ao custo de intermediação.

- As operações entre a Impugnante e a VISA, por se tratar de partes relacionadas, são tributadas por meio do preço de transferência e os eventuais lucros auferidos pela subsidiária estrangeira são captados, no Brasil, pela controladora, Vale S.A., através da tributação em bases universais. Não há qualquer prejuízo ao Fisco brasileiro em que uma empresa brasileira tenha controladas e coligadas no exterior.

- O preço de venda da Impugnante para a VISA impacta no custo da revenda posterior e no lucro por ela apurado. Se fosse possível praticar o preço de exportação com ajuste apenas do custo de intermediação das bolsas, o lucro da operação mercantil da VISA seria reduzido em igual montante (abstraindo-se haver prejuízos) e, por decorrência lógica, o valor a ser tributado no Brasil seria igualmente reduzido. Ao fim, o lucro real seria de igual montante.

- O ajuste do preço de transferência faz com que não haja redução do lucro da VISA nem no valor a ser tributado no Brasil. Mas, o ajuste feito no Brasil representa dupla tributação em montante igual decorrente do mesmo fato econômico que é a exportação de concentrado de cobre para a controlada da Vale S.A., VISA. O lucro real fica majorado pelo ajuste do preço de transferência.

- A negativa dos ajustes de custos de intermediação cobrados importaria total desconsideração da realidade fática subjacente ao caso da Impugnante, em plena afronta a própria lógica de preços de transferência, inclusive as diretrizes perpetradas pela OCDE.

- DO PARECER EMITIDO PELA EY

- Foi realizado estudo pela EY que, de um lado, atestou que os custos de intermediação variavam entre 5,5% e 7,2% (tendo a Impugnante optado pelo percentual mais baixo), bem como descreveu todos os ativos e funções da VISA.

- Observe-se na tabela da fl. 15 do laudo que a EY concluiu que a VISA possui ativos, exerce as atividades de logística e controle de inventário, planejamento de compras, estratégia de vendas e marketing, controle de qualidade, precificação,

processamento de pedidos, suporte de pós venda e serviços ao cliente, faturamento e cobrança, funções administrativas gerais, transformação de produtos, estratégia de envio, risco de inventário, risco de mercado (incluindo-se combustível e preço), risco de demanda de clientes, risco de qualidade do produto e risco cambial, itens que também foram identificados e explorados como diferenciais pelo CRU, à sociedade. Foi consignado que a VISA detém amplo conhecimento de mercado, lista de clientes, informação sobre clientes e relacionamento com os clientes.

- O Parecer da EY esmiuçou os ativos, as funções e os riscos assumidos pela VISA em comparação às demais empresas, afirmando, ainda, que a VISA não pode ser considerada uma trader comum, mas sim uma “distribuidora de pleno direito” em razão da amplitude de suas funções, ativos e riscos assumidos, não podendo ser censurado o percentual de 5,5%.
- Impedir a dedução do custo de intermediação constantes de laudos seria consagrar a distorção e a impossibilidade de realizar o necessário critério de comparabilidade para a realização dos devidos ajustes entre os preços praticados e os preços parâmetros.
- Resta claro que o laudo da EY afasta quaisquer dúvidas acerca da possibilidade de dedução das despesas a título de custos de intermediação
- DA LEGALIDADE DOS MÉTODOS E CRITÉRIOS UTILIZADOS PELA IMPUGNANTE PARA AFERIÇÃO DOS PREÇOS PARÂMETROS - DA CORRETA DEDUÇÃO DOS CUSTOS DE INTERMEDIAÇÃO.
- A fiscalização consignou, em seu TVF: deve-se atentar para o fato de que o que está se apurando essa fiscalização, é o preço parâmetro conforme a LME, e, como visto, o custo de intermediação apresentado no estudo da E&Y se refere às 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 nesse termo de verificação.
- DO CONTEXTO NORMATIVO DO PREÇO SOB COTAÇÃO NA EXPORTAÇÃO(PECEX) E DA ILEGAL ALTERAÇÃO EMPREENDIDA PELA IN 1.568/15.
- A Lei 9.430/96, com modificações introduzidas pela Lei 12.715/12, determina que o Método PECEX consiste no uso de valores médios diários de cotação dos bens ou direitos em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente conhecidas para a determinação do preço parâmetro a ser atribuído a operações entre partes relacionadas envolvendo commodities.
- Consoante o art. 19-A, § 1º, da Lei 9.430/96, incluído pela Lei 12.715/12, os preços cotados deverão ser “ajustados, para mais ou para menos”, do “prêmio médio de mercado”, na data da transação.

- O § 4º do mesmo dispositivo determina que, no caso de os bens não terem cotação em bolsa, como é o caso do concentrado de cobre, produto comercializado pela Impugnante, podem ser utilizados preços obtidos a partir de fontes de dados independentes fornecidas por instituições de pesquisas setoriais internacionalmente reconhecidas ou por agências e órgãos reguladores, desde que publicados os últimos no Diário Oficial da União.
- Ao regulamentar esse dispositivo, IN RFB 1312/12, no § 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 § 9º 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”.
- O § 10, 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”.
- A IN RFB 1.395/13 empreendeu alterações nesses dispositivos. 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. O inciso IV previa os “custos de intermediação nas operações de compra e venda praticadas pelas pessoas jurídicas não vinculadas”. Foi justamente para apurar esse valor decorrente de interpretação dos parágrafos 13 e 14 do art. 34 da IN RFB 1312/12 que a Impugnante contratou o Parecer junto a EY.
- Entretanto, sobreveio, posteriormente, a 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 a Lei, o conceito de “custos de intermediação”.
- O § 6º prescreve caber à Secretaria da Receita Federal do Brasil a disciplina do artigo, inclusive mediante a previsão das bolsas de mercadorias e futuros e das instituições de pesquisas reconhecidas.
- A novel Instrução Normativa indevidamente restringiu o conceito de custos de intermediação previsto na regulamentação, para abranger, indevidamente, somente aqueles valores cobrados por bolsas de mercadorias e futuros.
- 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, conforme demonstrado nos pareceres da EY.
- Tal imposição pelo Fisco é indevida e não merece prevalecer.

- Há três momentos da regulamentação, pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, do art. 19-A, §§ 1º e 5º, da Lei 9.430/96, incluído pela 12.715/12, relativa aos ajustes a serem realizados ao preço cotado em bolsa para fins de aplicação do Método PECEX.
- A evolução da regulamentação da Receita Federal sobre o tema revela significativas alterações no tratamento dos ajustes possíveis na aplicação do PECEX.
- A regulamentação não pode expandir nem restringir a amplitude dos dispositivos interpretados. Não está ao livre alvitre do órgão regulamentador aumentar ou restringir o âmbito de sua interpretação legal. A regulamentação deve exprimir a melhor interpretação dos dispositivos legais criando vinculações funcionais no âmbito da Receita Federal e expectativas de confiança para os contribuintes.
- A IN 1.568/15, ao modificar o inciso IV do § 10 da Instrução Normativa 1.312/12, incorreu em patente ilegalidade, desbordando do que estabelece a Lei 9.430/96.
- DA IMPOSSIBILIDADE DE INSTRUÇÃO NORMATIVA DESBORDAR O TEXTO LEGAL, A EXEMPLO DO QUE FEZ A IN Nº 1.568/15
- A regulamentação, especialmente em matéria tributária, não pode desbordar dos limites legais, em face do primado da legalidade (art. 2º, da Lei 9784/998).
- Conforme o art. 97, V, do Código Tributário Nacional, a fixação da base de cálculo dos tributos se encontra sob a reserva de lei.
- 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.
- A autorização do § 6º do art. 19-A da Lei 9.430/96 à Receita Federal para disciplinar o artigo somente se refere às funções típicas de instruções normativas, como instrumentos secundários introdutores de normas, materialmente submetidos à lei, de onde devem extrair sua conformação e seu fundamento de validade.
- Não se pode menosprezar o importante papel da regulamentação no sistema tributário brasileiro, ao precisar a interpretação fiscal acerca da lei tributária, uniformizando o entendimento em sede da Receita Federal do Brasil e conferindo segurança jurídica aos contribuintes. Por outro lado, esse papel deve ser objeto de controle pelo sistema, sempre que a regulamentação for além de seu mister, especialmente para restringir direitos dos contribuintes, a exemplo do que ocorreu com o advento da IN 1.568/2015.
- Em acórdão, versando sobre a matéria de preços de transferência, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o ARESP 511.736 estabeleceu a impossibilidade de a Instrução Normativa que regulamenta a matéria desbordar o preceituado na lei.

- A Colenda Corte rechaçou qualquer tentativa do Poder Executivo, ao regulamentar a lei de regência dos Preços de Transferência, de atribuir novos conceitos, expandir a interpretação da moldura legal. Verifica-se que as razões são idênticas. Promoveu, a IN 1568/15, um alargamento dos conceitos dos itens que podem ser deduzidos na formação dos preços praticados, gerando uma nítida distorção em relação aos preços parâmetros e ampliando, sem qualquer fundamento legal, base de cálculo do IRPJ e da CSLL.
- DO FUNDAMENTO LEGAL DA DEDUTIBILIDADE DE CUSTOS DE INTERMEDIÇÃO.DO CONCEITO DE PRÊMIO MÉDIO DE MERCADO E A EXTENSÃO DO MÉTODO DE COMMODITIES
- O art. 19-A, § 1º e 5º, da Lei 9.430/96, incluído pela Lei 12.715/12, prescreve a realização de ajustes ao preço parâmetro calculado em conformidade com o Método PECEX “para mais ou para menos do prêmio médio de mercado”.
- Para aferição da legalidade das modificações empreendidas na regulamentação desse dispositivo, deve-se perquirir o sentido da expressão “prêmio médio de mercado”.
- Em princípio, como ensina RICCARDO GUASTINI, significações específicas no discurso jurídico devem ser obtidas a partir dos textos normativos ou do uso de juristas, e não dos dicionários. Entretanto, não são conhecidas outras utilizações da expressão “prêmio médio de mercado”, seja pelo direito positivo brasileiro, seja pela Dogmática Jurídica.
- O prêmio de mercado consiste no adicional que o investidor espera receber por investir em um ativo mais arriscado, em comparação ao investimento mais conservador disponível no mercado.
- O equivalente em inglês de tal conceito é “Equity Risk Premium”, conceituado pelo Glossário da Revista The Economist como “a recompensa adicional recebida por investidores por comprar uma ação, em relação ao que teriam pelo investimento em um ativo menos arriscado, como um título governamental” (the extra reward investors get for buying a share over what they get for holding a less risky asset, such as a government bond). Trata-se, entretanto, de conceito de prêmio de mercado, advindo das ciências econômicas, que não apresenta relação com o mercado das commodities, pois se refere a ativos exclusivamente financeiros, sendo impossível construir o conceito legal em questão a partir dele.
- No mercado de commodities, verifica-se que o conceito de prêmio de mercado apresenta natureza relacional, referindo-se a um valor adicional em relação a um outro montante.
- De acordo com glossários da imprensa especializada, prêmio (premium) consiste no valor pelo qual um dado contrato futuro ou qualidade de commodity excede o valor de outro contrato de commodity. Trata-se do oposto de desconto. Especificamente no mercado de bolsas de valores, por vezes se faz referência ao termo como o próprio preço pago por uma opção, como consta do Glossário da

Bolsa de Chicago (Chicago Mercantile Exchange)¹³ e da Agência Norte-americana de Contratos Futuros (U.S. Commodity Futures Trading Commission). Nos dicionários, encontra-se definições de prêmio como “Compensação por serviço prestado. = RECOMPENSA,REMUNERAÇÃO”. Em inglês, o termo premium é definido como “a bonus, gift, or sum additional to price, wages, interest, or the like”. Percebe-se uma ideia bastante vaga de adicional ao preço ou compensação.

- Adaptando-se essa noção ao conceito legal, que trata de ajustes para mais ou para menos, o prêmio seria praticamente equivalente ao termo “ajuste”.
- O conceito de “prêmio médio de mercado” adequado 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.
- 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. 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).
- É que: (i) nem sempre a bolsa possui a liquidez necessária para a venda de toda a produção de uma grande empresa, como a Impugnante; e (ii) muitas vezes, a realidade econômica indica ser preferível a realização de um contrato de longo prazo fora do contexto da bolsa, do que submeter-se às volatilidades de preço e de demanda da bolsa, em cada operação. Logo, já seria possível concluir que o PECEX também é utilizado tomando-se em conta operações fora da bolsa como paradigma, cujo objeto sejam produtos negociados na bolsa.
- Os preços são ajustados por meio da demanda dos consumidores.
- A legislação 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 do concentrado de cobre. Tanto que o § 5º do mesmo dispositivo, que faz remissão ao § 1º, trata expressamente da hipótese de o bem que seja 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.
- O art. 34, § 3º, II, da IN 1.312/12 estabelece serem consideradas commodities não somente os produtos negociados em bolsas, mas também aqueles que, desde que listados no seu Anexo I, estejam sujeitos “a preços públicos nas instituições

de pesquisas setoriais internacionalmente reconhecidas listadas no Anexo III” (redação da IN RFB 1.870/19).

- O entendimento da Receita Federal sobre o tema (art. 9º da IN RFB 1.396/13, alterada pela IN 1.434/13), veiculado por meio da Solução de Consulta Cosit 176, de 8 de julho de 2015, é no sentido de que a cotação em bolsa sequer precisa ser específica para o produto em questão, bastando haver produto similar, • 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 pesquisa setoriais, do mesmo produto, ou mesmo de meros similares. Nesses casos, a operação na bolsa não funciona como parâmetro absoluto para a determinação do preço de transferência, como faz parecer a fiscalização.

- 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 price taker.

- O Método PECEX não se aplica exclusivamente a operações e preços praticados em transações realizadas em sede de bolsas de mercadorias e futuros. O PECEX se aplica a produtos que, embora tenham cotação em bolsa, são negociados, entre partes relacionadas e com terceiros, fora de bolsas. Aplica-se, ainda, conforme a regulamentação da Receita, a produtos que sequer são cotados em bolsa. Logo, para o método PECEX, a operação tida por parâmetro não poderá restringir-se à bolsa.

- A interpretação coerente da lei 9.430/96 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.

- 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.

- Ao desbordar os ditames legais, a fim de instituir restrição não prevista em lei, a IN nº 1.568/15 incorreu em patente ilegalidade, violando o que dispõe o art. 2º, da Lei nº 9.784/99, bem como ampliando indevidamente a base de cálculo do IRPJ e da CSLL, em dissonância com o que estabelece o art. 97, V, do CTN. • A IN nº 1.568/15 contraria a extensão dada à obrigatoriedade do Método PECEX tanto pela lei como pelos demais dispositivos da regulamentação da Receita Federal sobre o tema e da Solução de Consulta Cosit 176/15, igualmente vinculativa.

- Tais fundamentos levam à ilegalidade da modificação empreendida pela IN 1.568/15, que, desbordando dos ditames da Lei nº 9.430/96, proíbe indevidamente ajustes referentes a custos de intermediação não cobrados por bolsas de mercadorias e futuros.
- Prova dessas ilegalidades consiste na edição da Medida Provisória 1152/2022, cujo projeto de lei de conversão já foi aprovado, que estabeleceu as novas regras para apuração dos preços de transferência, que pretende alinhar os métodos de cálculo brasileiros aos padrões mundialmente praticados conforme o padrão da OCDE.
- A aplicação das diretrizes de preços de transferência instituídas pela MP 1.152/22 consiste em aplicar o método mais apropriado para determinar o preço parâmetro a ser observado para a tributação da transação com partes relacionadas.
- Em relação às commodities, o diploma legal prevê a aplicação do método de “Preços Independentes Comparados” (PIC), considerando-se os preços de cotação dos produtos, a exemplo do que ocorria com o PECEX e com o PCI (método do preço de cotação na importação). Conforme o art. 12 da MP 1.152/22, o conceito de commodity é definido mediante referência aos produtos físicos cuja cotação em mercado que seja utilizada por partes não relacionadas para determinar preços. Já os preços de cotação são definidos como aqueles obtidos em bolsas de mercadorias e futuros, agências de pesquisa ou órgãos governamentais.
- Quando satisfeitas essas condições, a aplicação do PIC-Commodities será feita em conformidade com o art. 13 da MP 1.152/22, cujo caput ressalva a possibilidade de demonstração de que outro método seja aplicável de maneira mais adequada à transação. Ao listar os métodos admitidos, o art. 11 da MP expressamente admite “outros métodos, desde que a metodologia alternativa adotada produza resultado consistente com aquele que seria alcançado em transações comparáveis realizadas entre partes não relacionadas” (inciso VI). Isso significa que sob a égide da MP 1.152/22 existe uma preferência pelo Método PIC-Commodities para as transações com mercadorias com preços cotados em bolsa, mas tal presunção pode ser elidida mediante a demonstração de que outro método, inclusive um método não previsto na MP, seria mais adequado para o caso.
- Quando se determinar pela aplicabilidade do Método PIC-Commodities, o § 1º do art. 13 da MP 1.152/22 determina, de maneira bastante ampla, a possibilidade de realização de “ajustes para assegurar que as características economicamente relevantes das transações sejam comparáveis”.
- Portanto, é bastante ampla a previsão dos ajustes possíveis para compatibilizar o preço de cotação com a transação controlada, de modo a obter-se o preço parâmetro. Trata-se de uma forma de regulamentação que está em linha com as normas internacionais de preços de transferência, que tendem a ser pautadas em princípios e standards (principle-based regulation). Em conformidade com a teleologia de se alcançar o preço arm’s length que seria efetivamente praticado

em transação não controlada, o intuito da regra do § 1º do art. 13 da MP 1.152/22 parece ser o de permitir tantos ajustes quanto os necessários para que se atinja a plena comparabilidade entre o preço cotado ajustado e a transação efetivamente realizada.

- A MP permite ao contribuinte demonstrar que outro método que não o PIC-Commodities é o mais adequado ao seu caso concreto, sendo inclusive possível a utilização de métodos não expressamente regulados. Ora, se se permite até mesmo a adoção de outro método previsto na MP ou de método não regulado para determinar o preço parâmetro, com muito mais razão devem ser admitidos todos os ajustes que se façam necessários para garantir a comparabilidade das transações controlada e não-controlada.

- A interpretação mais coerente do art. 13, § 1º da MP em questão é a de que há permissão ampla para a realização de ajustes, seja em função da literalidade do dispositivo, da interpretação sistemática com o caput e com o art. 11 ou da sua finalidade, além dos argumentos de índole constitucional. Isso significa que, no caso da Impugnante, são admitidos os ajustes dos custos de intermediação, que são necessários para estabelecer a comparabilidade dos preços cotados com os preços que seriam praticados por partes não vinculadas em situação similar à Impugnante.

- DA INOBSERVÂNCIA DO ART. 43, CAPUT E INCISOS I E II, DO CTN, BEM COMO DO ART. 2º, DA LEI Nº 7.689/88 – DO CONCEITO LEGAL DE RENDA.

- As prescrições presentes em lei complementar em matéria tributária, a par de funcionarem como parâmetros para a aferição da validade material da legislação ordinária e infralegal, exercem o papel de diretriz interpretativa no exame dessa legislação.

- Estabelece, o art. 43, caput e incisos I e II, do Código Tributário Nacional, que exerce o papel de Lei Complementar:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:
I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;
II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

- O imposto somente poderá incidir sobre o “acréscimo a um dado conjunto de bens e direitos (patrimônio), pertencente a uma pessoa (física ou jurídica), observado lapso temporal necessário para que se realize o cotejo entre determinados ingressos, de um lado, e certos desembolsos, de outro”.

- Ao determinar, como critério material possível do Imposto sobre a Renda, a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica do produto do capital ou do

trabalho, ou, ainda, de proventos (hipótese aplicável unicamente às pessoas físicas), o CTN respeitou a Constituição,

- O conceito de “lucro”, a partir da qual foi instituída a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), não discrepa dessas mesmas configurações (art. 1º e 2º da Lei 7.689/8816). Configurando espécie do gênero “renda”, o “lucro” é o acréscimo patrimonial atribuível às pessoas jurídicas. Conforme conceitua RUBENS REQUIÃO lucro consiste no “sobrevalor que a sociedade pode produzir, como resultado da aplicação do capital e outros recursos na atividade produtiva”.
- Esses conceitos funcionam como balizadores e diretrizes interpretativas para as regras de preços de transferência, que consubstanciam regras antielisivas específicas.
- No caso da exportação de produtos para parte relacionada, o risco para a Administração Tributária brasileira consiste em se atribuir ao produto exportado um valor menor do que o de mercado, de modo a diminuir a receita.
- Em se tratando de commodities, aplica-se o Método PECEX, considerando-se valor de cotação do produto em bolsas de mercadorias e futuros ou instituições de pesquisa setorial internacionalmente reconhecidas, para evitar o deslocamento de lucros para a parte relacionada domiciliada no exterior.
- A atribuição desse valor à transação 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).
- No caso de exportação através de trading company, a aplicação do Método PECEX não poderá ignorar essa circunstância, mormente quando há empresa 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.
- Não se pode considerar que a operação parâmetro seria unicamente uma operação realizada em bolsa, desconsiderando-se a utilização do trader, notadamente em cenário relevante para o sucesso da própria atividade exercida pela Impugnante.
- Há circunstâncias especiais que não se harmonizam com o método apresentado pelo fisco, sendo de rigo a consideração das condições inusuais e particulares constantes no caso, sob pena de se incorrer em grave distorção e de se violar o conteúdo dos arts. 43, do CTN, e 1º e 2º, da Lei nº 7.689/88, a exemplo do que fez a fiscalização no caso em análise.
- No que tange à Impugnante, que realiza exportações para a VISA, a qual, por sua vez, ao exercer o papel de distribuidora de pleno direito, é incumbida de diversas

funções, corre vários riscos e usa ativos tangíveis e intangíveis próprios (conforme atestou o Pareceres da EY), não se pode ignorar um pequeno percentual de 5,5% destinado ao lucro da VISA, o qual se materializa justamente nos ajustes decorrentes dos custos de intermediação.

- A legislação de preços de transferência do país de residência da VISA demandará que um percentual de lucro lhe seja atribuído em suas operações. A negativa dos ajustes decorrentes dos custos de intermediação acarretaria dupla tributação, pois estar-se-ia tributando no Brasil e na Suíça os valores referentes ao custo de intermediação.

- A margem bruta de 5,5% não representa fator positivo que influirá no seu lucro, mas sim fator positivo que influirá no lucro de pessoa jurídica domiciliada no exterior (VISA).

- Essa circunstância suporta a interpretação do termo “prêmio médio de mercado” (referido no § 1º do art. 19-A da Lei 9.430/96, inserido pela Lei 12.715/12), de forma a abarcar ajustes para mais ou para menos do preço cotado usualmente realizados no mercado de commodities em negociações em bolsa ou fora dela, incluindo custos de intermediação com trading companies, nas exportações realizadas para esse tipo de empresa.

- A aplicação do primado da isonomia suporta essa conclusão. Em matéria de preços de transferência, entende LUÍS EDUARDO SCHOUERI que a igualdade significa que a transação entre partes relacionadas, para fins de tributação sobre a renda e sobre o lucro, deve ser tratada da mesma forma que uma transação entre partes não relacionadas.

- Para HELENO TAVEIRA TÔRRES, a legislação de preços de transferência visa a concretizar a generalidade “segundo a qual todas as pessoas devem ser alcançadas pelo Imposto sobre a Renda, até o limite da respectiva capacidade contributiva, sem distinções ou privilégios”.

- No caso em voga, as lições convergem. Pela alegação da igualdade, que na hipótese assume o sentido protetivo acima referido, tem-se que o contribuinte que exporta para trading a ele vinculada não poderá ser tratado de maneira mais gravosa do que aquele que exporta para trading não vinculada, sob pena de flagrante violação à isonomia

- O princípio da isonomia deve necessariamente ser observado pela administração pública, sob pena inobservância do art. 108, II, do CTN (Lei nº 5.172/66), que assim estabelece: Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada: II - os princípios gerais de direito tributário; (...)

- A prescrição legal de ajustes sobre o preço cotado em bolsa em conformidade com o “prêmio médio de mercado” (art. 19-A, § 1º, da Lei 9.430/96, incluído pela Lei 12.715/12), assim, deverá ser interpretada de modo a permitir o tratamento

igualitário entre o contribuinte que exporta para trading company relacionada e contribuinte que exporta para trading company não relacionada que exerce as mesmas funções, incorre nos mesmos riscos e utiliza os mesmos ativos.

- Não cabe igualar o contribuinte que exporta para trader vinculada ao contribuinte que exporta a consumidor final por meio de bolsa de mercadorias e futuros, mormente se essa igualação resultar em uma desigualdade entre contribuinte que exporta para trader vinculada e contribuinte que exporta para trader não vinculada (situações equivalentes).
- Operações de exportação realizadas por meio de bolsas de mercadorias e valores e por meio de traders qualificados como distribuidores totais (full fledged distributor) são incomparáveis. A bolsa não se sujeita a qualquer risco, pois sempre tem segura sua taxa remuneratória do serviço. Em revés, o trader toma a propriedade do ativo, passando a submeter-se a todos os riscos de prejuízos, decorrentes da demanda, do preço e da eventual vinculação de contratos a índices futuros.
- A VISA figura em condição mais abrangente do que a de um simples trader, tratando-se efetivamente de uma full flat distribuidor, motivo pelo qual os riscos assumidos são ainda mais significativos.
- O Parecer realizado pela EY demonstrara que empresas similares à VISA, que exercessem, diversas funções, assumem vários riscos e detem, para tanto, ativos intangíveis como conhecimento de mercado, lista de clientes, informações e relacionamento com clientes, teriam uma margem bruta de lucro da ordem mínima de 5,5% e máxima de 7,2% do valor da transação para o consumidor final.
- Considerando-se que o preço cotado em bolsa seria o preço para o consumidor e que empresa similar a VISA teria 5,5% de margem bruta sobre esse valor, negar o ajuste desse custo de intermediação ao preço parâmetro significaria tributar o contribuinte que exporta para trading vinculada de maneira muito mais gravosa do que o contribuinte que exportar para trading não vinculado. Além de tributar lucro que não é do contribuinte brasileiro, esse entendimento violaria o primado da igualdade.
- Logo, deve prevalecer a interpretação conforme a qual o conceito de “prêmio médio de mercado” abrange quaisquer ajustes para mais ou para menos do preço cotado usualmente realizados no mercado de commodities em negociações em bolsa ou fora dela, incluindo custos de intermediação.
- Essa circunstância, reforça a ilegalidade da modificação feita a pela IN 1.568/15, não havendo que se falar em suposta inadequação dos preços de transferência.
- DOS FUNDAMENTOS DA DEDUTIBILIDADE DOS CUSTOS DE INTERMEDIÇÃO A PARTIR DA CONFORMAÇÃO INTERNACIONAL DO PRINCÍPIO DO ARM'S LENGTH – DA EFETIVA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO ARM'S LENGTH NO PRESENTE CASO

- 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.
- O tratamento transnacional dos preços de transferência é baseado no princípio do arm’s length (não-favoritismo), devendo ser dado o mesmo tratamento a uma transação controlada (entre partes relacionadas) em relação a uma transação não controlada (entre partes riscos e detivessem, para tanto, ativos intangíveis como conhecimento de mercado, lista de clientes, informações e relacionamento com clientes, teriam uma margem bruta de lucro da ordem mínima de 5,5% e máxima de 7,2% do valor da transação para o consumidor final.
- Considerando-se que o preço cotado em bolsa seria o preço para o consumidor e que empresa similar a VISA teria 5,5% de margem bruta sobre esse valor, negar o ajuste desse custo de intermediação ao preço parâmetro significaria tributar o contribuinte que exporta para trading vinculada de maneira muito mais gravosa do que o contribuinte que exporta para trading não vinculado. Além de tributar lucro que não é do contribuinte brasileiro, esse entendimento violaria o primado da igualdade.
- Deve prevalecer a interpretação de que o “prêmio médio de mercado” abrange quaisquer ajustes para mais ou para menos do preço cotado usualmente realizados no mercado de commodities em negociações em bolsa ou fora dela, incluindo custos de intermediação.
- Essa circunstância reforça a ilegalidade da modificação empreendida pela IN 1.568/15, não havendo que se falar em suposta inadequação dos preços de transferência.
- DOS FUNDAMENTOS DA DEDUTIBILIDADE DOS CUSTOS DE INTERMEDIÇÃO A PARTIR DA CONFORMAÇÃO INTERNACIONAL DO PRINCÍPIO DO ARM’S LENGTH – DA EFETIVA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO ARM’S LENGTH NO PRESENTE CASO
- 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.
- O tratamento transnacional dos preços de transferência é baseado no princípio do arm’s length (não-favoritismo), que prescreve que deve ser dado o mesmo tratamento a uma transação controlada (entre partes relacionadas) em relação a uma transação não controlada (entre partes independentes). Baseia-se em uma comparação entre uma transação entre partes relacionadas e uma transação efetuada no livre mercado.
- Resta claro a importância de comparabilidade, pois sem o custo de intermediação a aferição do preço de mercado restaria seriamente comprometida.

- O princípio do arm's length está previsto no art. 9º da Convenção Modelo da OCDE acerca de tributos sobre a renda e capital, que trata de empreendimentos associados (associated enterprises).
- Em que pese o Brasil ainda não seja membro da OCDE, seus tratados bilaterais contra a dupla tributação são largamente influenciados pelo modelo.
- Nesse passo, pode-se verificar a redação do art. 9º de recente tratado ratificado pelo Congresso brasileiro, concluído com a Rússia.
- A previsão do arm's length consta do primeiro parágrafo do art. 9º dos tratados brasileiros, atuando como inequívoca diretriz interpretativa e mesmo parâmetro de legalidade (ou "convencionalidade"), dada a prevalência dos tratados sobre a legislação interna.
- A VISA se encontra sediada na cidade de Saint-Prex, na Suíça, país-membro da OCDE e, portanto, sujeita às regras do preço de transferência. Representantes brasileiros e suíços assinaram Convenção para Evitar a Dupla Tributação baseada no modelo da OCDE no dia 03 de maio de 2018, aprovado pelo Senado em 24 de fevereiro de 2021 e regulamentado pelo Decreto 10.714/2021, além da observância aos princípios do Arms Length.
- Mesmo em relação à aplicação do regime de preços de transferência sobre transações nas quais a outra parte não se encontre domiciliada em país com o qual o Brasil tenha tratado firmado conforme o modelo da OCDE e devidamente ratificado, o princípio do arms length pode ser tomado como diretriz interpretativa, em função da expressa referência da exposição de motivos da Lei 9.430/96 às regras da OCDE.
- Os princípios e regras adotados pela OCDE podem influenciar na interpretação das normas brasileiras de preços de transferência, nos termos do que preceitua a Lei 9.430/96. Afirmamos que "considerando que a exposição de motivos da Lei nº 9.430/1996 refere-se à OCDE, é admissível sustentar que os princípios e regras da OCDE devem iluminar a aplicação da Lei nº 9.430/1996. Em matéria de preços de transferência, seria uma forma eficaz de se enfrentar as distorções ou inconstitucionalidades que a aplicação estrita dos métodos positivados pode vir a ensejar".
- Essas mesmas diretrizes valem para os chamados métodos de commodities. Esses métodos chegaram a ser denominados como "sexto método", em adição aos cinco previstos nos Guidelines da OCDE,
 - No âmbito do Projeto BEPS (Base Erosion and Profit Shifting), levado a efeito pela OCDE e pelo G20, com participação de diversos países, dentre os quais o Brasil, houve a inclusão de novos parágrafos às Guidelines da OCDE sobre preços de transferência, no item que trata do Método de Preços Independentes Comparados (CUP – Comparable uncontrolled price method).
- Os métodos de commodities são tomados como um desdobramento do referido método. O novel parágrafo 2.18 conceitua commodities como produtos físicos

para os quais um preço cotado é usado como referência por partes independentes. Em seguida, admite como preço cotado não somente aqueles verificados no mercado de bolsa, mas também os aferidos por agências estatísticas de reporte de preços reconhecidas e transparentes.

- Conforme o parágrafo 2.20, as características econômicas relevantes da transação controlada e das transações não controladas devem ser comparáveis. Assim, o dispositivo prevê uma série de ajustes possíveis.

- O termo “premium”, normalmente traduzido como prêmio (a exemplo do “prêmio médio de mercado”) é usado de forma ampla, identificada com a noção de acréscimo, o que já indica a interpretação de que os ajustes devem abarcar qualquer acréscimo realizado pelo mercado, em transações em bolsa ou não.

- A parte final do dispositivo afirma que devem ser compensadas contribuições feitas na forma de funções exercidas, ativos empregados e riscos incorridos por outras entidades na cadeia produtiva.

- As diretrizes internacionais acerca de preços de transferência expressamente determinam ajustes decorrentes de custos de intermediação, na aplicação dos métodos de preços cotados para commodities.

- Aplicando-se essas diretrizes internacionais ao direito brasileiro, tem-se mais um argumento para sustentar que o “prêmio médio de mercado” constante do § 1º do art. 19- A da Lei 9.430/96, inserido pela Lei 12.715/12, deve ser entendido como qualquer ajuste realizado pelas partes em relação ao preço cotado, inclusive fora da bolsa de mercadorias e futuros, a corroborar o descabimento das acusações fiscais.

- Além da expressa dicção do novel parágrafo 12.16C dos Guidelines da OCDE sobre preços de transferência, o próprio conteúdo do princípio arm's length suporta essa conclusão, já que requer que os parâmetros de comparabilidade sejam plenos ou então ajustados conforme as características da operação do contribuinte, não podendo persistir os critérios adotados pelo fisco para lavrar os presentes autos de infração.

- O art. 36 da IN 1.312/12 afirma que somente podem ser utilizados índices publicados por instituições de pesquisas setoriais internacionalmente reconhecidas nos casos em que não existir cotação dos bens exportados em bolsa de mercadorias e futuros. É justamente o que fez a Impugnante, ao se valer do estudo da E&Y.

- Ademais, é de relevo salientar que a precificação comercial leva em consideração o volume ou a quantidade de unidades objeto das vendas, além da condição do comprador que pode ser revendedor ou consumidor final.

- A título de exemplo, no supermercado, é comum que o preço de uma cartela com 30 ovos seja menor do que 5 vezes o preço de meia dúzia de ovos da mesma

marca. Também se observa que o preço de atacado costuma ser inferior ao preço do varejo.

- A analogia ilustra bem a situação envolvendo a cotação de bolsa para o concentrado de cobre. Não é razoável se exigir que o preço de 300 milhões de toneladas seja 100 vezes superior ao preço para 3 milhões de toneladas, ou que o preço de bolsa para 1 tonelada tenha que ser praticado para qualquer volume. Deve-se examinar a função do adquirente (revendedor), pois a trading tem objetivo de lucro e deve ser remunerada por sua atividade.

- No contexto das commodities, a exportação de grãos para o importador estrangeiro que processa para a fabricação de ração animal (indústria), por exemplo, é diferente da exportação para revendedor e distribuidor de grãos (trading), e cabe prática de preços distintos. No caso da VISA, a fiscalização pretende que seja adotado o preço para adquirente industrial, em patente dissociação das particularidades do caso concreto.

- Houve aderência dos preços praticados entre a Impugnante e a VISA ao princípio do arm's length e da legislação aplicável. As acusações do fiscal não merecem prevalecer.

- DO CARÁTER NÃO EXAUSTIVO DOS MÉTODOS DE PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

- O ajuste dos custos de intermediação deveria ser aceito em face das provas apresentadas pelo contribuinte no sentido de ser esse um custo normal e necessário em transações entre partes não relacionadas que utilizem estrutura similar.

- A legislação de preços de transferência, funcionando como norma antielisiva específica, prevê uma série de ficções e presunções para a determinação do preço parâmetro. Entretanto, conforme se afirmou acima, essas presunções e ficções serão incompatíveis com o conceito de renda sempre que levarem à tributação pelo referido tributo de uma realidade que não configure renda.

- Os métodos previstos pela legislação brasileira de preços de transferência devem ser tomados não exaustivos, admitindo a produção de provas em sentido da utilização de outras metodologias. Nesse sentido, assim sustentamos, antes do advento da Lei 12.715/12.

- 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.

- No caso da Impugnante, foi produzida prova técnica especializada, por meio da análise funcional completa de diversas empresas comparáveis, no sentido de que

é devido o ajuste mínimo de 5,5% no preço em função dos custos de intermediação, em operações realizadas por intermédio de tradings.

- O Parecer da E&Y apresentado pela Impugnante demonstra que, em negociações entre partes não relacionadas, no livre-mercado, é compatível a margem de 5,5% ao intermediário que assume funções (atividades, riscos e ativos) similares às da VISA. Logo, negar a realização desses ajustes ao preço de cotação, no caso da Impugnante, significaria impor às partes relacionadas uma tributação superior àquela a que se submetem as partes não relacionadas.

- DAS INDEVIDAS LIMITAÇÕES ENVOLVENDO O MÉTODO PECEX E NÃO EXISTENTES EM OUTROS MÉTODOS DE APURAÇÃO DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

- Em nítida afronta ao princípio da isonomia tributária, e em notória desconsideração da interpretação sistemática dos dispositivos da Lei 9.430/96, observa-se que o método PECEX experimenta indevidas limitações que não são estabelecidas para os outros métodos de apuração de preços de transferência.

- O PECEX deve considerar bases diárias, ao passo que os outros métodos de cálculo dos preços de transferência são realizados em bases anuais. Os cálculos diários não permitem a compensação de ajustes positivos com ajustes negativos ao longo do ano, apresentando nítida desvantagem.

- Outra limitação do PECEX se observa no que tange à margem de divergência. O art. 51 da IN 1.312/2012, estabelece a regra geral de que nenhum ajuste será exigido da pessoa jurídica na apuração de IRPJ e CSLL quando o preço ajustado, a ser utilizado como parâmetro, divirja em até 5% daqueles constantes dos documentos de importação e exportação.

- Sem qualquer justificativa plausível, o §2º do aludido dispositivo limita a apenas 3% a margem de divergência na hipótese de importação ou exportação de commodities sujeitas à cotação em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas.

- Apenas os contribuintes importadores ou exportadores de commodities que se sujeitem à cotação em bolsa de mercadorias e futuros internacionalmente conhecidas estão sujeitos à margem de 3%, enquanto todos os demais sujeitam-se à mais alargada margem de 5%.

- Trata-se de norma que 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.

- Ainda que se aplicasse a margem de 3% ao caso de Impugnante, revela-se desproporcional e desarrazoado que nas operações em que a divergência seja de 2,9% nada seja tributado, ao passo que nas operações em que a divergência seja de 3.1% a integralidade do valor seja objeto de tributação. Apenas o percentual

que exceder o valor de 3% poderá ser tributado (no exemplo em questão, apenas 0,1% e não 3,1%).

- Adicionar o valor dos 3% ao montante é tributação indevida, por ferir a razoabilidade, a isonomia e a proporcionalidade, além violar o artigo 51, § 2º, da IN 1.312/12.

- Mas o indevido tratamento mais gravoso atribuído ao método PECEX não para por aí. Enquanto os demais métodos de preços de transferência estão sujeitos ao safe harbour de que trata o art. 20, da IN 1.312/201230 - dispensa de arbitramento nas hipóteses de preço médio de venda superior a 90% do preço médio praticado no mercado brasileiro – no método do PECEX o referido safe harbour não é aplicável, nos termos do art. 34, §6º, da aludida Instrução Normativa.

- O contribuinte que utilizar o método PECEX estará impossibilitado de fazer uso dos benefícios constantes do art. 48 e 49 da IN 1.312/2012, ao contrário dos contribuintes que seguirem os demais métodos de apuração.

- O fisco pretende impor aos contribuintes que exportam commodities a obrigação de apurar os preços de transferência pelo método PECEX, ao mesmo tempo que afasta os benefícios da regra geral de apuração de preços de transferência, tornando sobremodo lesiva a apuração por intermédio do PECEX. Tal conduta, além de ferir a isonomia, revela-se desproporcional e desarrazoada. Tal conduta desrespeita a Lei 9.430/96.

- A Impugnante propugna pela incidência, in casu, dos dispositivos normativos que lhe forem mais benéficos na apuração dos preços de transferência, sobretudo no que se refere à possibilidade de utilização de safe harbor e da margem de divergência de 5%.

- **DAS DESPESAS A TÍTULO DE FRETE**

- A narrativa fiscal é iniciada com a questão de que no contrato da LME não há especificação sobre o frete e que tal assertiva teria sido corroborada pela ora Impugnante. A empresa se amparou na legislação para a dedução das despesas de frete, bem como apresentou laudo idôneo para tanto, elaborado pela empresa Drewry e sua respectiva tradução juramentada. A utilização da Drewry como instituição hábil à função especificada pela Impugnante tem respaldo no artigo 34, parágrafo 14, da Instrução Normativa 1.312/2012.

- Em seguida passa o fiscal a narrar como supostamente ocorre a negociação do cobre por intermédio da LME.

- 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.

- Na narrativa, desconsiderou-se que a Impugnante não atua diretamente na LME, mas só utiliza o valor divulgado pela instituição como “referência”. Assim, aduz da resposta:

- Resposta: “A intimada apresenta arquivo em .pdf contendo as especificações para os contratos negociados na London Metal Exchange (LME) (DOC_01). Note que a intimada utiliza o valor divulgado pela LME para o Catodo de Cobre, como referência para definição do preço de venda de Concentrado de Cobre, não atuando diretamente nessa bolsa, conforme explicitado no item 1 supra.

- O fiscal desconsiderou todas as particularidades dos produtos produzidos pela Impugnante (notadamente o concentrado de cobre), bem como não tomou por base, em sua narrativa, que a Impugnante não atua na LME.

- A comparação entre preço praticado e preço parâmetro produzida pelo fiscal para promover o indigitado e inexistente ajuste é 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 do Brasil e seus destinatários. A Impugnante não opera diretamente na LME e, portanto, não é usuária dos armazéns aos quais o fiscal faz menção. Assim, seu ideal de “frete zero” cai por terra.

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

- Desconsiderar o custo de frete incorrido pela Visa é um absurdo na sistemática de apuração dos preços de transferências uma vez que a distorção na comparação com o preço parâmetro (da LME que é o mais adequado para a atividade da Impugnante) seria fazer uma comparação em bases absolutamente distintas.

- Ao comparar um produto que percorre uma distância colossal, e incorre em custos para tanto, com todas as peculiaridades das operações que envolvem minérios como o concentrado de cobre, com uma operação em que não há deslocamento e pretender que elas sejam iguais, para a apuração de preços, configura um descalabro. E consagração da tributação por intermédio do IRPJ e CSLL de algo que renda definitivamente não é.

- O fiscal assevera que a condição de frete considerado nas operações é FOB (e para tanto identifica um e-mail enviado à LME para indagar se o preço do frete está incluído cuja resposta é negativa), para continuar reafirmando a impossibilidade de dedução dos custos de frete.

- Nessa toada de afirmações fiscais, olvidou-se “apenas” de duas questões em relação ao caso da Impugnante: (i) que os produtos são vendidos na modalidade FOB, 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.
- O raciocínio fiscal de não permitir a dedução do frete é descabido. Se a LME não considera o frete em seus produtos, para que se possa comparar o valor do produto exportado para partes vinculadas (como ocorre com a Impugnante), e ao trazer as mesmas bases de comparabilidade, é imperiosa a dedução do valor do frete do valor de venda.
- Quando o Fiscal “circulariza” a LME para indagar se o frete está ou não incluso no preço por ela identificado, olvida-se qual é o objetivo principal da fixação do preço dos metais não ferrosos propostos pela LME, segundo essa própria instituição, conforme se infere do diagrama abaixo constante do próprio site da LME.



Fig 1. The "all-in" price is comprised of the underlying metals LME reference price plus or minus negotiations based on various factors including location, grade, shape and so on.

- Da parte azul à direita do diagrama pode-se verificar que se trata de um preço-base que as partes se utilizam, por exemplo, para a mitigação de riscos. Mas que esses preços são ajustados para mais ou para menos nas negociações visando a refletir questões como a qualidade e o frete que estão textualmente presentes, como se observa dos conceitos constantes do documento acessado no site da LME.
- A LME aduz a necessidade dos ajustes em função do frete, sendo totalmente descabida a glosa dos valores a título de frete perpetrada pelo fiscal.
- Segundo o §1º, art. 19-A da Lei 9.430/1996, 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. Busca 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.

- O valor divulgado pela LME é um valor de referência para as operações de venda de cobre, em forma de catodo e não de concentrado, sendo ajustado para mais ou para menos a depender de uma série de fatores. Dentre eles a forma, o local de entrega e a assunção de riscos. Nesse sentido, destaca-se os seguintes parágrafos, presentes no documento intitulado “How are LME reference prices used in physical metals contracts?” (DOC_01 e (DOC_02 - tradução juramentada).

“Por último, mas não menos importante, as empresas que adotam preços globalmente aceitos, como a LME, mantêm a opcionalidade de poderem proteger sua exposição ao preço do metal subjacente sem qualquer risco de base sobre essa exposição. Por serem capazes de negociar em mercados padronizados e líquidos, as empresas que adotam os preços da LME podem ser flexíveis em suas decisões. Elas podem travar ou flutuar os preços, com base em seu apetite pelo risco, suas projeções futuras e a forma da curva futura. No entanto, produtores e consumidores estarão expostos a preços premium e descontos porque eles são específicos para o material em questão. Por exemplo, o custo de um preço premium levará em consideração detalhes como o porto de onde uma remessa está vindo ou indo. Dado que a padronização gera liquidez em um mercado, seria quase impossível encontrar um mercado onde os preços premium e descontos pudessem ser negociados”

“O Preço Oficial da LME para o cobre é estabelecido diariamente a partir dos preços de compra e venda descobertos no fechamento da segunda Atividade da manhã (às 12h30-12h35, horário de Londres, no pregão de viva-voz da LME). O Preço de Liquidação Oficial da LME, também descoberto na Atividade, é o preço de venda à vista do cobre e ele é amplamente usado em contratos de cobre físico em todo o mundo. Isso significa que ele representa o preço de qualquer marca de cobre aprovada da LME disponível para entrega em qualquer local da rede global de depósitos da LME em dois dias úteis. Uma vez que o preço é definido, a LME registra, distribui e publica o preço para fornecedores em todo o mundo, que por sua vez disseminam os dados para usuários da indústria em toda a cadeia de valor.” (não grifado no original)

- O valor de referência divulgado pela LME, é ajustado de acordo com a especificidade de cada negociação, se assim quiserem as partes, e que esse ajuste é necessário para que se possa comparar o preço divulgado com o preço praticado pela Impugnante, uma vez que há mudanças nas condições de venda (Incoterms). O trecho cita descontos ao preço, fornecendo como exemplo exatamente a questão de onde o produto será entregue, ou seja, existe um frete contido no preço divulgado, que leva em consideração a entrega em qualquer armazém da LME.
- Deve-se levar em consideração para fins de equiparação de preço da Impugnante nas vendas sujeitas ao PECEX que: i. A Impugnante não atua diretamente na LME; ii. O produto vendido pela Impugnante é o Concentrado de Cobre e não o Catodo de Cobre negociado na LME; iii. O preço praticado pela Impugnante é FOB.

- É preciso realizar ajustes ao valor da cotação, para se obter valores comparáveis para fins de determinação do correto preço parâmetro, de modo que a comparação entre preço praticado e preço parâmetro não ocorra em condições distintas.
- No valor divulgado pela LME, nele está contido o fato de o produto ser entregue em algum armazém autorizado por ela, logo existe uma parcela de frete contida no preço, fato este que não ocorreria, apenas se a produção fosse em estabelecimento localizado dentro do armazém da LME a ser selecionado pelo cliente. Não há mudança de valor considerando o armazém que o produto será entregue que, por óbvio, será o mais perto do cliente.
- A companhia vende para seu cliente, na modalidade FOB, no qual o concentrado 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 Impugnante 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.
- Quando se busca comparar o preço FOB vendido pela Impugnante 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 9.430/1996, quando se busca comparar preços comparáveis. Por esse motivo a Impugnante realiza um ajuste à cotação, à título de frete, levando-se em consideração o estudo realizado pela Drewry.
- O próprio TVF menciona as particularidades da eleição do local de entrega de acordo com a localização dos negociadores (como já citado acima), o que impacta diretamente no preço.
- Não há como comparar o preço do concentrado de cobre disponibilizado pelo vendedor em um dos armazéns da LME e o vendido pela Impugnante, que é disponibilizado no porto - em Itaqui-MA - e não em armazéns LME. O padrão LME para o preço - sujeito a descontos e prêmios, conforme admitido pela própria LME no e-mail colacionado no TVF - é o produto entregue em um armazém LME, e não na mina ou no porto da mina. Como a impugnante não realiza a entrega do produto no destino da compra, porque o exporta sob a modalidade FOB, é necessário conceder o desconto no preço relativo ao frete, cujo custo a impugnante transfere ao comprador. O comprador incorre no pagamento do frete para buscar a mercadoria no porto até um armazém LME, não havendo, portanto, alternativa outra à Impugnante que não seja a de descontar o valor do frete "porto-armazém LME" do preço de cotação, na forma como expressamente autorizado pela IN 1.312/2012.
- O frete contido no valor divulgado pela LME não é descrito por uma fórmula matemática. Este frete faz parte de um conjunto de fatores negociais que

integram o valor divulgado, como visto no parágrafo citado acima, extraído do documento publicado pela LME, isto é, o frete pode ser somado ou diminuído do preço divulgado, considerando a forma como o produto será entregue. No qual no caso da Impugnante, deve-se diminuir o frete do preço divulgado, uma vez que sua entrega se dá em local distinto do armazém da LME, que como dito, poderia ser em qualquer lugar do mundo, a escolha do cliente.

- Aliás, causaria espanto e sobretudo, estranheza se o produto chegasse ao exterior sem que houvesse um frete a transportar o produto e a Impugnante viesse a incorrer na aludida despesa. Desta forma, tais valores devem ser deduzidos na apuração dos preços de transferência para que não se verifique qualquer distorção na citada apuração.

- Assim, não há qualquer razão para que seja desconsiderado o valor do frete, como fez o DD. Fiscal Autuante.

- DA GLOSA DOS AJUSTES A TÍTULO DE HANDLING

- A autoridade administrativa promoveu também a glosa dos ajustes a título de handling.

- Sobre esse ponto o DD. Fiscal assevera que nem a Impugnante sabe precisar qual o conceito de handling. Contudo tal afirmação é totalmente inverídica.

- O produto produzido é um concentrado de cobre que pode ser enquadrado como de segunda categoria, por esse motivo denominado “salobo”. Isso porque o seu grau de pureza dista de ser ideal para utilização em fornos. Para que o produto vendido e exportado pela Impugnante possa ser utilizado por clientes e consumidores (nos smelters ou fornos de fundição) é necessário e essencial que ocorra uma etapa 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.

- O produto da Impugnante é aquele previsto na etapa de secagem, podendo atingir uma concentração de cobre de até 38%. No entanto, para atingir o grau desejado, constante do cobre refinado catodo de cobre, com 99,99% de pureza, é necessário perpassar por várias fases.

- Frise-se, a Impugnante não vende catodo de cobre, mas sim, concentrado de cobre.

- O produto negociado pela LME consiste no catodo de cobre, ou seja, no cobre já refinado, sem impurezas, apresentado em forma de placas. As figuras abaixo demonstram a forma do produto em concentrado de cobre (produto vendido pela impugnante) e o catodo de cobre (produto negociado na LME).

- Para que possa o produto vendido e exportado ser equiparado ao produto negociado pela LME faz-se necessário o ajuste de preço. Somente com o ajuste é que a comparação entre o preço praticado e o preço parâmetro será realizada tomando-se as mesmas bases.

- A handling fee é um fator de redução do preço do concentrado de cobre atrelado à qualidade de minérios considerados complexos, ou seja, com alto teor de elementos deletérios/contaminantes, como é o caso específico do concentrado de cobre vendido pela Salobo. A finalidade da handling fee é compensar as despesas de manuseio e operacionais necessárias para que o concentrado de cobre esteja apto a ingressar nos fornos de fundição (smelters), sem danificá-los, para a transformar em catodo de cobre.
- Para controlar a quantidade de elementos contaminantes do concentrado de cobre, é necessária a realização de uma mistura (blending) adicional desse concentrado com outras substâncias que tenham baixo teor de elementos deletérios. Além de acarretar maior custo de manuseio decorrente do blending adicional do concentrado de cobre, elevam-se também as despesas operacionais como as de estoque deste minério.
- As cláusulas de handling fee decorrem da negociação entre os agentes econômicos, representando uma prática comum do mercado. No caso em tela, trata-se de um ajuste inerente à composição mineral das minas que são exploradas pela Salobo.
- A handling fee não se confunde com a redução de preço decorrente da medição das quantidades de flúor e cloro propriamente dita, que diz respeito apenas às impurezas presentes no minério adquirido pelo comprador, cujo escopo é o de compensar os danos relacionados à corrosão nos fornos de fundição (smelters) e nos sistemas de limpeza causados por esses elementos deletérios/contaminantes.
- O handling fee não se confunde com a redução de preço relacionada ao tratamento e refino do concentrado de cobre (treatment and refining charges – TC/RC), pois esta representa a margem do estabelecimento industrializador, sendo cobrada ainda que o concentrado de cobre tenha um baixo grau de elementos deletérios/contaminantes e não demande a etapa adicional de mistura do “concentrado complexo” (blending).
- A handling fee é uma dedução aplicada nos contratos de concentrados de cobre considerados complexos que possuem elementos deletérios ou contaminantes, que inviabilizem a sua utilização diretamente pelos smelters e que necessitam da etapa adicional de blending (mistura com outros concentrados com teor menor de elementos deletérios/contaminantes). Assim, o concentrado de cobre da Impugnante consiste em material de segunda categoria, que devido aos citados elementos contaminantes, deve ser “blendado” (misturado) com outros concentrados de forma a reduzir a proporção desses elementos no total da carga, antes de realizado o processo de fundição.
- A handling fee é uma dedução que no mercado de cobre é aplicada a todos os produtos que possuam contaminantes e deletérios, da mesma forma que o produto da Impugnante, que impeça sua aplicação direta pelos smelters, exigindo a etapa adicional de blending (mistura).

- A handling fee consiste em verdadeiro ajuste de qualidade, nos termos do artigo 34, parágrafo 7º da Instrução Normativa 1312/2012.
- A fiscalização ao glosar a dedutibilidade desses valores faz letra morta da legislação em vigor.
- DO EQUÍVOCO DOS CÁLCULOS ELABORADOS PELA FISCALIZAÇÃO - DA DESCONSIDERAÇÃO DOS INCENTIVOS FISCAIS A QUE A IMPUGNANTE FAZ JUS, REDUTORES DA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ
- Ao calcular os ajustes ao lucro real, o i. fiscal não levou em consideração a existência 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.
- A fiscalização errou na quantificação do IRPJ devido pela Impugnante no ano-calendário de 2018, limitando-se a adicionar, à base de cálculo deste tributo, o valor das despesas de ajuste de preço de transferência que entendeu pertinentes.
- Deixou-se de computar corretamente: (i) a redução de 75% do IRPJ devido, em razão do lucro da exploração em áreas incentivadas de que trata o art. 1º da Medida Provisória 2.199/01, concedido por prazo certo pela SUDAM e devidamente reconhecido pela RFB.
- Não incumbe à fiscalização apenas efetuar a adição de dispêndios à base de cálculo do IRPJ, mas, “calcular o montante do tributo devido”, nos termos do art. 142 do CTN. A apuração sem considerar tais elementos torna nulo o presente AI, dado o descumprimento do dever de determinar adequadamente o montante do tributo devido. No entanto, caso assim não se entenda, a Impugnante passa a demonstrar, por meio de alguns exemplos, a necessidade de, ao menos, serem reduzidos os valores ora cobrados.
- A Impugnante desenvolve suas atividades também em área abrangida pela Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia (“SUDAM”). Em parte dos projetos por ela desenvolvidos, a Impugnante é beneficiária do incentivo previsto pelo art. 1º da Medida Provisória 2.199/01 que consiste no direito à redução de 75% do imposto sobre a renda e do adicional, por prazo determinado, calculados com base no lucro da exploração. A MP 2.199/01, com os pertinentes dispositivos legais vinculados, se encontra reproduzida pelo artigo 634 do RIR/2018 sem trazer qualquer óbice à fruição do incentivo em caso de autuação fiscal.
- O art. 1º da MP 2.199-14/01, com redação então conferida pela Lei 11.196/05, preceitua in verbis:

Art. 1º Sem prejuízo das demais normas em vigor aplicáveis à matéria, a partir do ano-calendário de 2000, as pessoas jurídicas que tenham projeto protocolizado e aprovado até 31 de dezembro de 2013 para instalação, ampliação, modernização ou diversificação enquadrado em setores da economia considerados, em ato do Poder Executivo, prioritários para o desenvolvimento regional, nas áreas de atuação das extintas Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste - Sudene e Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia - Sudam, terão direito à redução de 75% (setenta e cinco por cento) do imposto sobre a renda e adicionais, calculados com base no lucro da exploração. (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

- A regulamentação deste dispositivo foi feita pelo Decreto Presidencial no 4.212/02, que além de estabelecer quais os setores da economia seriam tidos como prioritários para o desenvolvimento da região, dispôs também sobre a competência do titular da DRF para sua concessão. Vejamos inicialmente o caput do seu art. 3º e seu §1º:

Art. 3º O direito à redução do imposto sobre a renda das pessoas jurídicas e adicionais não-restituíveis incidentes sobre o lucro da exploração, na área de atuação da extinta SUDAM, será reconhecido pela unidade da Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda a que estiver jurisdicionada a pessoa jurídica, instruído com o laudo expedido pelo Ministério da Integração Nacional.

§1º O chefe da unidade da Secretaria da Receita Federal decidirá sobre o pedido em cento e vinte dias contados da respectiva apresentação do requerimento à repartição fiscal competente.

- A pós ser fiscalizada pelas agências de fomento regional responsáveis pela emissão dos laudos constitutivos do direito de redução, a empresa precisa submeter seu pleito também à RFB, que emite seu posicionamento sobre a possibilidade da concessão do benefício.
- Foram conferidos à Impugnante os incentivos, , com base na legislação aplicável e por prazo certo, após emissão do respectivo laudo pela SUDAM e devidamente reconhecido pela RFB.
- Os dispositivos legais referidos, que preveem os incentivos em questão, bem assim como os atos administrativos de concessão dos incentivos, referem-se à redução do IRPJ em razão da apuração do lucro da exploração, que consiste basicamente no lucro operacional, excluídas as receitas financeiras que ultrapassem as despesas financeiras, bem como os rendimentos e prejuízos de participações societárias, conforme definição do art. 19 do DL 1.598/77, com redação determinada pela Lei 7.959/89). As disposições referentes à concessão de incentivos ou benefícios fiscais devem ser interpretadas de modo literal, nos termos do artigo 111 do Código Tributário Nacional.
- A função da verificação do lucro da exploração das pessoas jurídicas consiste em isolar parcela da renda que seja atribuível à determinada atividade. No caso em

apreço, trata-se das atividades de mineração, levadas a cabo na área incentivada e consideradas prioritárias para o desenvolvimento da região.

- Especificamente no que tange à apuração do preço de transferência, o art. 28 e parágrafo único, da IN RFB nº 1.312/2012, assim estabelecem: [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 dispositivo determina que a parcela do ajuste do preço de transferência seja computada no cálculo do lucro da exploração e no valor das respectivas receitas incentivadas e não incentivadas, além de ser adicionada na base de cálculo do IRPJ. Não há na legislação, dispositivo legal que restrinja a aplicação do incentivo da redução do imposto sobre a parcela do ajuste dos preços de transferência. O ajuste realizado em virtude da apuração dos preços de transferência não é feito contabilmente e não é refletido na escrita mercantil da Impugnante, conforme dispõe a Instrução Normativa 1312/12.

- Imagine-se determinada situação em que o total da receita seja incentivada. O lucro real apurado será igual ao lucro da exploração. Se incluirmos o ajuste de preços de transferência na apuração deste lucro real e no lucro da exploração, não restará tributo a ser recolhido, acaso a redução seja de 100%. Acaso a receita não seja integralmente incentivada, o tributo incidirá somente sobre essa parte não incentivada (como, exemplificativamente, 10%).

- Veja-se, nesse sentido, a pergunta nº 13, do Capítulo XIX – IRPJ e CSLL – Operações Internacionais 2019, das Perguntas e respostas extraídas do sítio da SRFB: 13: Exportação: Quando o preço parâmetro, apurado pelos métodos de exportação, for superior ao preço praticado na exportação, significa que o contribuinte reconheceu uma receita a menor, portanto, a diferença que exceder ao valor já apropriado na escrituração da empresa, deverá ser adicionada ao lucro líquido, para determinação do lucro real, bem como ser computada na determinação do lucro presumido ou arbitrado e na base de cálculo da CSLL. A parcela a ser adicionada ao lucro da exploração deverá ser computada no valor das respectivas receitas, incentivadas ou não (INSRF nº243, de 2002, art.21, parágrafo único).

- O fiscal deveria, no presente caso, necessariamente averiguar a repercussão do ajuste no cálculo do lucro da exploração e, portanto, no cálculo do imposto de renda supostamente devido após a dedução da redução do tributo.

- E nem se diga que a redução do IRPJ das receitas de atividades incentivadas encontraria óbice no art. 66, da IN 267/2002, o qual preceitua: 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.

- São situações distintas. A prevista no art. 66, da IN 267/2002, trata de hipótese de recomposição do lucro da exploração e novo cálculo do incentivo em comento. Já a situação verificada nos presentes autos trata de lançamento que não observou a redução de imposto de renda de 75% a que a Impugnante faz jus, eis que o lucro da exploração deve ser considerado nos moldes em que utilizado pela Impugnante. Não estamos tratando de retificação da ECF de 2018, e sim da preservação do reconhecido direito da Impugnante à redução de 75% do cálculo do imposto de renda, vez que, não há qualquer dispositivo legal que vede a fruição deste direito no cálculo do ajuste de preço de transferência.
- Registre-se que a IN nº 1.312/12 é posterior à IN 267/02 e trata especificamente da repercussão do ajuste do preço de transferência na apuração do imposto sobre a renda.
- Ademais, ainda que o artigo 66 da In 267/02 fosse aplicável ao caso em tela, tal dispositivo carece que base legal que o fundamente. Isso porque, da análise dos veículos normativos listados no preâmbulo da IN SRF 267/02, nos leva a conclusão de que apenas o art. 18, § 5º, da Lei 4.239/63 poderia embasar a vedação.
- Ocorre que referido artigo foi revogado pelo inciso XVIII do art. 32 da MP 2156-5/2001.
- Ante a inexistência de amparo legal, a IN 267/02 não pode limitar um direito previsto em lei (a recomposição do lucro da exploração). Assim, na hipótese de se decidir pela manutenção dos ajustes de preço de transferência, deverá ser recomposta a base do lucro da exploração.
- Seria inaceitável que a Impugnante fosse obrigada a pagar tributo a maior por impossibilidade formal de se abater valores indevidos do montante apurado, montantes decorrentes de benefício concedido por lei e por prazo certo, por tratar-se de direito adquirido através do ato concessivo do benefício fiscal. Seria inaceitável a prevalência da forma sobre a substância, em detrimento do princípio da verdade material.
- O incentivo fiscal em tela é concedido sob condições onerosas e por lei, demanda o reconhecimento pela SUDAM e validação pela Receita Federal, bem como tem prazo determinado de duração. Uma vez preenchidos tais requisitos, trata-se de um direito do contribuinte, que não pode ser afastado via AI. Impedir o gozo do benefício em seu prazo regulamentar é violar as próprias diretrizes que orientaram sua instituição.
- O lucro da exploração é definido pelo art. 19 do Decreto-Lei 1.598/77 definindo-se como o lucro líquido apurado no desenvolvimento das atividades incentivadas, que impactam na redução proporcional do Imposto sobre a Renda e adicional devidos.

- Aplica-se, sobre o lucro da exploração decorrente da atividade incentivada, a alíquota do IRPJ e mais o adicional somado e, por outro lado, o desconto como incentivo de redução do imposto e adicional devidos sobre o lucro real não pode exceder a 75% do imposto e adicional apurados.
- Há 2 limites: (i) originado do lucro da exploração da atividade incentivada e (ii) originado do lucro real apurado. Com a adição das despesas de ajuste de preço de transferência e a elevação do lucro real da Impugnante, aumenta-se automaticamente o limite da redução incentivada de 75% do IRPJ como decorrência da aplicação do incentivo fiscal, conforme se verifica do demonstrativo de cálculos preparado pela Impugnante, a seguir veiculado.
- A jurisprudência do CARF reconhece a necessidade de que, no lançamento de ofício, seja considerado o direito do contribuinte ao benefício.
- A base de cálculo utilizada para o valor ora cobrado se encontra distorcida, devendo ser nela considerados os incentivos fiscais a que a Impugnante faz jus, calculados na seguinte conformidade:

DEMONSTRAÇÃO DO LUCRO DA EXPLORAÇÃO	DEZEMBRO ECF		Autuação Pecex DEZEMBRO	
	N600/610 R\$	R\$	R\$	R\$
LUCRO DA EXPLORAÇÃO - ECF N600	2.724.218.203,11		2.724.218.203,11	0,00
Adição Glosa Fiscal - Preço de Transferência	0,00		364.658.646,20	364.658.646,20
LUCRO DA EXPLORAÇÃO	2.724.218.203,11		3.088.876.849,31	364.658.646,20
Parcela correspondente a Atividade com Redução de 75,00% (Cobr.)	2.724.218.203,11		3.088.876.849,31	364.658.646,20
IMPOSTO	400.700.700,40		400.700.700,40	74.690.796,92
ADICIONAL	272.358.752,17		272.358.752,17	38.468.752,43
TOTAL	681.031.482,57		772.196.037,91	91.164.555,33
REDUÇÃO DE 75%	510.773.611,93		579.547.028,43	68.373.416,50
Relação receita incentivada x Receita total	100%		100%	
Salobo S.A. - 2018				
	ECF Registros M300/N630		Autuação Pecex	
	DEZEMBRO		DEZEMBRO	
	R\$		R\$	
Apuração - IRPJ				
LUCRO LÍQUIDO ANTES DO IRPJ - IEAR	2.560.409.069,03		2.560.409.069,03	0,00
Soma das Excluições - ECF M300	255.696.113,67		255.696.113,67	0,00
Soma das Excluições - ECF M300	0,00		0,00	0,00
Adição Glosa Fiscal - Preço de Transferência			364.658.646,20	364.658.646,20
LUCRO REAL antes da compensação de prejuízos fiscais	2.834.257.934,79		3.198.916.580,99	364.658.646,20
COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS	0,00		0,00	0,00
LUCRO REAL	2.834.257.934,79		3.198.916.580,99	364.658.646,20
Cálculo do imposto de renda				
Alíquota de 15%	425.138.690,22	15%	479.837.487,15	54.693.796,92
Adicional	253.421.753,45	10%	319.567.670,12	38.468.752,43
IR DEVIDO ANTES DAS DEDUÇÕES	708.540.483,70		799.705.145,25	91.164.661,55
DEDUÇÕES INCENTIVADAS - ECF N630				
PAT				0,00
Isenções				0,00
Isenção e Redução do imposto - SUDAM				0,00
Redução por reinvestimento				0,00
IRRF				0,00
IRPJ DEVIDO	140.825.955,85		163.617.200,90	22.791.245,05

- A omissão incorrida pelo fiscal, acerca dos incentivos resultou em indevida cobrança a maior de imposto de renda além da multa e juros sobre ele incidentes.
- É importante frisar, ainda, que 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. Destaque-se ainda que essa reserva de incentivos só é registrada diante da existência de parcela de imposto sobre a renda que deixará de ser paga, que se traduz em condição futura em relação ao tributo lançado.
- Nesse contexto, na hipótese de não se reconhecer a possibilidade de dedução dos custos de intermediação, frete e handling fee, pede-se o reconhecimento da nulidade da autuação também em razão de a d. Autoridade Fiscal ter desprezado a existência de lucro da exploração efetivamente declarado nas fichas próprias da ECF e, com isso, ter deixado de considerar os efeitos do incentivo na apuração do IRPJ decorrentes do aumento do lucro real do período. Subsidiariamente, requer-se, ao menos, o reconhecimento do excesso da presente cobrança, conforme apontado pela Impugnante (Doc_Comprobatorio) acostado à presente Impugnação.
- VII - DA IMPOSSIBILIDADE DA COBRANÇA DE MULTA NO PERCENTUAL DE 75%
- Como amplamente demonstrado pelas razões tecidas anteriormente, nenhum valor é devido pela Impugnante a título de tributo e, por conseguinte, nenhum valor de multa é devido.
- Ainda que algum valor a título de multa fosse devido pela Impugnante, o que se admite tão somente para argumentar, a multa imposta no caso em análise não deve prevalecer, dado seu elevado percentual, manifestamente confiscatório e desproporcional.
- De fato, à Impugnante foi imposta multa no exorbitante percentual de 75% do valor dos tributos, a qual não pode prevalecer.
- No caso em comento, a multa não revela a natureza punitiva, que lhe é peculiar, mas sim, a de verdadeiro tributo “disfarçado”, o que não se pode admitir, pois viola o princípio da proporcionalidade. Assim, caso não se verifique a proporcionalidade, corre-se o risco da destruição da própria fonte do tributo. Deverá ser respeitado o princípio do direito de propriedade dos cidadãos, o da capacidade contributiva, o do não confisco e o da continuidade do exercício das atividades da empresa.
- O percentual é exorbitante e descompassado com a realidade brasileira, configurando empecilho ao regular exercício das atividades da Impugnante. Além disso, é desproporcional à capacidade contributiva, consagrando verdadeiro confisco.

- Agregue-se a isso o fato de que o próprio E. STF já decidiu, que a desproporção entre o tributo e sua consequência, a multa, evidencia seu caráter confiscatório, atentando contra o direito de propriedade do contribuinte.
- Já decidiu, ainda, esta Corte Suprema que, em matéria tributária, o ato administrativo, a exemplo daquele que imputou a multa à Impugnante, deve guardar, necessariamente, consonância com a razoabilidade e a proporcionalidade. O ato administrativo que não atender a essas diretrizes não estará apto a produzir seus efeitos.
- Não deverá prevalecer a multa aplicada, por afrontar os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e do não-confisco, insculpidos no texto constitucional. Também não deve incidir multa sobre juros, tampouco devem prevalecer os critérios de juros e correção monetária empregados.
- DO PEDIDO • Diante de todo o exposto, requer-se a procedência da presente impugnação para que sejam cancelados os autos de infração lavrados no presente processo, afastando-se integralmente as cobranças neles veiculadas, bem como afastando-se os ajustes perpetrados pelo fisco.
- Na hipótese de não serem cancelados os autos de infração, requer seja feito o cálculo dos ajustes considerando-se os incentivos fiscais a que a Impugnante faz jus (lucro da exploração), acompanhado da correspondente redução da multa aplicada.
- Protesta pela produção de todas as provas em direito admitidas, inclusive a juntada de novos documentos.

A 5ª TURMA/DRJ07 julgou improcedente a impugnação, ratificando a decisão da Delegacia de jurisdição da contribuinte, cuja decisão segue a seguir ementada:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2018

ARGUIÇÃO DE NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO.

No âmbito do processo administrativo fiscal, somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa do contribuinte. Descabe a alegação de nulidade do auto de infração, se o fiscal autuante observa os procedimentos previstos na legislação tributária.

JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTOS.

A prova documental deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de

força maior; refira-se a fato ou a direito superveniente ou destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

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.

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.

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.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2018

MULTA DE OFÍCIO DE 75%. CONFISCO. INCOMPETÊNCIA DA VIA ADMINISTRATIVA

É vedado aos órgãos administrativos descumprir o disposto em lei. 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: 2018

TRIBUTAÇÃO REFLEXA

Aplica-se a CSLL a mesma solução do IRPJ em face da relação causa e efeito.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Ciente do acórdão recorrido, e com ele inconformado, a recorrente apresentou Recurso Voluntário requerendo o provimento do recurso nos seguintes termos:

(...)

IV – DO PEDIDO

Em suma, as razões da Recorrente devem prevalecer pois restou demonstrado o acerto dos procedimentos adotados, não havendo qualquer ajuste a ser feito a título de preços de transferência.

Diante de todo o exposto, requer-se a nulidade dos autos de infração, tendo em vista os vícios que acometeram a fiscalização.

Caso não seja declarada a nulidade, o que não se espera, requer-se o provimento do presente recurso para que sejam cancelados os autos de infração lavrados no presente processo, afastando-se integralmente as cobranças neles veiculadas, bem como afastando-se os ajustes perpetrados pelo fisco.

Na remota hipótese de não serem cancelados os autos de infração, o que se admite apenas para efeito de argumentação, requer seja refeito o cálculo dos ajustes considerando-se os incentivos fiscais a que a Recorrente faz jus (lucro da exploração), acompanhado da correspondente redução da multa aplicada.

Requer seja efetuada a intimação dos subscritores do presente para proceder à sustentação oral das razões anteriormente expostas, nos termos do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscal.

Protesta pela produção de todas as provas em direito admitidas, inclusive a juntada de novos documentos.

A Procuradoria apresentou contrarrazões ao Recurso Voluntário, nos seguintes termos, *in verbis*:

(...) 8. Como visto acima, o Recorrente alega que teria havido encerramento e novo procedimento de fiscalização no mesmo ano de 2018, sem a autorização do Delegado da Receita Federal.

9. Entretanto, tal alegação não procede, uma vez que, conforme bem argumentado pela autoridade de primeira instância, a ação fiscal anterior se refere ao ano de 2017. Por outro lado, o mandado de procedimento fiscal supre a autorização para nova fiscalização, conforme trecho a seguir colacionado:

“A interessada alega que o Auto de Infração é nulo devido ao fato que a autuação, relativa ao ano de 2018, decorreu de um novo procedimento de fiscalização,

sobre o mesmo período, o que só pode ocorrer mediante autorização do Delegado da Receita Federal, nos termos dos artigos 7º, parágrafo 2º da Lei 2.534/54 e 34 da Lei 3.470/58, bem como no artigo 951 do Regulamento do Imposto sobre a Renda (RIR/2018), que veicula disposição de idêntico jaez à do artigo 906 do RIR/99.

Portanto, como no caso em tela houve fiscalização anterior e, ao se verificar um reexame atinente ao mesmo período não houve autorização do respectivo Delegado, impõe-se a nulidade do auto de infração. Tal alegação não pode ser considerada, a ação fiscal anterior se refere ao ano calendário de 2017, através do processo de nº 16682.721003/2022-11. Tal processo foi julgado através do Acórdão 109-016.728 – 2ª TURMA/DRJ 09, de 10 de fevereiro de 2023.

Como se vê, não se trata de procedimento no mesmo período.

Ressalte-se que, mesmo que fosse verdadeiro o argumento da interessada, é possível o reexame de período anteriormente fiscalizado bastando uma autorização do titular da Delegacia, conforme consta no art.906 do RIR/99, sendo certo que o Mandado de Procedimento Fiscal supre tal autorização, conforme súmula CARF nº 111, que possui efeito vinculante:

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)”.

10. Dessa forma, não procede a preliminar apresentada pelo Recorrente.

II. MÉRITO

(...)13. De modo a verificar se o procedimento adotado pelo Recorrente encontra respaldo no art. 19-A da Lei nº 9.430/96, faz-se necessário, antes de mais nada, esclarecer o preço efetivamente praticado pela Salobo na exportação de concentrado de cobre para empresa ligada, e a comparação com o preço parâmetro.

14. O contrato de compra e venda de minerais entre a Salobo e a Vale International foi firmado em 2 de abril de 2012.

15. A Salobo se comprometeu a vender toda a sua produção de concentrado de cobre à Vale International. Consoante a cláusula 6.1 do contrato, a “quantidade anual (...) será entregue em base FOB, do porto ou portos especificados no (...) instrumento”. Consta do contrato que o porto designado é o porto de Itaqui/MA.

16. Conforme o anexo D do contrato, “a fixação do preço do concentrado de cobre levará em consideração o seguinte parâmetro: “(i) o preço da LME (London Metals Exchange) para o cobre refinado; (ii) o London Morning/Afternoon para ouro; (iii) o London Spot/US Equivalent para prata; (iv) o teor de cobre no concentrado; (v) o teor de ouro e prata no concentrado; (vi) o teor de umidade nos concentrados”.

17. Na emenda nº 1 ao contrato, firmado em 6 de janeiro de 2014, com eficácia a partir de 1º de janeiro de 2014, o anexo D foi alterado, de modo que o cálculo do preço do concentrado de cobre passou a obedecer, em resumo, às seguintes regras:

(...)

(b) taxa de comissão de 5,5% cobrada pela compradora e aplicável após a dedução da umidade e antes da dedução do frete; c) frete, com base em um relatório emitido por uma entidade ou instituição independente.

19. Veja-se que os itens negritados acima correspondem às parcelas “custo de intermediação”, “frete”, “teor de flúor+cloro” e “handling” (multa de 15 dólares por tonelada), que foram deduzidos do preço parâmetro pelo Recorrente, e objeto de glosa pela fiscalização. Como já mencionado, a parcela “teor de flúor+cloro” não é mais objeto de litígio. 20. Com a leitura do contrato e seus aditamentos, acima referidos, entende-se portanto que a Vale International, a partir de 2014, passou a cobrar da Salobo, mediante abatimento do preço de venda do concentrado de cobre, uma taxa de comissão de 5,5%, além do custo com frete. Por outro lado, a partir de 2016, a Vale International também estabeleceu uma multa à Salobo, de 15 dólares por tonelada de concentrado. 21. Veja-se, entretanto, que as parcelas “taxa de comissão”, “frete” e “handling fee” não estavam incluídas no preço praticado pela Salobo, conforme previsto no contrato de compra e venda. 22. Com relação à taxa de comissão, confira-se as seguintes cláusulas do contrato de compra e venda:

Seção 13. Comercialização e Vendas pela Compradora 13.1 A Vendedora reconhece expressamente que a Compradora adquire os Produtos para comercialização e venda, a seu próprio critério, diretamente ou por meio de agentes de vendas e distribuidores, em todo o seu Território e concorda que a Compradora terá o direito de misturar, processar, refinar, revender, trocar ou se envolver em qualquer outra forma de rastreamento nos Produtos para ou com terceiros sem aviso prévio ou consentimento prévio da Vendedora.

13.2 Por este Contrato, a Vendedora concede à Compradora o direito exclusivo de comprar, comercializar, vender ou de outra forma descartar os Produtos dentro do Território. A Vendedora não deve conceder direitos semelhantes a outras compradoras no Território, mas poderá vender os Produtos no Território sempre que acordado com a Compradora.

13.3 A seu critério, a Compradora poderá solicitar à Vendedora a venda de Produtos diretamente a um designado, que pode ser suas próprias subsidiárias, filiais e distribuidores, ou Clientes, com condições e termos que podem ser diferentes destes deste Contrato. Neste caso, a Compradora deve ser totalmente responsável pelas obrigações desta outra parte e deve manter a Vendedora isenta de responsabilidade e na mesma posição como se a venda tivesse sido realizada pela Compradora sob todas as condições e termos deste Contrato.

13.4 A Compradora será responsável por receber os Produtos entregues pela Vendedora nos Portos Designados, e por qualquer outro serviço adicional necessário para a entrega adequada dos Produtos a qualquer Cliente da Compradora, incluindo, mas não se limitando a: frete, seguro, armazenagem, operações de recarregamento e outras cobranças.

13.5 É responsabilidade da Compradora desenvolver sua própria estratégia e capacidade de envio, adquirindo sua própria frota de navios e/ou afretando de terceiros com suas próprias funções e por sua conta e risco, seja por meio de suas próprias subsidiárias ou filiais, com o objetivo de desenvolver sua vantagem competitiva e entregar os Produtos da maneira mais confiável e eficiente.

13.6 Exceto conforme expressamente previsto neste Contrato, a Compradora deve arcar com todos os riscos e pagar por todos os custos e despesas de qualquer natureza incorridos em relação ao envio, armazenamento, processamento, comercialização, venda e entrega de produtos adquiridos pela Compradora da Vendedora.

23. Como se vê acima, o contrato entre a Vale International e a Salobo não previa pagamento de comissão por intermediação. Pelo contrato, a Vale International adquiriu o concentrado de cobre para revenda, e era responsável por “qualquer outro serviço adicional necessário para a entrega adequada dos Produtos a qualquer Cliente (...), incluindo, mas não se limitando a: frete, seguro, armazenagem, operações de recarregamento e outras cobranças”. Ou seja, a Vale International não é “representante” da Salobo, mas efetiva revendedora do concentrado de cobre.

24. Com efeito, explica a doutrina que os contratos mercantis de colaboração possuem, como característica principal, o objetivo de possibilitar a formação ou ampliação do mercado consumidor do produtor ou vendedor. Há duas formas de colaboração, a intermediação e a aproximação, sendo que na intermediação, o comprador/revendedor é remunerado com o lucro na venda para o consumidor final, enquanto que na aproximação, é devido ao agente o pagamento de comissão. Confira-se:

(...)

25. Ora, com a leitura do contrato entre a Salobo e a Vale International, não há a menor dúvida que se trata de negócio jurídico que se enquadra como colaboração por intermediação entre as duas empresas, em que a Vale International será remunerada justamente pela diferença entre o preço de compra e o preço de venda do concentrado de cobre no mercado, e não por comissão.

26. Mesmo na cláusula 13.3 do contrato, mediante a qual a Vale International poderá solicitar à Salobo a venda de produtos diretamente a um designado, consta que a Vale International deve manter a Salobo “na mesma posição como se a venda tivesse sido realizada pela Compradora sob todas as condições e termos deste Contrato”.

27. Por outro lado, consta da cláusula 13.6 do contrato que “Exceto conforme expressamente previsto neste Contrato, a Compradora deve arcar com todos os riscos e pagar por todos os custos e despesas de qualquer natureza incorridos em relação ao envio, armazenamento, processamento, comercialização, venda e entrega de produtos adquiridos pela Compradora da Vendedora.

28. Portanto, a Vale International adquiria o concentrado de cobre para revenda, e não havia previsão de pagamento, pela Salobo, de comissão ou custos da Vale International pela intermediação da mercadoria. Portanto, obviamente, a Salobo não incluiu, no preço praticado, parcela referente a comissão devida ao vendedor.

29. Porém, tendo em vista o previsto nos aditivos ao contrato, que estabeleceram que o preço praticado pela Salobo seria descontado da comissão de 5,5%, devida à Vale International, a fiscalização intimou a Salobo, mediante o Termo de Intimação Fiscal nº 2, de 21 de setembro de 2021, a apresentar “documentação que respalda o custo de intermediação de 5,5% do preço parâmetro”.

30. Em resposta de 16 de novembro de 2021, a Salobo apresentou um estudo da Ernst&Young, de 3 de dezembro de 2003, denominado “análise de ajustes referentes a custos de intermediação”.

31. Consoante esse estudo, a EY realizou comparação da Vale International com empresas no mercado com perfil semelhante, para identificar qual seria a margem bruta de retorno, a valores de mercado, que a Vale International poderia obter na comercialização do concentrado de cobre.

32. Conforme o Parecer da EY, a “faixa de comprimento de um braço foi desenvolvida para determinar o retorno apropriado de tradings de commodities comparáveis. A faixa de comprimento da taxa de retornos é a seguinte: o intervalo interquartil de margem bruta para empresas de comércio de commodities internacionais vai de 3,2% a 5,5%, com mediana de 3,7%”. De acordo com o Parecer da EY, “a margem bruta (5,5%) será utilizada para a Vale na análise para determinar o ajuste de custo de intermediação apropriado como um desconto a ser aplicado ao preço de exportação, em conformidade com a Instrução Normativa RFB n. 1.312/2012”.

33. Ou seja, o estudo da EY identificou que a margem bruta para um trader de commodities comparável à Vale International seria de 5,5%. Entende-se que por essa razão, Vale International e a Salobo estabeleceram que o preço praticado pela Salobo sofreria um desconto de 5,5%.

34. Confira-se, agora, o que ocorreu com o frete. De acordo com a cláusula 6.1 do contrato, o concentrado de cobre era vendido com cláusula FOB: 6.1 A Quantidade Anual prevista na Seção 4 será entregue em base FOB, do Porto ou Portos especificados no Anexo A deste instrumento, de acordo com INCOTERMS 2000.

35. Portanto, pela leitura do contrato, percebe-se claramente que a Salobo não incluiu, no preço de venda do concentrado de cobre, custos com frete para entrega em porto determinado pela Vale International.

36. Para explicar a dedução do frete do preço parâmetro, a Salobo, em resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 6, datada de 10 de março de 2023, afirmou que o preço praticado era FOB, mas que “quando se observa o valor divulgado pela LME [London Metal Exchange] 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 uma parcela de frete contida no preço (...). Ao se analisar a operação fática praticada pela Salobo, percebe-se que a Companhia vende, na operação em análise, para seu cliente, na modalidade FOB, (...) ou seja, a condição de venda da LME e a condição de venda da Salobo 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. (...) Por esse motivo a Salobo realiza um ajuste à cotação, à título de frete, levando-se em consideração o estudo realizado pela Drewry”.

37. Portanto, a Salobo alegou que a cotação do cobre, informada pela LME, incluiria o frete (ou seja, a LME informaria um preço CIF). Por esse motivo, teria havido o desconto do frete no preço praticado, e também no preço parâmetro.

38. Por fim, no que diz respeito à multa aplicada à Salobo, no valor fixo de US\$ 15 por tonelada (denominada handling fee) a Salobo, em resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 6, explicou que essa penalidade decorreria de “diferenças entre a qualidade do produto padrão estipulado e o produto comercializado”. Confira-se o seguinte trecho da resposta da Salobo à Fiscalização, acerca do handling fee: “Em relação ao Handling fee constante nos cálculos do preço de transferência da Intimada, é importante destacar que se trata de um decréscimo em virtude de diferenças entre a qualidade do produto padrão estipulado e o produto comercializado, fazendo parte tanto de contratos entre partes vinculadas quanto não vinculadas. Seu desconto ao preço divulgado pela LME, em linha com o disposto art. 34, § 7º da Instrução Normativa nº 1.312/2012 é necessário para que se consiga comparar produtos iguais, sob pena de comparar preços em condições distintas. Isso porque, como dito acima, o produto vendido pela Salobo é o concentrado de Cobre, enquanto o negociado pela LME é o catodo de cobre, ou seja, produtos distintos, no qual o primeiro apresenta impurezas que são redutoras do seu preço e o segundo não apresenta essas impurezas. Sendo assim, é necessário que haja a aplicação do desconto ao preço divulgado pela LME para que se possa comparar produtos em condições iguais. Significa dizer que ao se comparar o preço divulgado pela LME diretamente, sem levar em consideração o desconto de handling fee, estaria comparando produtos diferentes, já que um apresenta elementos deletérios ao seu preço enquanto o outro não. Isto é, por óbvio, um produto apresenta o preço menor que o outro devido os seus índices de impureza”.

(...)

41. Como se vê na Lei 9.430/96, o preço praticado deve ser comparado com o preço parâmetro, que será o preço de cotação do bem, constante em bolsa de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas, ajustado para mais ou menos do prêmio médio de mercado.

42. Consoante o §7º do art. 34 da Instrução Normativa, inclui-se no cálculo do prêmio as variações de qualidade, característica e teor da substância do bem vendido. No caso concreto, o prêmio foi ajustado em decorrência de apurações sobre concentração de cobre, prata e ouro, umidade e TC/RC. Esses aspectos do prêmio, com exceção do handling fee e do “teor de flúor + cloro”, não foram contestados pela Fiscalização.

43. Por outro lado, é sabido que em negociações de compra e venda de bens, o preço praticado pode incorporar parcelas típicas, a exemplo de comissões para revendedor, frete, custos de desembarque, descontos relativos a prazo para pagamento, etc. Essas parcelas, usuais em contratos de compra e venda comercial, também precisam ser identificadas e expurgadas, de modo a possibilitar a comparação correta entre o preço praticado e o preço parâmetro (cotação do bem em bolsa de valores, mais ou menos o preço médio de mercado). O expurgo dessas parcelas está previsto no art. 34, §§9º e 10º da Instrução Normativa.

44. No caso concreto, conforme se depreende do contrato de compra e venda entre a Salobo e a Vale, o preço praticado era composto do valor do concentrado de cobre, menos descontos referentes à concentração do mineral.

45. Ocorre que a taxa de 5% de comissão à Vale International foi deduzida pela Salobo, tanto do preço praticado, quanto do preço parâmetro.

46. Porém, o preço parâmetro (cotação fornecida pela LME) não incluía percentual de comissão ao vendedor.

47. Com efeito, consta do documento “Carta Externa nº 314/2021” (que é resposta da Salobo a um Termo de Intimação Fiscal juntado ao Dossiê 13031.177318/2021-03), que a Salobo foi questionada pela Fiscalização a apresentar documento que “comprove o valor do custo de intermediação praticado pela LME, e que este está incluído no preço parâmetro”. Diante de tais questionamentos, a Salobo afirmou que a “LME não cobra custo de intermediação” e que “o custo de intermediação é deduzido com base no estudo da EY sobre os riscos, funções e ativos da trader”. Confira-se:(...)

48. Ora, aqui é importante perceber que, para fins de comparação entre preço praticado e preço parâmetro de concentrado de cobre, não haveria que se falar em desconto de taxa devida ao revendedor (Vale International), já que em nenhum dos dois casos a comissão foi incluída no preço. Nem a Salobo somou ao preço de venda uma comissão ao vendedor, nem a LME incluiu, na cotação do

cobre, comissão ao vendedor. Portanto, a rigor, ambos os preços (praticado e parâmetro), estariam em condições plenas de comparabilidade.

49. Desse modo, ao descontar, do preço praticado pela Salobo, uma taxa de 5,5%, decorrente de custos de intermediação da Vale International, o que ocorreu na verdade foi a repasse da margem de lucro da Salobo para a Vale International. Porém, não há justificativa para também deduzir tal comissão do preço parâmetro.

50. Veja-se que a IN 1.312/2012 com redação dada pela IN 1.458/2014 e IN 1.568/2015, até admitia, em 20181, a dedução, do preço parâmetro, de valor suportado pelo vendedor (e portanto não incluído no preço). Porém, essa dedução só pode ir até o limite das especificações de contrato padrão estabelecido pela bolsa de mercadorias e futuros. Confira-se novamente o §9º, inciso IV, da Instrução Normativa:

(...)

51. Pela redação acima, eventuais custos de intermediação suportados pelo vendedor, poderiam ser deduzidos do preço parâmetro, até o limite do valor cobrado pelas bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas.

52. A Instrução Normativa está plenamente de acordo com o art. 19-A da Lei 9.430/96. Com efeito, se o preço parâmetro corresponde à cotação do bem em bolsa de valores, somente as parcelas adicionais cobradas por essas mesmas bolsas de valores (a exemplo dos custos de intermediação) poderiam ser deduzidas do preço parâmetro.

53. Ou seja, se a cotação informada pela bolsa de valores incluir custos de intermediação, essa quantia poderá ser levada em consideração no ajuste de preços de transferência. Por outro lado, valores que não correspondam a custos informados pelas bolsas de valores não podem ser aceitos, tendo em vista o disposto no art. 19-A da Lei 9.430/96.

54. No caso concreto, como visto acima, a LME não inclui, na cotação do cobre, custos de intermediação. Por esse motivo, não é possível, à Salobo, excluir, do preço parâmetro, a eventual comissão paga à Vale International.

55. No que diz respeito ao frete, o Recorrente, como visto acima, alegou que a cotação do cobre informada pela LME continha valores de frete. A Fiscalização demonstrou, no Termo de Verificação, que essa alegação é improcedente. Confira-se:

(...)

56. No recurso voluntário, a Salobo confirma que a cotação da LME não inclui valores de frete, e que eventual inclusão no preço depende de negociações entre as partes. Confira-se:

57. Portanto, não há dúvida de que o preço parâmetro (cotação do cobre informada pela LME) não continha parcela referente a frete, não se trata de um preço CIF.

58. Por outro lado, como visto, a Recorrente também não adicionou o frete ao preço praticado. Desse modo, a comparação entre o preço praticado e o preço parâmetro não seria influenciada pelo frete, visto que nenhum dos dois preços incluía o frete.

59. Dessa forma, assim como ocorreu na comissão de 5% acima referida, o desconto de frete no preço da Salobo configura, em verdade, transferência de margem de lucro da Salobo para a Vale International. Porém, não há, novamente, nenhuma justificativa para também deduzir essa parcela do preço parâmetro.

60. Ou seja, como a LME não inclui, na cotação do cobre, custos com frete, não é possível, à Salobo, excluir, do preço parâmetro, eventual ressarcimento dos custos incorridos pela Vale International com frete do concentrado de cobre.

61. Por fim, no que diz respeito à handling fee, também não assiste melhor sorte ao Recorrente.

62. Como visto acima, a Salobo explicou à fiscalização que a handling fee é um desconto ao preço parâmetro, porque “o produto vendido pela Salobo é o concentrado de Cobre, enquanto o negociado pela LME é o catodo de cobre, ou seja, produtos distintos, no qual o primeiro apresenta impurezas que são redutoras do seu preço e o segundo não apresenta essas impurezas. Sendo assim, é necessário que haja a aplicação do desconto ao preço divulgado pela LME para que se possa comparar produtos em condições iguais”.

(...)64. Veja-se, primeiramente, que a emenda nº 2 do contrato de compra e venda estabeleceu, como desconto, a “taxa de tratamento” e a “taxa de refino” (TC/RC). Essas taxas visam compensar o custo de tratamento e de refino do comprador². Ou seja, a taxa TC/RC possui o mesmo objetivo da handling fee, porque visa compensar os custos do comprador para retirar as possíveis impurezas do concentrado de cobre.

65. Note-se que a taxa TC/RC foi definida “conforme publicado em CRU”. A CRU3 é uma empresa de consultoria especializada em avaliações de preços

em mercados de compra e venda de minerais. Ou seja, pode-se dizer que o valor da taxa TC/RC corresponde aos descontos médios, de mercado, sobre o preço de venda do concentrado de cobre, visando justamente compensar os custos de tratamento e refino do comprador.

66. Dessa forma, não há motivo razoável para descontar do preço parâmetro, além da taxa TC/RC, a handling fee, visto que ambas possuem o mesmo objeto e finalidade.

67. Assim, resta claro que as deduções ao preço parâmetro realizadas pela Salobo, denominadas “comissão ao vendedor”, “frete” e “handling fee”, foram proibidas pelo art. 19-A da Lei 9.430/96.

68. Por fim, no que diz respeito à alegação do Recorrente, de que caberia à Fiscalização considerar o benefício de redução de 75% sobre o lucro da exploração, a que a Salobo faz jus, pede-se venia para reproduzir, nesse ponto, a decisão de primeira instância:

(...)

III. CONCLUSÃO

Face ao exposto, requer a União (Fazenda Nacional) seja negado provimento ao recurso voluntário.

É o relatório.

VOTO

Fellipe Honório Rodrigues da Costa – Conselheiro Relator

ADMISSIBILIDADE

Inicialmente, reconheço a plena competência deste Colegiado para apreciação do Recurso Voluntário, na forma do art. 23-B da Portaria MF nº 343/2015 (Regimento Interno do CARF), com redação dada pela Portaria MF nº 1624/2023.

Demais disso, observo que o recurso é tempestivo e atende os outros requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

DA PRELIMINAR DE NULIDADES DOS AUTOS DE INFRAÇÃO LAVRADOS (IRPJ E CSLL)

Inicialmente, a recorrente suscita preliminar de nulidade do Auto de Infração alegando para tanto que a autuação haveria sido decorrente de um novo procedimento de fiscalização sobre o mesmo período (2018) e, nessa hipótese teria a obrigatoriedade de autorização do Delegado da Receita Federal para o início dos trabalhos e, como no presente caso não houve tal autorização o auto de infração estaria nulo, *in verbis*:

(...) Note-se, que o procedimento em questão diz respeito ao ano de 2018. Isso implica dizer que a presente autuação decorreu de um novo procedimento de fiscalização, sobre o mesmo período, o que só pode ocorrer mediante autorização do Delegado da Receita Federal, nos termos dos artigos 7º, parágrafo 2º da Lei 2.534/54 e 34 da Lei 3.470/58, bem como no artigo 951 do Regulamento do Imposto sobre a Renda (RIR/2018), que veicula disposição de identico jaez à do artigo 906 do RIR/99. Portanto, como no caso em tela houve fiscalização anterior e, ao se verificar um reexame atinente ao mesmo período não houve autorização do correspondente Delegado, impõe-se a nulidade do auto de infração.

(...) Com relação a este ponto, o acórdão registra que a ação fiscal anterior diria respeito a outro período (2017), de modo que a alegação não poderia ser considerada. Ora, tal argumento não prospera, visto que, conforme demonstrado, houve encerramento e novo procedimento no mesmo ano (2018), sem a necessária autorização do Delegado da Receita Federal. Não merce prosperar, outrossim, a menção à súmula nº 111, do CARF, uma vez que deve prevalecer no caso o disposto nos artigos 7º, parágrafo 2º da Lei 2.534/54 e 34 da Lei 3.470/58, bem como no artigo 951 do Regulamento do Imposto sobre a Renda (RIR/2018).

Mas ainda que não fosse necessária a autorização do Delegado da Receita Federal, o que só se admite ad argumentandum tantum, não prosperaria a autuação. Isso, pois, há que se destacar que a ordem que justifique novo exame deve ser sempre motivada por fato novo e relevante, e não mera reiteração de fiscalização sem justificativa. Assim, o reexame fiscalizatório não pautado em ordem justificada traduz-se em vício de nulidade, pois ausente a motivação específica para a emissão da ordem. A ausência de ordem motivada representa violação ao princípio da segurança jurídica ao contribuinte.

(...)Nesse contexto, em virtude da ausência de autorização do responsável para a instauração do novo procedimento fiscal, bem como da ausência de motivação por fato novo e relevante, é notória a nulidade do auto de infração em questão, merecendo reforma o r. acórdão recorrido.

Não assiste razão ao contribuinte, porquanto a preliminar de nulidade merece ser rejeitada.

Destaca-se de início que conforme já abordado no Acórdão da DRJ, o Auto de Infração analisado no presente processo diz respeito ao ano-calendário de 2018, enquanto o processo de nº 16682.721003/2022-11 se refere ao ano-calendário de 2017, portanto, a hipótese aventada pelo recorrente para sustentar a falta de competência do auditor atuante em detrimento de autorização expressa do Delegado da Receita Federal do Brasil sequer corresponde à realidade dos autos.

Além disso, diferente do defendido pelo recorrente, a Súmula CARF 111 é de aplicação obrigatório nos termos Portaria ME nº 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019, no entanto, no caso em apreço, a normativa contida na súmula não se subsume ao fato em análise porque o artigo 906 Decreto nº 3.000, de 1999 se refere a autorização do Delegado da RFB no mesmo exercício, o que, como dito, não é o caso dos presentes autos, *in verbis*:

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).

Sendo assim, conforme inicialmente posto, a regra de competência para início do procedimento fiscal reside nos arts. 949, 950, 956, 971 e 972 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/2018, aprovado pelo Decreto nº 9.580, de 22 de novembro de 2018, no inciso III do art. 32, nos §1º e 2º do art. 33, ambos da Lei nº 8.212/1991 e nos arts. 2º e 3º da Lei nº 11.457/2007, *in verbis*:

DA COMPETÊNCIA

Art. 949. Compete, em caráter privativo, aos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil do Ministério da Fazenda constituir, mediante lançamento, o crédito tributário relativamente ao imposto sobre a renda, executar procedimentos de fiscalização, com objetivo de verificar o cumprimento das obrigações tributárias pelo sujeito passivo, e praticar todos os atos definidos na legislação específica, inclusive os relativos à apreensão de livros, documentos e assemelhados (Lei nº 10.593, de 2002, art. 6º, caput, inciso I, alíneas "a" e "c").

Parágrafo único. A ação fiscal e todos os termos a ela inerentes são válidos, mesmo quando formalizados por AuditorFiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil do Ministério da Fazenda de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 9º, § 2º).

Art. 950. Para fins do disposto na legislação tributária, não se aplicam as disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias,

livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes, das industriais ou dos produtores, ou da obrigação destes de exibi-los (Lei nº 5.172, de 1966 - Código Tributário Nacional, art. 195, caput).

(...)

Art. 956. Os Auditores-Fiscais da Secretaria da Receita Federal do Brasil do Ministério da Fazenda procederão ao exame dos livros e dos documentos de contabilidade dos contribuintes e realizarão as diligências e as investigações necessárias para apurar a exatidão das declarações, dos balanços e dos documentos apresentados, das informações prestadas e verificar o cumprimento das obrigações fiscais, para os quais não se aplicam as restrições previstas nos art. 1.190 ao art. 1.192 da Lei nº 10.406, de 2002 - Código Civil, e observado o disposto no art. 1.193 do referido Código (Lei nº 10.593, de 2002, art. 6º, caput, inciso I, alínea "d").

(...)

Art. 971. As pessoas físicas ou jurídicas, contribuintes ou não, ficam obrigadas a prestar as informações e os esclarecimentos exigidos pelos Auditores-Fiscais da Secretaria da Receita Federal do Brasil do Ministério da Fazenda no exercício de suas funções, hipótese em que as declarações serão tomadas por termo e assinadas pelo declarante (Lei nº 5.172, de 1966 - Código Tributário Nacional, art. 197; e Decreto-Lei nº 1.718, de 27 de novembro de 1979, art. 2º).

Art. 972. Nenhuma pessoa física ou jurídica, contribuinte ou não, poderá eximir-se de fornecer, nos prazos marcados, as informações ou os esclarecimentos solicitados pelas unidades da Secretaria da Receita Federal do Brasil do Ministério da Fazenda (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 123; Decreto-Lei nº 1.718, de 1979, art. 2º; e Lei nº 5.172, de 1966 - Código Tributário Nacional, art. 197).

No caso em tela, o Termo de Início do Procedimento Fiscal foi devidamente subscrito pela auditora BEATRIZ BORGES HIPPERT, Matrícula 880835, conforme se verifica as e-fls. 04, portanto, profissional legítima para proceder e impulsionar a fiscalização, razão pela qual não há qualquer vício a ponto de atrair a nulidade. Isso porque não se verifica qualquer hipótese do artigo 59 do Decreto Lei 70235/72, *in verbis*:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

Sendo assim, entendo que todos os atos foram lavrados por pessoas competentes, não houve qualquer mácula ou prejuízo ao exercício da ampla defesa e do contraditório, portanto, rejeito a preliminar de nulidade suscitada.

DA DELIMITAÇÃO DA LIDE

Apenas para promover uma melhor compreensão da lide, reproduzo o referido tópico inserto no Acórdão recorrido que de forma didática delimitou os contornos da lide, *in verbis*:

DA DELIMITAÇÃO DO LITÍGIO

A Salobo o fez alguns ajustes ao preço parâmetro de cobre obtido nas cotações da London Metal Exchange. Os ajustes segundo as informações contidas na aba “Premissas” e “TP Cobre” da planilha DOC_03_SALOBO_TP_COBRE_2018, doravante chamada de doc. 1, foram os seguintes: 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.

Os itens 5, 7, 8 e 9 apresentaram discrepâncias de valores ou não se enquadram nos ajustes admitidos pelos § 9º e 10º do art. 34.

A parte da autuação relativa ao item 7, Teor de Flúor+Cloro, não foi impugnado, tendo sido feito o pagamento desta parte. Tal pagamento está demonstrado no Comprovante de Arrecadação inserto na fl. 830. O valor principal adimplido somou a R\$ 445.894,70.

(...)Portanto, o litígio permanece quanto aos itens 5 (frete), 8(custo de intermediação) e 9 (handling).

Sendo assim, cada tópico será analisado em separado nos termos a seguir.

DO MÉRITO

DAS SUPOSTAS DISTORÇÕES INERENTES À SISTEMÁTICA DE APURAÇÃO DE PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA ADOTADA PELA LEGISLAÇÃO PÁTRIA

O Acórdão recorrido ao analisar os preços de transferência referente as receitas de exportações a pessoa vinculada, no caso em apreço, pontuou que a recorrente Salobo Metais S.A efetuou exportações de cobre *para a Vale International S/A (VISA), situada na Suíça e integrante do mesmo conglomerado econômico da interessada, ou seja, trata-se de um caso relativo a partes relacionadas por se tratar de controlador e controlada (art. 2º, V da Instrução Normativa nº 1.312/2012), o que impõe a tais operações a observância à legislação de preços de transferência, especialmente os arts. 18 a 24 da Lei nº 9.430/96 (c/c a Lei nº 12.715/2012) e Instrução Normativa nº 1.312/2012 (c/c a Instrução Normativa nº 1.568/2015).*

No Acórdão ainda restou consignado, *in verbis*:

A interessada o fez alguns ajustes ao preço parâmetro de cobre obtido nas cotações da London Metal Exchange. Os ajustes segundo as informações contidas na aba “Premissas” e “TP Cobre” da planilha DOC_03_SALOBO_TP_COBRE_2018, doravante chamada de doc. 1, foram os seguintes: 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.

Os itens 5, 7, 8 e 9 apresentaram discrepâncias de valores ou não se enquadram nos ajustes admitidos pelos § 9º e 10º do art. 34. A parte da autuação relativa ao item 7, Teor de Flúor+Cloro, não foi impugnada.

Já as receitas auferidas em operações com vinculadas sujeitam-se a arbitramento.

A Instrução Normativa nº 1.312/2012, faz a regulamentação do disposto nos arts. 18 a 24 da Lei 9430/1996. Nos arts. 30 a 36-A, constam os métodos da exportação (PVA, PVV, CAP e Pecex).

O método utilizado pelo autuante para a verificação dos preços de exportação de concentrado de cobre, foi o Método do Preço sob Cotação na Exportação – PECEX. O art. 19- A, § 1º da Lei 9430/1996 definiu tal método como sendo os valores médios diários da cotação de bens ou direitos sujeitos a preços públicos 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 pessoas físicas ou jurídicas vinculadas, residentes ou domiciliadas em países ou dependências com tributação favorecida; ou pessoas físicas ou jurídicas beneficiadas por regimes fiscais privilegiados.

No caso em comento, não há dúvidas que a exportação foi feita para pessoa vinculada, posto que, a ViSA é controlada pelo grupo a que pertence o contribuinte, sendo adequado o método Pecex.

Na impugnação a interessada faz um longo arrazoado sobre outros métodos, porém, tais métodos não podem ser aceitos, face a legislação vigente.

O art. 34 da IN RFB nº 1312, de 28 de dezembro de 2012, trata especificamente sob o método Pecex. No §1º do citado dispositivo, consta que tal método, a partir de 1º de janeiro de 2013, deve ser obrigatoriamente aplicado na hipótese de exportação de commodities sujeitas à cotação em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas. (...)

Como se vê, trata-se de uma exportação de commodity, no caso concentrado de cobre, para partes vinculadas. Não há dúvidas que o método a ser utilizado é o PCEX.

A supracitada Instrução Normativa, no § 5º dá as regras quanto ao preço parâmetro, prescrevendo que tal preço deverá ser calculado com base na cotação média da data de embarque dos bens exportados.

A interessada alega que há distorções inerentes à sistemática de preços de transferência adotada pela legislação vigente. Afirma que a regulamentação seguiu caminhos diferentes do adotado pela OCDE e outros países e que os métodos adotados são distorcidos permitindo presunções, que a Lei 9430/1996 destoa da de outros países.

Tais alegações não podem ser aceitas, cabe a administração pública seguir o que consta na lei vigente no Brasil, não importa se em outros países a lei é diferente. O Brasil é um país soberano que segue suas próprias leis. Não há o menor sentido em se derrubar um auto de infração que seguiu a lei.

Ademais, qualquer reclamação contra a lei deve ser feita ao Poder Judiciário.

A irresignação do contribuinte inserta no Recurso Voluntário sobre a supostas distorções inerentes à sistemática de apuração de preços de transferência adotada pela legislação pátria assim ficou assentada, *in verbis*:

(...) Observa-se, portanto, que o início da argumentação trata da necessidade de um controle entre o preço praticado e o preço parâmetro a ser aferido, pois se aquele for menor do que este poderá haver a necessidade de ajuste em desfavor da empresa.

Porém, com o passar da fundamentação, observa-se que o que era para ser um controle poderia, na visão do fisco, consubstanciar-se em grave distorção, mas apenas se e quando for favorável ao Erário. É dizer, se for para aumentar a arrecadação, desconsiderando características ínsitas do caso concreto, não há problema em haver distorção do preço parâmetro em desfavor do contribuinte, distanciando o preço parâmetro do preço de mercado negociado por empresas independentes, em condições análogas. Tampouco, na visão da DRJ, seria

necessário evitar flagrante injustiça que gere locupletamento indevido para o fisco. Nesse sentido, o voto em questão é bastante explícito: (...)

Veja-se a gravidade do fato. Para além das d. Autoridades Julgadoras não discordarem dos argumentos esposados pela Recorrente, no sentido de que os preços, da forma como calculados pela fiscalização, são danosos à contribuinte e geram enriquecimento indevido do fisco, afirmam que isso não viria ao caso, uma vez que, em seu sentir, estariam seguindo à risca o que diz a Lei. (...)

Com efeito, a matéria em questão deve ser interpretada de forma sistemática, analisando a legislação de modo holístico, ou ainda, a partir de interpretação teológica, de modo a se buscar os motivos da estipulação dos preços de transferência, notadamente o de evitar distorções entre o preço praticado e o parâmetro.

Merece destaque o fato de que os métodos contemplados pela sistemática adotada pela legislação pátria apresentam nítidas distorções nos preços aferidos, permitindo-se que, por meio de presunções ou ficções, seja tributada a renda, sem que exista acréscimo patrimonial, sendo tal cobrança ilegal.

Logo, a Lei nº 9.430 de 1996, que positiva a sistemática dos preços de transferência no direito pátrio, destoa do padrão internacionalmente aceito e revela uma série de vícios que acarretam a distorção dos preços calculados, fato que deve pesar sempre em favor do contribuinte quando da revisão, pelo fisco, dos métodos de cálculo nela previstos, o que deveria ter sido sopesado e aplicado pelo D.D. Fiscal e pelo acórdão recorrido, a fim de se evitar ilegalidades, mas não o foi.

Ocorre que, no caso em tela, somando-se aos vícios que já se destacam na Lei em comento, o D.D. Fiscal em muito agravou a distorção dos preços por ele calculados, ao desconsiderar descontos previstos na Lei, nos quais não há identificação precisa e pormenorizada dos valores descontados para apuração tanto do preço praticado quanto do preço parâmetro. No mesmo vício incorreu o r. acórdão recorrido, ao corroborar o trabalho da fiscalização. Senão, vejamos.

Diante da análise trazida pelo recorrente no sentido de constatar a suposta distorção dos preços em relação as hipóteses estampadas na Lei nº 9.430 de 1996 que positiva a sistemática dos preços de transferência no direito pátrio frente ao padrão internacionalmente aceito, afirmando que revelaria uma série de vícios das quais acarretariam a distorção dos preços praticado no mercado e o preço parâmetro, entendo que o Acórdão recorrido deve ser mantido.

Nesse sentido, no que tange ao escopo da presente lide, a fiscalização e os julgadores estão vinculados ao que prevê a legislação pátria em vigor em prestígio ao princípio da estrita legalidade administrativa inserto no artigo 37 da Constituição Federal, portanto não assiste razão ao contribuinte, porquanto não se trata de insensibilidade jurídica, mas sim da necessidade de observar os termos da lei sob pena do fiscal incorrer em responsabilidade funcional.

No que tange ao caso em apreço, de forma sintetizada, no ano-calendário de 2018, o preço parâmetro do concentrado de cobre exportado pela recorrente para a Vale Internacional S/A foi calculado pelo método de cálculo denominado PECEX- preço arm's length (art. 19 A da Lei 9430/1996) com base nos preços indicados pela LME (London Metal Exchange), uma das principais bolsas de commodities, já que a operação foi realizada entre partes relacionadas.

No entanto, a recorrente entende que o referido método é eivado de distorções a ponto de que seja tributada a renda sem que tenha havido acréscimo patrimonial e discorre críticas ao sistema brasileiro frente ao sistema adotado pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE.

Nesse contexto, é preciso pontuar que a Lei nº 12.715/12 promoveu importantes alterações na legislação até então vigente, notadamente, alterando a Lei 9.430/96 no sentido de demandar métodos específicos para os casos de importação (método PCI) e de exportação (método PECEX) de commodities.

Nesse sentido, restou convencionado que a partir do ano de 2013, no caso de operações (importação ou exportação) que envolvam commodities se tornou obrigatória a adoção do Método do Preço sob Cotação na Exportação PECEX, para contribuinte que façam operações de exportação de commodities, tudo nos termos dos artigos 19, § 9º e 19-A, ambos da Lei nº 9.430/96.

É o caso dos presentes autos.

Em caso semelhante, o então Conselheiro Flávio Machado Vilhena Dias, no Processo nº 10508.720642/2017-28, ao analisar Recurso De Ofício proferiu o Acórdão nº 1302-003.989 na 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária, em Sessão de 15 de outubro de 2019 abordando de forma detalhada a obrigatoriedade da adoção do método de cálculo denominado PECEX- preço arm's length, razão pela qual adoto seus fundamentos como razão de decidir do presente processo, *in verbis*:

(...) Antes de se adentrar ao mérito da discussão, para se verificar, em especial, se a decisão recorrida está de acordo com os ditames legais, importante fixar algumas premissas, mesmo que de forma breve, no que tange aos Preços de Transferências e ao método de cálculo denominado PECEX, que foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio pela Lei nº 12.715/12, nas alterações que promoveu na Lei nº 9.430/96.

Os preços de transferência, como sabido, são valores atribuídos às operações realizadas por entidade que pratica transações internacionais com partes relacionadas ou que estejam domiciliadas em paraísos fiscais ou em localidades com tributação favorecida. Neste sentido, o professor Luís Eduardo Shoueri caracteriza o preço de transferência da seguinte forma:

(...) entende-se, na doutrina internacional, o valor cobrado por uma empresa na venda ou transferência de bens, serviços ou propriedade intangível, a empresa a ela relacionada. Tratando-se de preços que não se negociaram em um mercado livre e aberto, podem eles desviar-se daqueles que teriam sido acertados entre parceiros comerciais não relacionados, em transações comparáveis nas mesmas circunstâncias. No direito brasileiro, a matéria preços de transferência estende-se às trocas entre estabelecimentos de uma mesma empresa, situados em diferentes territórios. (SHOUERI, Luis Eduardo. Preços de transferência no direito tributário brasileiro. 2. Ed. São Paulo: Dialética, 2006. Pág 12)

São precisos, também, os ensinamentos de Ricardo Marozzi Gregório, em brilhante obra acadêmica. Veja-se:

“Em face do que foi dito é possível, então, de forma genérica, definir os ‘preços de transferência’ como os valores monetários atribuídos, pelas empresas relacionadas, às transações internacionais de transferências de propriedade ou de direito de uso de bens, tangíveis ou intangíveis, e de prestação de serviços. O termo ‘preço de transferência’ é o que corresponde à expressão inglesa transfer price.” (GREGORIO, Ricardo Marozzi. Preços de Transferência – Arm’s Length e Praticabilidade – Série Doutrinária Vol. V – São Paulo: Quartier Latin, 2011. Págs. 40 e 41)

Há que se ressaltar, contudo, como ensina Marozzi, que é “conveniente distinguir os ‘preços de transferência’ do ‘controle dos preços de transferência’. Este último pode ser definido como a disciplina jurídica que visa contornar os efeitos da tributação da renda causados pela prática dos preços de transferência”. Desta forma, partindo do ponto de que o controle dos preços praticados nas operações de importação ou exportação é válido e pode ser feito pelo ente competente, é a legislação, tendo em vista o princípio da legalidade, que irá determinar quando e como deverá ser utilizado o controle dos preços de transferência, devendo a entidade se submeter aos ajustes¹, caso estejam presentes os requisitos necessários para que esse controle seja exercido. No caso do Brasil, o controle dos preços de transferência se iniciou com a promulgação da Lei nº 9.430/96 e teve como objetivo regular as operações de exportação e importação entre entidades vinculadas ou que estejam domiciliadas em paraísos fiscais ou em localidades com tributação favorecida, evitando-se, assim, manipulações de preços nas transações realizadas e, por consequência, a erosão da base tributária. A par de toda a discussão internacional que gravita em torno dos preços de transferência, em especial, das diferenças do sistema adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro em detrimento dos demais países², tem-se que, no Brasil, o regime de controle de preços de transferência tem particularidades, que vinculam não só o sujeito passivo, com também o sujeito ativo da obrigação tributária.

Há de se ressaltar, por outro lado, que, em alguns casos, o legislador brasileiro previu a possibilidade de o contribuinte não estar sujeito ao regime dos preços de

transferência, quando introduziu no ordenamento as hipóteses de safe harbours. Este instituto é assim caracterizado por Jonathan Barros Vita:

“Como primeiro exemplo de ressalva a esta generalização das regras de preços de transferência como normas antielisivas, tem-se a exceção contida nos safes harbours, caso que implica sua não aplicação.

É dizer, a aplicação de preços de transferência é limitada por estas disposições que perfazem um recorte no campo de aplicabilidade deste instituto, pois há um processo de verificação da validade da operação através destas regras, mas inexistente aplicação individual e concreta das mesmas.” (VITA, Jonathan Barros. O BEPS – Base Erosion and Profit Shifting – Report da OCDE e os Preços de Transferência Brasileiros: Notas Sintéticas pós-final reports. In Direito Tributário e os novos horizontes do Processo. São Paulo: Noeses, 2015. Pág 600).

Nestes casos (dos safe harbours), por exemplo, uma empresa que pratica, em suas exportações, um preço médio de 90% do preço médio praticado para as mesmas transações no mercado interno, estará dispensada do controle. Esta é a inteligência do artigo 19, da Lei nº 9.430/96. Veja-se:

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.

§1º Caso a pessoa jurídica não efetue operações de venda no mercado interno, a determinação dos preços médios a que se refere o caput será efetuada com dados de outras empresas que pratiquem a venda de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, no mercado brasileiro.

Neste ponto, entretanto, não se pode olvidar, porque interessa ao presente caso, que o safe harbour, nas exportações de commodities, como definido no citado artigo 19 da Lei 9.430/96, não se aplica aos casos em que é obrigatória a adoção do método PECEX, como se observa da redação do § 4º, do artigo 19-A da Lei nº 9.430/96. Confira-se:

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.

(...) § 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. (destacou-se)

Como não poderia deixar de ser, este também é o mandamento do artigo 21 da IN RFB nº 1.312/2012. Veja-se:

Art. 20. 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 e da CSLL, for inferior a 90% (noventa por cento) do preço médio praticado na venda dos bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, no mercado brasileiro, durante o mesmo período, em condições de pagamento semelhantes.

§ 1º O preço médio a que se refere o caput será obtido pela multiplicação dos preços praticados, pelas quantidades relativas a cada operação e os resultados apurados serão somados e divididos pela quantidade total, determinando-se, assim, o preço médio ponderado.

§ 2º Caso a pessoa jurídica não efetue operações de venda no mercado interno, a determinação dos preços médios a que se refere o caput será efetuada com dados de outras pessoas jurídicas que pratiquem a venda de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, no mercado brasileiro.

§ 3º Para efeito do disposto neste artigo, serão consideradas somente as operações de compra e venda praticadas, no mercado brasileiro, entre compradores e vendedores não vinculados.

§ 4º Para efeito de comparação, o preço de venda:

I - no mercado brasileiro, deverá ser considerado líquido dos descontos incondicionais concedidos, do ICMS, do ISS, da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, de outros encargos cobrados pelo Poder Público, do frete e do seguro, suportados pela pessoa jurídica vendedora; II - nas exportações, será tomado pelo valor depois de diminuído dos encargos de frete e seguro, cujo ônus tenha sido da pessoa jurídica exportadora.

Art. 21. 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. 34, não se aplicando o disposto no caput do art. 20. (destacou-se)

De todo modo, sendo caracterizada a necessidade de se fazer o controle dos preços de transferência e o respectivo ajuste, o legislador pátrio elegeu diversos métodos que poderão ser utilizados na quantificação daqueles preços, tanto no caso de exportação, como no caso de importações realizadas pelos contribuintes.

A escolha destes métodos, a princípio, na experiência brasileira, é do contribuinte, não sendo imposta nenhuma forma de cálculo específica pelo legislador, que apenas trouxe as hipóteses passíveis de serem adotadas. A escolha, portanto, pode ser feita de acordo com os interesses do contribuinte, ou seja, a escolha pode recair no método que lhe for mais benéfico.

Fazendo uma leitura do que restou determinado no artigo 18 e no §3º, do artigo 19, ambos da Lei nº 9.430/96, Marozzi deixa clara essa liberdade dada ao contribuinte pelo legislador pátrio:

“Apesar da pretensa inspiração em métodos internacionais, não foi estabelecido nenhum critério para a escolha dos métodos brasileiros. Assim que, diferentemente do que aconteceu nos Guidelines, não há uma hierarquia que determine a prevalência dos métodos inspirados no CUP (PIC e PVEx). Outrossim, diferentemente do que está previsto na regulamentação americana, não há imposição de alguma regra semelhante ao best method rule. Há, na verdade, uma total liberdade de escolha do método a ser aplicado. (...)” (GREGORIO, Ricardo Marozzi. Preços de Transferência – Arm’s Length e Praticabilidade – Série Doutrinária Vol. V – São Paulo: Quartier Latin, 2011. Págs. 167) (destacou-se)

Este entendimento - da livre escolha do método-, inclusive, mutatis mutandi, já foi referendado pela Câmara Superior deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, quando aquele colegiado decidiu pela possibilidade de a fiscalização escolher, no lançamento de ofício, um dos métodos de cálculo previstos na legislação, independentemente de ser demonstrado que o método escolhido seria mais benéfico ao contribuinte.

Neste sentido, deixando de lado a divergência doutrinária e jurisprudencial no que tange à possibilidade de escolha de métodos diversos do que previsto na legislação, veja-se a ementa do acórdão proferido pela Câmara Superior, que demonstra claramente a possibilidade de escolha, pela fiscalização, de qualquer um dos métodos previstos no ordenamento jurídico pátrio, sem a necessidade de se demonstrar que o método escolhido é o mais favorável ao contribuinte:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Ano-calendário: 1997, 1998 PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA — APLICAÇÃO DOS MÉTODOS.

De acordo com o artigo 18 da Lei nº 9.430/96, quanto à dedutibilidade dos custos, despesas ou encargos, relativos a bens, serviços e direitos, constantes dos documentos de importação ou de aquisição, nas operações com pessoas ligadas, devem ser aplicados os seguintes métodos: Preços Independentes Comparados - PIC, Preço de Revenda menos Lucro - PRL e Custo de Produção mais Lucro - CPL, sendo vedado ao contribuinte a aplicação de qualquer outro método, em desacordo com o princípio da reserva legal.

IRPJ - CUSTOS - DEDUTIBILIDADE - PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA.

A lei, ao dispor que o contribuinte poderá optar pelo método de cálculo de custos que lhe for mais favorável, não determina que a Fiscalização deverá demonstrar que o método por ela utilizado é o método mais favorável ao sujeito passivo.

POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO MÉTODO PRL PARA PRODUÇÃO LOCAL. VEDAÇÃO DO ART. 4º, § 1º, da IN SRF 38/97. RECURSO ESPECIAL. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA NÃO COMPROVADA.

A falta de comprovação de divergência inviabiliza o processamento do recurso especial.

PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA. CONTRATOS DE MÚTUO COM JUROS ATIVOS.

Não há previsão regulatória nem possibilidade de registro do contrato de mútuo com juros ativos no Banco Central, sem embargo do controle por ele exercido sobre a matéria. Descabem os ajustes de preços de transferência (receita de juros), no mútuo concedido pela pessoa jurídica domiciliada no País a pessoa vinculada, na medida em que o câmbio ou a transferência internacionais em reais esteja registrada no SISBACEN, e a documentação suporte do mútuo tenha sido apresentada ao banco operador de câmbio. (Acórdão nº 9101-002.313 – Sessão de 03/05/2016) (destacou-se)

No caso das exportações, os métodos fixados inicialmente pelo legislador, como se denota do artigo 19 da Lei nº 9.430/96, foram: (i) método de venda nas exportações (PVEx); (ii) Método de venda por atacado no país de destino, diminuído do lucro (PVA), (iii) Método de Preço de Venda a Varejo no país de destino, diminuído do lucro (PVV) e (iv) Método de Custo de Aquisição ou de Produção mais tributos e Lucros (CAP).

Assim, sendo identificada a necessidade de se fazer o controle dos preços de transferência, pode o contribuinte e, quando for o caso, a fiscalização, optarem por um dos métodos aplicados às operações de exportação previamente definidos pelo legislador.

Contudo, no ano de 2012, com a publicação da Lei nº 12.715/12 (que é fruto conversão da MP 563/2012), houve importantes alterações no ordenamento jurídico brasileiro. Em especial, aquela lei, modificando o que restara disposto inicialmente na Lei 9.430/96, impôs a adoção de métodos específicos para os casos de importação (método PCI) e de exportação (método PECEX) de commodities.

Em que pese a premissa da liberdade do contribuinte (e até mesmo da fiscalização) para escolha do método de controle dos preços de transferência, a partir do ano de 2013, no caso de operações (importação ou exportação) que envolvam commodities, não foi dada liberdade na escolha. Ou seja, quando da prática de operações com commodities se tornou obrigatória a adoção de determinado método pela entidade.

O PECEX, portanto, é de adoção obrigatória por aqueles contribuintes que, a partir do ano de 2013, façam operações de exportação de commodities. Este é o comando dos artigos 19, § 9º e 19-A, ambos da Lei nº 9.430/96. Confira-se:

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.

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. (Incluído pela Lei nº 12.715, de 2012) (Produção de efeito)

§ 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: (Incluído pela Lei nº 12.715, de 2012) (Produção de efeito)

I - pessoas físicas ou jurídicas vinculadas; (Incluído pela Lei nº 12.715, de 2012) (Produção de efeito)

II - residentes ou domiciliadas em países ou dependências com tributação favorecida; ou (Incluído pela Lei nº 12.715, de 2012) (Produção de efeito)

III - pessoas físicas ou jurídicas beneficiadas por regimes fiscais privilegiados. (Incluído pela Lei nº 12.715, de 2012) (Produção de efeito)

§ 2º Não havendo cotação disponível para o dia da transação, deverá ser utilizada a última cotação conhecida. (Incluído pela Lei nº 12.715, de 2012) (Produção de efeito)

§ 3º Na hipótese de ausência de identificação da data da transação, a conversão será efetuada considerando-se a data de embarque dos bens exportados. (Incluído pela Lei nº 12.715, de 2012) (Produção de efeito)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 12.715, de 2012) (Produção de efeito)

§ 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: (Incluído pela Lei nº 12.715, de 2012) (Produção de efeito)

I - com os obtidos a partir de fontes de dados independentes fornecidas por instituições de pesquisa setoriais internacionalmente reconhecidas; ou (Incluído pela Lei nº 12.715, de 2012) (Produção de efeito)

II - com os preços definidos por agências ou órgãos reguladores e publicados no Diário Oficial da União. (Incluído pela Lei nº 12.715, de 2012) (Produção de efeito)

§ 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. (destacou-se)

Vivian de Freitas Rodrigues de Oliveira leciona neste norte, ao afirmar que, no caso de importação e exportação de commodities, a adoção destes métodos (PCI e PECEX) é compulsória. Veja-se os apontamentos daquela autora, quando comenta as alterações promovidas pela 12.715/12 no ordenamento jurídico pátrio:

“Os métodos de preço de transferência sofreram uma substancial alteração com a introdução da Lei n. 12.715/2012, com a introdução de métodos para importação e exportação a serem utilizados, compulsoriamente, no caso de pessoas jurídicas que transacionem commodities com parte relacionadas ou com paraísos fiscais e regimes fiscais privilegiados”. (...)

“Pela nova lei, todas as commodities ficarão sujeitas, a partir de 2013, ao controle de preços em operações de importação e exportação. A norma determina que, na hipótese de transações com commodities sujeitas à cotação em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas, deverão ser usados os métodos de Preço sob Cotação da Importação – PCI ou preço sob Cotação na Exportação – Pecex. Se não houver cotação em bolsa, a comparação se dará com preços obtidos em institutos de pesquisa idôneos ou agências reguladoras. Na prática, o preço praticado nessas transações poderá ser ajustado para o cálculo dos tributos”. (OLIVEIRA, Vivian de Freitas Rodrigues de. Preço de transferência como norma de ajuste do imposto sobre a renda. São Paulo: Noeses, 2015. Pág. 161 e 201). (destacou-se)

A esta mesma conclusão chegou Jonathan Barros Vita, quando, ao analisar o método PCI, faz a seguinte afirmação:

“Antes de tudo, cabe reiterar que este método positivado no art. 18-A da Lei 9.430 e especificado nos arts. 16 a 19 e anexos I a III da IN 1.312 representa uma exceção ao método mais favorável ao contribuinte do § 7º do art. 18 da Lei 9.430, significando uma emulação best method americano do § 16, vez que é especificamente formulado para commodities negociadas em bolsas e aplicável de maneira excludente em relação aos demais métodos, sobrepondo-se a eles” (VITA, Jonathan Barros. Preços de transferência: atualizado com as Leis 12.715 e 12.766 e a instrução normativa 1.312, com as alterações das INs 1.322 e 1.395.

São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: FISCOsoft Editora: 2014. Págs. 227 e 228) (destacou-se)

Não se pode perder de vista que o entendimento, no que se refere à obrigatoriedade de aplicação do método PECEX, no caso de exportação de commodities, já foi, inclusive, externado pela própria Receita Federal do Brasil, quando da publicação da Solução de Consulta COSIT nº 310, de 03 de novembro de 2014. Veja-se a ementa publicada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ EMENTA: PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA. MÉTODO PECEX. OBRIGATORIEDADE.

A previsão do produto dentre as commodities relacionadas no Anexo I da IN RFB nº 1.312, de 2012, e, cumulativamente, sujeito a preços públicos nas instituições de pesquisas setoriais reconhecidas internacionalmente, listadas no Anexo III da mesma IN, obriga à utilização do método PECEX para arbitramento dos preços praticados nas operações de exportação para pessoa vinculada, a partir do ano-calendário de 2013, estando vedada a livre utilização de outros métodos. (destacou-se)

Por fim, ainda quanto à obrigatoriedade de adoção do método PECEX, no caso de exportação de commodities, à mesma conclusão chegou o ilustre relator do acórdão recorrido. Confira-se a posição externada:

Pois bem: uma interpretação sistêmica da Lei nº 9.430/96 nos obriga a concluir que, a partir da edição da Lei nº 12.715/12, estabeleceram-se duas possibilidades, mutuamente excludentes entre si:

a) no caso de exportação de produtos não caracterizados como commodities, manteve-se a regra geral que permite ao contribuinte escolher o método de preço de transferência na exportação mais favorável ao contribuinte, dentre os métodos originalmente previstos no art. 19 da citada Lei ((PVEx, PVA, PVV e CAP); b) no caso de exportação de produtos caracterizados como commodities, estabeleceu-se a obrigatoriedade de utilização do método definido no art. 19-A da citada Lei (PECEX).

Neste passo, já se pode chegar a algumas premissas que serão necessárias ao deslinde da presente demanda:

(i) o controle de preços de transferência é, em regra, obrigatório, quando forem realizadas operações de importação ou exportação entre entidades vinculadas ou que estejam domiciliadas em paraísos fiscais ou em localidades com regimes fiscais privilegiados.

(ii) Em algumas hipóteses que estão previstas na legislação, o contribuinte estará dispensado de realizar o controle dos preços de transferência (safe harbours), sendo que esta dispensa não se aplica, quando o método a ser aplicado for o PECEX (artigo 21 da IN RFB nº 1.312/2012);

(iii) com a edição da Lei nº 12.715/12 (conversão da MP 563/2012), aqueles contribuintes que fazem operações como commodities de importação e de exportação, deverão utilizar obrigatória e respectivamente, os métodos PCI e PECEX.

Portanto, pelas razões acima delineadas, no caso em apreço, entendo obrigatória a adoção do Método do Preço sob Cotação na Exportação PECEX, nos termos dos artigos 19, § 9º e 19-A, ambos da Lei nº 9.430/96 e artigo 21 e 34 da IN RFB nº 1.312/2012, referente ao preço parâmetro do concentrado de cobre exportado pela recorrente para a Vale Internacional S/A.

CUSTO DE INTERMEDIÇÃO

No que diz respeito ao custo de intermediação, a recorrente defende no seu apelo a necessidade de contratação da Vale Internacional S/A (VISA) para viabilização da sua atividade, afirmando para tanto que:

Da leitura do presente TVF, resta claro que o i. fiscal, 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. Registre-se ainda que as despesas incorridas pela VISA não podem ser classificadas como inerentes à atividade, o que, como restará demonstrado, não pode prevalecer.

Insiste, ainda, a fiscalização, 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.

(...)Note-se que, conforme asseverado em diversas oportunidades na presente impugnação, os custos de intermediação estão devidamente suportados por laudo elaborado pela EY.

Com efeito, a VISA não pode ser considerada uma trader comum, tendo em vista riscos, funções e ativos a ela atribuídos, devendo ser considerada uma “distribuidora de pleno direito”.

O distribuidor de pleno direito é o tipo de trader que possui ativos, desempenha diversas funções e assume inúmeros riscos atrelados ao negócio de distribuição e negociação (marketing, preço, garantia, estoque, crédito, etc.). Seu envolvimento requer que seja altamente ativo no mercado, tendo acesso à base de

consumidores e estabelecendo a demanda por produtos através de seus canais de venda e marketing, além de uma estrutura logística consistente. Cabe a este distribuidor o controle de qualidade, a armazenagem e a distribuição do produto adquirido.

A VISA é responsável pela inteligência comercial do grupo, sendo sediada na Suíça. Gerencia o marketing e as vendas, sendo responsável pela comercialização de minério de ferro e pelotas, níquel, cobre e carvão para Europa, África, América, Oriente Médio e Ásia, detendo, dessa forma, a função de centralizar a comercialização internacional de minérios da Vale, suas subsidiárias e controladas.

(...)

Portanto, a VISA, como visto, 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, observa-se de início ser absolutamente 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 assuma, 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.

Além disso, trata-se de custos integrados e indissociáveis das operações realizadas pela Impugnante, sendo mandatária a sua observância. Agregue-se o fato de que a negativa dos ajustes decorrentes dos custos de intermediação fatalmente acarretaria dupla tributação, pois estar-se ia tributando no Brasil e na Suíça os valores referentes ao custo de intermediação.

As operações entre a Impugnante e a VISA, por se tratar de partes relacionadas, são tributadas por meio do preço de transferência e os eventuais lucros auferidos pela referida subsidiária estrangeira são captados, no Brasil, pela controladora, Vale S.A., através da tributação em bases universais. Portanto, também sob o aspecto tributário, não há qualquer prejuízo ao Fisco brasileiro em que uma empresa brasileira tenha controladas e coligadas no exterior.

O preço de venda da Impugnante para a VISA impacta diretamente no custo da revenda posterior e no lucro por ela apurado. Se fosse possível praticar o preço de exportação com ajuste apenas do custo de intermediação das bolsas, o lucro da operação mercantil da VISA seria reduzido em igual montante (abstraindo-se

haver prejuízos) e, por decorrência lógica, o valor a ser tributado no Brasil seria igualmente reduzido. Ao fim, o lucro real seria de igual montante.

Porém, o ajuste do preço de transferência faz com que não haja redução do lucro da VISA nem no valor a ser tributado no Brasil.

Mas, o ajuste feito no Brasil representa dupla tributação em montante igual decorrente do mesmo fato econômico que é a exportação de concentrado de cobre para a controlada da Vale S.A., VISA. O lucro real fica majorado pelo ajuste do preço de transferência.

(...)Esse não só não é o objetivo das regras de preços de transferência, como também configura resultado flagrantemente ilegal, atentando contra a melhor interpretação da Lei 9.430/96.

III.4 – DO PARECER EMITIDO PELA EY

Vale ressaltar que, conforme adrede mencionado, foi realizado estudo pela EY que, de um lado, atestou que os custos de intermediação variavam entre 5,5% e 7,2% (tendo a Impugnante optado pelo percentual mais baixo), bem como descreveu todos os ativos e funções da VISA.

Observe-se da tabela constante às fls. 15 do laudo anexado aos autos, que a EY concluiu que a VISA possui ativos, exerce as atividades de logística e controle de inventário, planejamento de compras, estratégia de vendas e marketing, controle de qualidade, precificação, processamento de pedidos, suporte de pós venda e serviços ao cliente, faturamento e cobrança, funções administrativas gerais, transformação de produtos, estratégia de envio, risco de inventário, risco de mercado (incluindo-se combustível e preço), risco de demanda de clientes, risco de qualidade do produto e risco cambial, itens esses que também foram identificados e explorados como diferenciais pelo CRU, à sociedade. Além disso, foi consignado que a VISA detém amplo conhecimento de mercado, lista de clientes, informação sobre clientes e relacionamento com os clientes⁶.

Nesse contexto, o Parecer elaborado pela EY esmiuçou os ativos, as funções e os riscos assumidos pela VISA em comparação às demais empresas, afirmando, ainda, que a VISA não pode ser considerada uma trader comum, mas sim uma “distribuidora de pleno direito” em razão da amplitude de suas funções, ativos e riscos assumidos, de modo que não pode ser censurado o percentual de 5,5%, utilizado pela Impugnante, com fulcro no aludido Parecer, sendo imprescindível seu acatamento para ajuste no preço.

Impedir a dedução das despesas a título de custo de intermediação constantes de laudos específicos elaborados por uma das maiores empresas de auditoria mundial – integrante do grupo Big 4 – seria consagrar a distorção e a impossibilidade de realizar o necessário critério de comparabilidade para a realização dos devidos ajustes entre os preços praticados e os preços parâmetros, que se constituem na essência do cálculo dos preços de transferência.

(...)Diante do exposto, resta claro que o laudo da EY 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.

Os excertos acima transcritos rebateram os argumentos e fundamentos insertos no Acórdão recorrido que indeferiu o pleito do recorrente quanto ao custo de intermediação nos seguintes termos, *in verbis*:

A interessada faz alegações defendendo a necessidade de contratação da VISA, citando as atividades exercidas por esta empresa, de forma a viabilizar as atividades da interessada e que não pode estar limitado aos custos da LME.

Não está se tratando se a contratação da VISA é necessária ou não, a interessada pode contratar a empresa que quiser, contudo, o valor do preço de transferência, avaliado pelo método PECEX, está definido pelo art. 19-A da Lei 9430/1996 que dispõe que o preço é o valor médio diário da cotação de bens ou direitos sujeitos a preços públicos em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas, no caso a LME, não podendo, no caso de partes relacionadas fazer ajustes a título de custo de intermediação.

Não importa se o laudo da EY foi bem feito ou não, ele não pode ser usado, posto que, a legislação não permite este tipo de ajuste para o caso em comento. Portanto, não há que se discutir sobre o laudo.

Ademais, foi constatado pela fiscalização que o estudo da E&Y – “Análise de Ajustes Referentes a Custos de Intermediação” de 03/12/2013, não se relaciona com o caso em comento.

A Vale S.A., controladora da interessada, contratou tala empresa de consultoria para determinar o ajuste relacionado aos custos de intermediação. O estudo baseou-se baseado em pesquisas de demonstrações financeiras de cinco empresas, no período de 2008 a 2012, que teriam funções similares à Vale International (VISA). Ou seja, o custo de intermediação apresentado no estudo da E&Y se refere a despesas inerentes às 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.

(...)Tais alegações não se sustentam, como já foi dito anteriormente, o método PECEX é obrigatório para o caso de exportação, conforme dispõe o art.34, § 1º da IN RFB nº 1312, de 28 de dezembro de 2012. O § 2º da IN dispõe que os preços dos bens exportados 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. Portanto, é necessário fazer a comparação

com os preços cotados nas bolsas, no caso em comento a LME, mesmo que o produto não seja negociado na bolsa. Há que se obedecer ao que consta na legislação de regência, não cabendo ao julgador administrativo fazer qualquer comentário sobre a legislação, se restringe ou não algum conceito, se é razoável ou não.

(...)Na impugnação a interessada afirma que há indevidas limitações envolvendo o método Pecex e não existentes em outros métodos de apuração dos preços de transferência. Alega que tal método utiliza a bases diárias enquanto os outros bases anuais e que o art. 51,§2º da IN 1.312/2012 restringe a 3% a margem de divergência relativo à cotação em bolsa. Afirma que os demais métodos de preços de transferência estão sujeitos ao safe harbour de que trata o art. 20, da IN 1.312/201230 - dispensa de arbitramento nas hipóteses de preço médio de venda superior a 90% do preço médio praticado no mercado brasileiro – no método do PECEX o referido safe harbour não é aplicável, nos termos do art. 34, §6º, da aludida Instrução Normativa.

Nesse contexto, sobre o presente tópico cabe a esta Turma de Julgamento analisar a (im)possibilidade da realização de ajustes dos preços realizados pela recorrente referente a participação da Vale International S/A (VISA) na base de 5,5% a título de custo de intermediação com base no estudo realizado pela EY ou se há a vedação legal do ajuste de preço frente a necessidade de aplicação obrigatória das cotações em bolsa de valores ou em instituições de pesquisa setoriais, no caso em tela a LME (London Metal Exchange) com base na adoção do Método do Preço sob Cotação na Exportação PECEX.

Pois bem.

Após analisar os fundamentos acima, resta claro para este julgador que a redação do parágrafo 10 dada pela IN n. 1.568/15 estabelece que os custos de intermediação capazes de ensejar ajustes são tão somente os “cobrados pelas bolsas de mercadorias e futuros”.

“Art. 34. 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.

§ 10. As variáveis que podem ser consideradas nos ajustes mencionados no § 9º são: (Redação dada 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 pela Instrução Normativa da RFB Nº 1568, de 05 de junho de 2015)”

O Art. 19-A da Lei 9430, assim prescreve, *in verbis*:

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.

Portanto, como já mencionado, o método Pecex é utilizado aos bens ou direitos que estão sujeitos a preços públicos, cotados em bolsas de mercadorias e futuros e que tais bolsas tenham reconhecimento internacional. Logo, esse é exatamente a hipótese dos autos quanto a concentrado de cobre (commoditie) exportado pela recorrente para a Vale Internacional S/A.

Assim, como consta do relatório é preciso entender que a referida transação deve ser separada daquela que envolve a exportação da mercadoria da VISA para os adquirentes finais (segunda transação jurídica). Sendo assim, ao que parece é que o recorrente denominou custo de transação aquilo que 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, ou seja, são despesas não relacionadas com as operações analisadas no Termo de Verificação.

Isso porque, enquanto o que se está apurando é o preço parâmetro conforme a LME, o custo de intermediação apresentado no estudo da E&Y se refere a despesas inerentes às 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. São despesas não relacionadas com as operações analisadas no Termo de Verificação.

A IN RFB nº 1.568, de 2015 no inciso IV do § 10 do art. 34 que se aplica ao ano-calendário de 2018, tratado neste caso, deixou explícita qual o custo de transação cujo ajuste é permitido, com vínculo direto ao custo contida na transação em bolsa de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas. Assim, qualquer ajuste a esse título que não atenda a essa condição não pode ser admitida na apuração do preço parâmetro.

Diante do exposto, a dedução pretendida pela contribuinte, que nem envolve a transação controlada, na visão deste relator, não tem amparo legal.

Em complemento, adoto também o judicioso voto do Conselheiro André Severo Chaves proferido no Processo 16682.720914/2019-17, Acórdão nº 1401-006.991 – 1ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA em processo cujo contribuinte é a própria Vale S/A que exporta a commodities para controlada indireta no exterior a Vale International S.A, na sessão de 11 de junho de 2024, pelo que reflete o entendimento deste julgador face a matéria idêntica, *in verbis*:

(...)Pois bem, de logo se registre que a Lei distingue os dois conceitos: o prêmio médio de mercado é 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. Verificar 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 da 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 atuada, somente devem ser comparadas com outras negociações fora de bolsa.

Nesse âmbito, todos os atores do mercado aos quais eventualmente se aplique o método PECEX estarão submetidos as mesmas normas que partem do preço de mercado e autorizam ajustes em função de características do produto e algumas características contratuais. As normas de simplificação, que limitam as variáveis ajustáveis, atinge indistintamente todos os contribuintes na mesma categoria.

Neste ponto, cumpre 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, cumpre, 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 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.

Diante do exposto, a dedução pretendida pela contribuinte a título de custos de despesa, na visão deste relator, que sequer envolve a transação da controlada, não tem amparo legal, razão pela qual entendo pela impossibilidade da realização de ajustes dos preços realizados pela recorrente referente a participação da Vale International S/A (VISA) na base de 5,5% a título de custo de intermediação com base no estudo realizado pela EY, tendo em vista haver a vedação legal do ajuste de preço frente a necessidade de aplicação obrigatória das cotações em bolsa de valores ou em instituições de pesquisa setoriais, nos termos do artigo 19A da Lei 9430/96 e da IN RFB nº 1.568, de 2015 no inciso IV do § 10 do art. 34.

DA DESCONSIDERAÇÃO DOS INCENTIVOS FISCAIS. LUCRO DA EXPLORAÇÃO

No que diz respeito a alegação do recorrente de 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 da exploração decorrente das atividades incentivadas no âmbito da Sudam/Sudene, o Acórdão recorrido julgou improcedência a sua impugnação, nos seguintes termos, *in verbis*:

(...) A impugnante afirma 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 da exploração decorrente das atividades incentivadas no âmbito da Sudam/Sudene.

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:

(...)

Na impugnação a interessada, alega que o fiscal não levou em consideração a existência 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. Solicita) a redução de 75% do IRPJ devido, em razão do lucro da exploração em áreas incentivadas de que trata o art. 1º da Medida Provisória 2.199/01, concedido por prazo certo pela SUDAM

Com relação aos benefícios tributários concedidos sob o instituto do Lucro da Exploração, há que se 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.

Portanto, o autuante agiu corretamente, posto que, não poderia fazer os cálculos com base no Lucro da Exploração, posto que, a legislação não permite.

A interessada alega que a hipótese abrangida pelo art. 66, da IN 267/2002, recomposição no lucro, é diferente da que se apresenta no caso sob análise. Afirma que a IN 1.312/12 é posterior à IN 267/02 e trata especificamente da repercussão do ajuste do preço de transferência na apuração do imposto sobre a renda e que apenas o art. 18, § 5º, da Lei 4.239/63 poderia embasar a vedação.

Tais alegações não podem ser aceitas. A IN RFB nº 1312, de 2012, regulamenta o procedimento que deve ser adotado pelas empresas, reconhecendo a sua receita de venda. Portanto, essa Instrução Normativa trata do comportamento voluntário e adequado à legislação, aplicando-se 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.

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 dispõe sobre situação em que uma pessoa jurídica favorecida por benefício fiscal, deixa de cumprir seu dever de reconhecer a receita de sua atividade. Se o contribuinte comete alguma infração, gerando um lançamento de ofício, não há possibilidade de cálculo com base no Lucro da Exploração.

Para que a pessoa jurídica possa se beneficiar deste tipo de benefício fiscal, há que cumprir todas as regras, tendo uma escrituração contábil e fiscal correta.

Ora, aplicar benefício fiscal para algo incorreto seria incentivar o cometimento de infrações, o que não é possível.

(...)

Na verdade, não há sentido em se incentivar um contribuinte que deu motivos para um lançamento de ofício. O cometimento de infração a impede de usufruir do benefício.

No Recurso Voluntário, o contribuinte alega que:

(...)Ao calcular os ajustes ao lucro real, imputados à Recorrente, claro está que o i. fiscal não levou em consideração a existência de redução de 75% do imposto sobre a renda que faz jus a Recorrente, no tocante ao lucro da exploração decorrente das atividades incentivadas no âmbito da Sudam/Sudene. O r. acórdão se limita a reproduzir as razões expostas no acórdão nº 07-46.874, as quais não merecem prevalecer.

Ao efetuar o lançamento, a fiscalização errou, ainda, na quantificação do IRPJ devido pela Recorrente no ano-calendário de 2018, limitando-se a adicionar, à base de cálculo deste tributo, o valor das despesas de ajuste de preço de transferência que entendeu pertinentes.

Com efeito, a fiscalização deixou de computar corretamente: (i) a redução de 75% do IRPJ devido, em razão do lucro da exploração em áreas incentivadas de que trata o art. 1º da Medida Provisória 2.199/01, concedido por prazo certo pela SUDAM e devidamente reconhecido pela RFB.

Com a devida venia, não incumbe à fiscalização apenas efetuar a adição de dispêndios à base de cálculo do IRPJ, mas, sim, efetivamente “calcular o montante do tributo devido”, nos termos do art. 142 do CTN. Assim, a apuração sem considerar tais elementos torna nulo o presente AI, dado o descumprimento do dever de determinar adequadamente o montante do tributo devido. No entanto, caso assim não se entenda, a Recorrente passa a demonstrar, por meio de alguns exemplos, a necessidade de, ao menos, serem reduzidos os valores ora cobrados.

A Recorrente desenvolve suas atividades também em área abrangida pela Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia (“SUDAM”). Nesse sentido, em parte dos projetos por ela desenvolvidos, a Recorrente é beneficiária do incentivo previsto pelo art. 1º da Medida Provisória 2.199/01 que consiste no direito à redução de 75% do imposto sobre a renda e do adicional, por prazo de terminado, calculados com base no lucro da exploração. A MP 2.199/01, com os pertinentes dispositivos legais vinculados, se encontra reproduzida pelo artigo 634 do RIR/2018 sem trazer qualquer óbice à fruição do incentivo em caso de autuação fiscal.

O art. 1º da MP 2.199-14/01, com redação então conferida pela Lei 11.196/05, preceitua in verbis: (...)

No presente caso, foram conferidos à Recorrente os incentivos, com base na legislação aplicável e por prazo certo, após emissão do respectivo laudo pela

SUDAM e devidamente reconhecido pela RFB. Os dispositivos legais referidos, que preveem os incentivos em questão, bem assim como os atos administrativos de concessão dos incentivos, referem-se à redução do IRPJ em razão da apuração do lucro da exploração, que consiste basicamente no lucro operacional, excluídas as receitas financeiras que ultrapassem as despesas financeiras, bem como os rendimentos e prejuízos de participações societárias, conforme definição do art. 19 do DL 1.598/77, com redação determinada pela Lei 7.959/89. É imperioso destacar ainda que as disposições referentes à concessão de incentivos ou benefícios fiscais devem ser interpretadas de modo literal, nos termos do artigo 111 do Código Tributário Nacional. Assim, a função da verificação do lucro da exploração das pessoas jurídicas consiste em isolar parcela da renda que seja atribuível à determinada atividade praticada pela pessoa jurídica. No caso em apreço, trata-se das atividades de mineração, levadas a cabo na área incentivada e consideradas prioritárias para o desenvolvimento da região.

(...)

Assim, o fiscal deveria, no presente caso, necessariamente averiguar a repercussão no cálculo do imposto de renda supostamente devido após a dedução da redução de 75% do tributo proveniente do incentivo do lucro da exploração.

(...)

É possível observar que a omissão incorrida pelo fiscal, acerca dos incentivos em comento, resultou em indevida cobrança a maior de imposto de renda além da multa e juros sobre ele incidentes, o que não poderá prevalecer.

Nesse contexto, na hipótese de não se reconhecer a possibilidade de dedução dos custos de intermediação, frete e handling fee, pede-se o reconhecimento da nulidade da autuação também em razão de a d. Autoridade Fiscal ter desprezado a existência de lucro da exploração efetivamente declarado nas fichas próprias da ECF e, com isso, ter deixado de considerar os efeitos do incentivo na apuração do IRPJ decorrentes do aumento do lucro real do período. Subsidiariamente, requer-se, ao menos, o reconhecimento do excesso da presente cobrança.

Sendo assim, a contribuinte defende que não foi feito o ajuste de seu direito a redução de 75% do imposto sobre a renda a que faria jus no que diz respeito ao lucro da exploração decorrente das atividades incentivadas no âmbito da Sudam/Sudene, art. 1º da MP 2.199-14/01, com redação então conferida pela Lei 11.196/05.

Para tanto, menciona o parágrafo único do art. 28 da IN 1.312/12 no sentido de sustentar que o incentivo da redução do imposto deve incidir sobre a parcela do ajuste dos preços de transferência.

No entanto, não assiste razão ao contribuinte e seu pleito quanto a este ponto não merecer prosperar.

Isso porque, os benefícios tributários concedidos sob o instituto do Lucro da Exploração são regidos pelo 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, *in verbis*:

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.

Sendo assim, diante da norma contida no dispositivo acima transcrito, entendo que procedeu corretamente a Autuante ao não promover a recomposição do lucro de exploração referente ao período abrangido pelo lançamento.

Nesse contexto, vale salientar que os benefícios de isenção ou redução de tributos sujeitos ao Lucro da Exploração depende da ausência de irregularidade e, quando na necessidade do lançamento de ofício, não há, igualmente, previsão legal para o reajuste do cálculo inicialmente procedido pelo contribuinte.

Nesse mesmo sentido, cabe reproduzir julgados do CARF:

Número do processo: 10314.721064/2016-33

Turma: Segunda Turma Ordinária da Quarta Câmara da Primeira Seção

Data da sessão: 18 de setembro de 2019

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2011

DESCONTOS CONCEDIDOS APÓS O FATURAMENTO APENAS NAS VENDAS PARA EMPRESA COLIGADA. AUSÊNCIA DE REGISTRO EM NOTA FISCAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL. CARÊNCIA DE JUSTIFICATIVA COMERCIAL PARA O ABATIMENTO. TRIBUTAÇÃO.

Deve compor a monta do Lucro Real a ser ofertado à tributação os valores dos descontos concedidos, após o faturamento, praticados exclusivamente nas vendas para empresa coligada, sem previsão contratual ou qualquer justificativa comercial para tanto, mormente quando comprovado pela Fiscalização que os valores de transações contemporâneas, mantidas com outros cliente, não perceberam tal redução.

SUBVENÇÃO DE INVESTIMENTO. ADVENTO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 160/17. APLICAÇÃO AOS PROCESSOS EM CURSO. ANÁLISE DAS NORMAS VIGENTES À ÉPOCA DOS FATOS GERADORES. PROVA DE REGISTRO E DEPÓSITO. ATENDIMENTO AOS ARTS. 9 E 10. CANCELAMENTO INTEGRAL DA EXAÇÃO.

O disposto nos artigos 9º e 10 da Lei Complementar nº 160/17 tem aplicação imediata aos processos ainda em curso, retroativamente em relação aos fatos geradores, devendo ser também consideradas as normas vigentes ao tempo das circunstâncias colhidas na análise de regularidade da conduta do contribuinte. Após tal alteração legislativa, a averiguação do efetivo cumprimento dos requisitos e exigências trazidos no Parecer Normativo CST nº 112/78, agora legalmente superado, é irrelevante para o desfecho da demanda. À luz do §4º do art. 30 da Lei nº 12.973/14, veiculado pela Lei Complementar nº 160/17, para o reconhecimento de uma benesse estadual como subvenção de investimento, bastaria a intenção do Ente estatal de estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos, com a sua devida escrituração em conta de Reserva de Lucros, podendo ser utilizada para a absorção de prejuízos (após o exaurimento dos demais valores, também alocados em Reserva de Lucros) ou para o aumento do capital social, sendo vedada seu cômputo na base de cálculo de dividendos obrigatórios e a sua redução em favor dos sócios, direta ou indiretamente, por outras manobras societárias. Tratando-se de subvenção, efetivada por meio de créditos de ICMS, concedida por estado da Federação à revelia do CONFAZ e suas regras, uma vez trazida aos autos a prova do registro e do depósito abrangendo a benesse sob análise, nos termos das Cláusulas do Convênio ICMS nº 190/17, resta atendido o art. 10 da Lei Complementar nº 160/17.

INCENTIVOS FISCAIS. SUDENE. ART. 13 DA LEI Nº 4.239/63. INEXISTÊNCIA DE EXIGÊNCIA LEGAL DE RECONHECIMENTO DO DIREITO PELA RECEITA FEDERAL DO BRASIL Em relação aos benefícios concedidos com base no art. 13 da Lei nº 4.239/63, e alterações posteriores (inclusive a MP nº 2.199-14/01), não existe qualquer exigência legal de que seja formalizado pedido de reconhecimento do direito ao incentivo perante a Receita Federal do Brasil, provando-se a prerrogativa do gozo a tal benesse apenas com a apresentação do laudo constitutivo emitido pelo órgão regional competente, ressalvada prerrogativa da Fazenda Nacional de fiscalizar o cumprimento dos requisitos e a correção desse aproveitamento fiscal.

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.

MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA COM MULTA DE OFÍCIO, POSSIBILIDADE.

A multa isolada pune o contribuinte que não observa a obrigação legal de antecipar o tributo sobre a base estimada ou levantar o balanço de suspensão, ou seja, conduta diversa daquela punível com a multa de ofício proporcional, a qual é devida pela ofensa ao direito subjetivo de crédito da Fazenda Nacional.

Número da decisão: 1402-004.059

Nome do relator: CAIO CESAR NADER QUINTELLA

Sendo assim, nada a prover em relação a pretensão do recorrente sobre a possibilidade de reduzir de 75% do imposto sobre a renda no tocante ao lucro da exploração decorrente das atividades incentivadas no âmbito da Sudam/Sudene, uma vez que 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.

DO FRETE

A respeito do frete, o Acórdão recorrido entendeu que houve dedução irregular do preço do frete por parte do recorrente que contratou laudo da empresa Drewry para dar suporte ao cálculo do custo de frete do Porto de Itaqui até Hamburgo, nos seguintes termos, *in verbis*:

Segundo a fiscalização, no contrato da LME não há especificação sobre o frete. Contudo, a empresa deduziu do preço as despesas de frete e apresentou laudo elaborado pela empresa Drewry. Tal valor se refere a frete calculado do Porto de Itaqui até Hamburgo pela empresa de consultoria contratada.

Tal premissa é estranha, pois, considera que todos os fretes possuem a mesma distância, o que não é compatível com os fatos.

Segundo o autuante, o tema foi tratado na ação fiscal referente a 2017 – TDPF 0718500-2021-00086. Afirma que o contribuinte entende que o preço de referência da LME é CFR (Cost and Freight) com entrega em armazéns localizados na Europa, sendo que o preço de venda da intimada é FOB.

(...)Como se vê, a própria interessada afirma que não está incluído no preço o frete até o porto de destino. Tal fato não está contestado na impugnação.

(...) Na verdade, os preços LME são FOB e não CFR como defende a fiscalizada. Foi enviado um e-mail para a LME - LMEMarket.Data@lme.com(doc. 20) questionando se o Preço Oficial do Cobre na LME inclui os custos de frete, e, em sua resposta reproduzida a seguir, a representante da instituição informou que não.

Traduzindo a resposta: “A LME publica preços de referência globais para esses contratos, portanto, quaisquer desvios deste (como frete) seriam um prêmio/desconto, e não estão no preço da LME.”

(...)

Como se vê, não há valor de frete incluído no preço de referência da LME.

A interessada afirma que o frete faz parte do preço da LME, mas não apresenta comprovações.

Como já foi dito anteriormente, há um preço parâmetro que corresponde ao preço calculado por meio de um dos métodos de cálculo previstos na legislação, que no caso em comente, é o PECEX (art. 19 A da Lei 9430/1996), posto que, trata-se de exportação para a VISA que é uma pessoa jurídica vinculada. O preço que serve de parâmetro é o valor cotado em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas, como é o caso da LME (London Metal Exchange). No valor da cotação não consta montante relativo a frete. Não é possível se deduzir algo que não está incluído.

O §12, art. 34 da Instrução Normativa nº 1.312/2012 dispõe que os ajustes do § 10 deverão levar em conta as diferenças existentes entre o preço recebido pelo exportador e a composição do preço de bolsa de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecida, conforme consta no regulamento da instituição negociadora, no caso, a LME.

Ocorre que o contrato padrão da LME não inclui valor de frete, ou outro custo, apenas estabelece que todo metal negociado na LME deve estar em conformidade com especificações rígidas em relação à qualidade, tamanho do lote e forma. No caso do cobre, o tamanho do lote é de 25 toneladas, a forma é catodo de cobre, e as especificações de qualidade constam no doc. 15 – “Special Contract Rules for Copper Grade A”/”Regras Especiais de Contrato para Cobre Grau A”, apresentado em resposta ao TIF 3 (doc. 10 e 11).

No art. 34§ 10, VI da IN RFB nº 1312, de 28 de dezembro de 2012, não se admite que o exportador efetue ajustes de modo a retirar do valor da cotação o montante de fretes, seguro, armazenamento e etc. , que seriam supostamente arcados por um exportador.

(...)Não há previsão legal para modificar o valor da cotação mudando as características do contrato padrão que supostamente influenciaram o preço futuro da commodity. No caso em comento, não traz a interessada qualquer valor para o prêmio de mercado para o cobre.

No caso dos preços de cotação da LME não estão previstos valores referentes a frete e a legislação diz que o preço a ser adotado, no caso de commodity é o preço das cotações de mercadoria e futuro e a LME é uma dessas bolsas. Portanto, o preço do frete não pode ser usado para diminuir o preço do cobre.

Alega a interessada que a utilização da Drewry como instituição hábil à função especificada pela Impugnante tem respaldo no artigo 34, parágrafo 14, da Instrução Normativa 1.312/2012.

Ocorre que o citado dispositivo somente alcança os casos de operações entre não vinculados, ou seja, não abrange a interessada.

Como se vê, não há como se aceitar as alegações da interessada para deduzir do preço o valor relativo a frete, posto 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.

Irresignado, o contribuinte, em sede de Recurso Voluntário, contrapôs os fundamentos do Acórdão no seguinte sentido, *in verbis*:

(...)Ademais, na distorcida narrativa fiscal e corroborada pela r. decisão, desconsiderou-se que a Recorrente não atua diretamente na LME, mas só utiliza o valor divulgado pela instituição como “referência”.

(...) Ademais, a decisão da DRJ, em evidente descompasso com a interpretação mais adequada aos dispositivos da então vigente legislação acerca do méto do PECEX, assevera que no art. 34, parágrafo 10, VI da IN RFB nº 1312, de 28 de dezembro de 2012, não se admite que o exportador efetue ajustes de modo a retirar do valor da cotação o montante de fretes, seguro, armazenamento e (sic) etc., que seriam supostamente arcados por um exportador.

(...)Desta forma, desconsiderar o custo de frete incorrido pela Visa configura-se um literal absurdo na sistemática de apuração dos preços de transferências uma vez que a distorção na comparação com o preço parâmetro (da LME que é o mais adequado para a atividade da Recorrente) seria fazer uma comparação em bases absolutamente distintas. Se fossemos fazer uma analogia corriqueira, ao invés de compararmos duas maçãs efetuaríamos a comparação entre uma maçã e um abacaxi, pretendendo que os dois sejam iguais.

(...)E continuando o percurso de distorções, o fiscal assevera, fato esse corroborado na decisão da DRJ, que a condição de frete considerado nas operações é FOB no intuito de continuar reafirmando a impossibilidade de dedução dos custos de frete.

Nessa toada de afirmações, olvidou-se “apenas” de duas questões em relação ao caso da Recorrente: (i) que os produtos são vendidos na modalidade FOB31, 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.

(...)Registre-se que, segundo §1º, art. 19-A da Lei 9.430/1996, 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. E esse ponto é concorde pela r. decisão ao consignar que a cotação é uma referência para a definição do preço da operação, portanto, eventuais diferenças entre os fatos econômicos que impactam o preço da commodity no mercado local em relação ao valor da cotação internacional devem refletir-se no prêmio de exportação nos termos do artigo 19-A do parágrafo 1º, da Lei 9.430/96.

Em total contrassenso, no parágrafo imediatamente abaixo, no entanto, assevera que não há previsão legal para modificar o valor da cotação mudando as características do contrato padrão que supostamente influenciaram o preço futuro da commodity..

Nesse sentido, é preciso levar em consideração para fins de equiparação de preço praticado pela Recorrente nas vendas sujeitas ao PECEX que:

- i. A Recorrente não atua diretamente na LME;
- ii. O produto vendido pela Recorrente é o concentrado de cobre e não o catodo de cobre negociado na LME.
- iii. O preço praticado pela Recorrente é FOB, com entrega no porto de Itaqui (MA) (...)*Aliás, causaria espanto e sobretudo, 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. Desta forma, tais valores devem, forçosa e necessariamente, ser deduzidos na apuração dos preços de transferência para que não se verifique qualquer distorção na citada apuração. Assim, não há qualquer razão para que seja desconsiderado o valor do frete, como fez o DD. Fiscal Autu ante e a decisão recorrida, sob pena de se verificar a total distorção da apuração dos preços de transferência.*

Sendo assim, mais uma vez cabe a este Turma analisar a possibilidade da dedução dos encargos referente ao frete, vez que a empresa recorrente deduziu do preço as despesas de frete e apresentou laudo elaborado pela empresa Drewry em que apurou o impacto do preço no trajeto de entrega entre Porto de Itaqui até Hamburgo

Para tanto, o fisco deduziu que o contribuinte entende que o preço de referência da LME é CFR (Cost and Freight) com entrega em armazéns localizados na Europa, sendo que o preço de venda da intimada seria FOB.

Apenas para ilustrar a diferença dos institutos, o Acórdão recorrido trouxe a definição de *Incoterm (International Commercial Terms) CFR, representa Cost and Freight ou Custo e Frete e define que o vendedor tem responsabilidade com a mercadoria até que ela chegue ao costado do navio. A partir deste momento, toda a responsabilidade e riscos é colocado à disposição do comprador. No momento que o exportador colocar a mercadoria no costado do navio, ele se isenta de todas as responsabilidades de perdas e danos no transporte. O vendedor*

deve entregar a mercadoria desembaraçada para o transporte até o porto de destino designado. Este termo só pode e deve ser utilizado para Transporte Aquaviário.

*O Incoterm FOB, Free on Board ou Livre a Bordo e o Incoterm CFR se diferenciam pelo fato que no CFR o transporte da mercadoria até o local de descarga no país de destino deve ser custeado pelo Vendedor. Fica a cargo do Comprador, se ele desejar o Seguro Internacional até o local de entrega no seu país. Já no Incoterm FOB este processo é assumido pelo comprador, assim como o seguro. (Free on Board), **ou seja, não inclui o valor do frete marítimo.***

Nesse contexto, conforme já analisado no presente voto, como a empresa Salobo Metais S.A (recorrente) envia o cobre para a empresa VISA e não há controvérsia de que as empresas fazem parte do mesmo conglomerado de forma a utilizar como preço de transferência o método PECEX (Preço sob Cotação na Exportação) com base na LME (London Metal Exchange) que não permite ajuste de preço, a dedução do frete apenas seria possível se o custo do frete fosse arcado pela própria recorrente e tal fato não restou comprovado nos autos, some-se a isso que a modalidade do frete utilizado pela recorrente foi Free on Board (FOB), em que o processo de entrega é arcado pelo comprador, conforme se atestou por meio do cotejo dos documentos anexados aos autos, especialmente o contrato entre as partes, pelo que transcrevo o seguinte excerto, *in verbis*:

e-fls. 333 “Preço”

Significa um preço determinado em uma base FOB para a venda de produtos de acordo com a Cláusula 7 e o Apêndice D e representa um Preço de Referência de Mercado ajustado conforme necessário para representar um preço para a qualidade do produto coberto por este Contrato e as responsabilidades e riscos assumidos pela compradora e a vendedora nos termos deste Contrato.

Seção 9. Transferência de Título e Risco

9.1 A transferência de título e risco com relação aos Produtos deve passar da Vendedora para a Compradora quando os Produtos cruzarem a amurada do navio no porto de carregamento, de acordo com INCOTERMS 2000.

9.2 Sujeito à lei aplicável, será responsabilidade da Compradora contrair e manter, por sua própria conta, um seguro de carga em cada envio de Produtos.

Dessa forma, como a empresa recorrente não arcou com o custo do frete, não poderia se valer da dedução que pretendeu fazer no preço do produto, inclusive, como dito no acórdão tal fato não foi contestado na impugnação.

Destaca-se ainda, que conforme mencionado no Acórdão recorrido, houve o envio de um e-mail para a LME - LMEMarket.Data@lme.com(doc. 20) questionando se o Preço Oficial do

Cobre na LME inclui os custos de frete, e, em sua resposta reproduzida a seguir, a representante da instituição informou que não, segue a reprodução da resposta:

Isabela Du Mont <isadumont2014@gmail.com> 16 de fevereiro de 2022 17:40
Para: market.data@lme.com

Dear Sirs,

I'm starting a transfer pricing analysis process, and I would like to know if the LME Copper Official Prices include the shipping costs.

Thank you very much for your help.

Isabela du Mont

LME Market Data <LMEMarket.Data@lme.com> 17 de fevereiro de 2022 06:45
Para: Isabela Du Mont <isadumont2014@gmail.com>

Hi Isabela,

Thank you for your email.

The LME publishes global reference prices for those contracts, therefore any deviations from this (such as shipping) would be a premium/discount, and aren't in the LME Price.

Kind Regards,

Mia

Traduzindo a resposta: “A LME publica preços de referência globais para esses contratos, portanto, quaisquer desvios deste (como frete) seriam um prêmio/desconto, e não estão no preço da LME.”

Nesse sentido, diante da ausência do valor do frete incluído no preço de referência da LME e pelo fato do frete aparentemente ter sido custado pela VISA, não há margem para deduzir aquilo que inicialmente não o compunha e, apesar da recorrente defender que o frete estaria incluído no preço de referência da LME, o fato é que tal inclusão não restou comprovada nos autos.

Dessa forma andou bem o Acórdão recorrido quando afirma, *in verbis*:

O §12, art. 34 da Instrução Normativa nº 1.312/2012 dispõe que os ajustes do § 10 deverão levar em conta as diferenças existentes entre o preço recebido pelo exportador e a composição do preço de bolsa de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecida, conforme consta no regulamento da instituição negociadora, no caso, a LME.

Ocorre que o contrato padrão da LME não inclui valor de frete, ou outro custo, apenas estabelece que todo metal negociado na LME deve estar em conformidade com especificações rígidas em relação à qualidade, tamanho do lote e forma. No caso do cobre, o tamanho do lote é de 25 toneladas, a forma é catodo de cobre, e as especificações de qualidade constam no doc. 15 – “Special Contract Rules for Copper Grade A”/“Regras Especiais de Contrato para Cobre Grau A”, apresentado em resposta ao TIF 3 (doc. 10 e 11).

No art. 34§ 10, VI da IN RFB nº 1312, de 28 de dezembro de 2012, não se admite que o exportador efetue ajustes de modo a retirar do valor da cotação o montante de **fretes**, seguro, armazenamento e etc. , que seriam supostamente arcados por um exportador.

Nesse sentido, poderão ser realizados ajustes desde que haja diferenças entre o valor cujo ônus seja do vendedor e determinadas especificações do contrato padrão estabelecido pela entidade de referência de preços. Assim, como o preço de referência cotado nas bolsas de mercadorias e futuros (LME) não reflete um Incoterm como frete, e o preço de venda do exportador é FOB com partes vinculadas, não há a possibilidade de se ajustar o preço parâmetro, reduzindo-o, pelos valores de frete como pretende a recorrente.

Sendo assim, como de fato a LME não inclui, na cotação do cobre, custos com frete e, também não adicionou o frete ao preço praticado, pelo menos não há prova disso nos presentes autos não seria possível, à Salobo, excluir, do preço parâmetro, eventual ressarcimento dos custos incorridos pela Vale International com frete do concentrado de cobre, especialmente porque comparação entre o preço praticado e o preço parâmetro não seria influenciada pelo frete, visto que nenhum dos dois preços o incluía.

Portanto, nada a prover em relação a este ponto.

CUSTO HANDLING

O recorrente também se insurgiu contra os fundamentos do Acórdão recorrido que manteve a impossibilidade de deduzir do preço do produto os custos a título de manuseio ou handling fee, isso porque entende que o produto final a ser vendido pela contribuinte passa por melhoramentos, já que se inicia como concentrado de cobre (salobo) passa por um processo de “purificação” para se tornar o catodo de cobre, a até chegar o produto final que seria o concentrado de cobre feito através da mistura ou “blending” nos seguintes termos, in verbis:

Recurso Voluntário

(...)A finalidade da handling fee é compensar as despesas de manuseio e operacionais necessárias para que o concentrado de cobre esteja apto a ingressar nos fornos de fundição (smelters), sem danificá-los, para a transformação em catodo de cobre para, dessa forma, estar apto à venda.

Para controlar a quantidade de elementos contaminantes do concentrado de cobre comercializado pela Salobo – que se faz obrigatória para gerar um produto cuja composição seja aceita para utilização nos fornos de fundição (smelters) – é necessária a realização de uma mistura (blending) adicional desse concentrado

com outras substâncias que tenham baixo teor de elementos deletérios. Com isso, além de acarretar maior custo de manuseio decorrente do necessário blending adicional do concentrado de cobre, elevam-se também as despesas operacionais como as de estoque deste minério, que demora mais tempo para ser utilizado pelo adquirente. A tabela abaixo bem exemplifica tal procedimento:

(...)Desta forma, tem-se que a handling fee é uma dedução aplicada nos contratos de concentrados de cobre considerados complexos que possuem elementos deletérios ou contaminantes, que inviabilizam a sua utilização diretamente pelos smelters e que necessitam da etapa adicional de blending (mistura com outros concentrados com teor menor de elementos deletérios/contaminantes). Assim, o concentrado de cobre da Recorrente consiste em material de segunda categoria, que devido aos citados elementos contaminantes, deve ser "blendado" (misturado) com outros concentrados de forma a reduzir a proporção desses elementos no total da carga, antes de realizado o processo de fundição.

Por conta desses fatores pode-se dizer que a handling fee é uma dedução que o mercado de cobre aplicada a todos os produtos que possuam contaminantes e deletérios, da mesma forma que o produto da Recorrente, que impeça sua aplicação direta pelos smelters, como demonstrado anteriormente, exigindo a etapa adicional de blending (mistura).

Nesse contexto, a handling fee consiste em verdadeiro ajuste de qualidade, nos termos do artigo 34, parágrafo 7º da Instrução Normativa 1.312/2012.

Portanto, a fiscalização ao glosar a dedutibilidade desses valores faz letra morta da legislação em vigor, bem como a decisão da DRJ que manteve a impossibilidade de sua dedutibilidade.

Assim, entendendo que basicamente o recorrente repisa os fundamentos da impugnação, razão pela qual me utilizo dos fundamentos inseridos no Acórdão da DRJ para manter a decisão pelos seus próprios fundamentos, tudo isso com a permissão do artigo 114, §12º, inciso I do novo Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 1.634/2023 – RICARF, estando a conclusão alcançada pelo órgão julgador de primeira instância em consonância com o entendimento deste Relator, nos seguintes termos:

A interessada informou ao autuante que o valor da handling fee "se trata de penalidade decorrente do manuseio do concentrado de cobre e tem como finalidade cobrir as despesas de manuseio e operacionais decorrentes do seu uso nas operações de blending". Esclareceu que "essa penalidade tem relação com a qualidade do cobre que está sendo negociado". Alega que handling fee é negociado em cada um dos contratos e que se trata de uma prática de mercado,

consistindo em desconto atrelado à movimentação da carga devido a qualidade dela.

O contribuinte argumentou que esse desconto aplicado ao preço divulgado pela LME se deve ao fato de que o produto vendido pela fiscalizada é o concentrado de cobre, enquanto o negociado pela LME é o catodo de cobre, apresentando o primeiro impureza que reduzem seu preço, o que não ocorre com o segundo.

(...)No ano-calendário de 2018, que corresponde a presente autuação, continuava o valor fixo de USD 15,00 a título de handling fee. Foi perguntado ao contribuinte se a justificativa para a divergência entre o valor fixo de USD 15,00 informado na planilha e a fórmula indicada no aditivo nº2 do contrato com a Vale International era a mesma dada na carta 314/2021 (doc. 5), apresentada no decorrer da ação fiscal relativa ao ano de 2017. O contribuinte confirmou, na Carta Externa 008/2022 (resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 4 – doc. 3), que sim, a resposta era a mesma, qual seja: a fórmula a ser utilizada é a prevista contratualmente. Acrescentou que ocorreu um equívoco na aplicação da fórmula no cálculo do handling fee (coluna AV da planilha).

Portanto, os valores de handling fee utilizados pela empresa nos ajustes do preço parâmetro estão incorretos, pois não levaram em consideração a fórmula que consta na cláusula contratual, utilizando o valor fixo de USD 15,00.

Na impugnação não há qualquer item falando sobre este valor fixo, nem os motivos pelos quais não utilizou a fórmula indicada no aditivo nº2 do contrato com a Vale International.

Destaque-se que a própria interessada reconhece a incorreção em sua Carta Externa 008/2022 (doc. 3), apresentada em resposta ao TIF 4, e encaminha nova planilha – DOC_01_TP_SALOBO_COBRE_AC 2018 (doc. 4) com a correção da aplicação da fórmula em substituição à anterior apresentada em resposta ao TIPF, onde o valor do Handling é ajustado de USD 465,00 para USD 421,20.

Além desta incorreção no valor da handling fee, há que questionar se é válido deduzir esse valor da cotação da bolsa para obtenção do preço parâmetro.

Como se vê, tal ajuste não encontra respaldo na legislação vigente quando da ocorrência do fato gerador. Não há nenhum item na legislação que considere o custo relativo a manuseio como ajuste no preço cotado nas bolsas de mercadoria e futuro.

Na impugnação a interessada alega que o produto negociado pela LME é o catodo de cobre, e o negociado por ela é um concentrado de cobre que pode ser considerado de segunda categoria. Afirma que para que o produto vendido e exportado possa ser equiparado ao produto negociado pela LME, faz-se necessário o ajuste de preço. Afirma que para controlar a quantidade de elementos contaminantes do concentrado de cobre, é necessária a realização de uma mistura (blending) adicional desse concentrado com outras substâncias que tenham baixo teor de elementos deletérios e que, além de acarretar maior custo

de manuseio decorrente do blending adicional do concentrado de cobre, elevam-se também as despesas operacionais. Afirma que esta cláusula é negociada entre os agentes econômicos e não se confunde com a redução de preço decorrente da medição das quantidades de flúor e cloro e que o escopo é compensar os danos relacionados à corrosão. Afirma que o handling fee não se confunde com a redução de preço relacionada ao tratamento e refino do concentrado de cobre (TC/RC), pois esta representa a margem do estabelecimento industrializador, sendo cobrada ainda que o concentrado de cobre tenha um baixo grau de elementos deletérios/contaminantes e não demande a etapa adicional de mistura do “concentrado complexo” (blending).

Ocorre que, a interessada não apresenta nenhum documento que comprove suas alegações. Há apenas planilhas no arquivo não paginável (fl.296) e contratos (fls. 297 a 357) que não servem de prova.

Segundo o autuante, considerando o aditivo ao contrato, a handling fee seria uma multa decorrente da qualidade dos concentrados de cobre negociados. A análise da planilha com o cálculo do preço de transferência, apresentada pelo contribuinte, demonstra que o produto vendido por ele para a VISA tem, em média, uma concentração de 38,5% de cobre. Como 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, a Vale International (VISA) 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. 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 já abaixo do mercado. 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 e desconto relativo à umidade.

Ressalte-se que 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. Não é válida qualquer cláusula contratual que contrarie a legislação em vigor, de modo a alterar os valores de ajustes ao preço.

O preço parâmetro deve ser equivalente a um preço médio de mercado negociado entre partes não relacionadas. No caso em comento, as pessoas jurídicas envolvidas são vinculadas, não sendo aceitável que estas partes combinem cláusulas para se chegar ao preço parâmetro que não são compatíveis com as adotadas no mercado.

Ressalte-se que os ajustes concernentes à qualidade do produto exportado já estão contemplados pelas penalidades de Flúor e Cloro, na aplicação do “pagável” de 96,7% do total do cobre presente no concentrado, que como vimos, está abaixo da prática de mercado, além do ajuste referente à taxa de tratamento e refino – TC/RC., fato que não foi contestado pela interessada. Não é possível se admitir uma nova dedução decorrente da qualidade dos concentrados além das já aplicadas, seria deduzir duas vezes a mesma coisa.

Na verdade, o ajuste efetuado pela interessada efetuou a título de handling reduziu o valor da receita em comparação ao preço parâmetro que é legalmente estabelecido. Portanto, cabe à interessada apresentar documentação que comprove o alegado, fato que não ocorreu.

Ademais, resta claro que as deduções ao preço parâmetro realizadas pela Salobo, denominadas “handling fee” é vetada pelo art. 19-A da Lei 9.430/96, portanto, nada a prover em relação a este ponto.

Multa de 75%

Por fim, a recorrente manifesta irresignação conta a incidência da multa de ofício no percentual de 75%, por entender que ostenta caráter confiscatório e desproporcional.

Tal argumento também 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 a inconstitucionalidade da multa não pode ser conhecida 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

Pelo exposto, voto por rejeitar a preliminar de nulidade, conhecer do Recurso Voluntário e, no mérito, em negar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Fellipe Honório Rodrigues da Costa – Conselheiro Relator

ACÓRDÃO 1202-001.412 – 1ª SEÇÃO/2ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA

PROCESSO 16682.720212/2023-10

DOCUMENTO VALIDADO