



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



<b>PROCESSO</b>	<b>16682.721197/2022-46</b>
<b>ACÓRDÃO</b>	1102-001.524 – 1ª SEÇÃO/1ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
<b>SESSÃO DE</b>	9 de outubro de 2024
<b>RECURSO</b>	VOLUNTÁRIO
<b>RECORRENTE</b>	SHELL BRASIL PETRÓLEO LTDA
<b>INTERESSADO</b>	FAZENDA NACIONAL

**Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ**

Ano-calendário: 2017

PREÇO DE TRANSFERÊNCIA. MÉTODO PIC. AFRETAMENTO DE EMBARCAÇÕES. TAXA DE AFRETAMENTO DIÁRIA. AJUSTES NA METODOLOGIA. ADMISSIBILIDADE.

Os levantamentos espontaneamente efetuados pelo contribuinte, para fins de subsunção às regras de preços de transferência no método PIC, devem ser ajustados de ofício quando da inobservância do prazo contratual e das diferentes expectativas de retorno sobre o investimento, por guardarem, objetivamente, obediência à correspondente norma e racionalidade lógica e econômica.

**Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL**

Ano-calendário: 2017

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. SEGUE A SORTE DA EXIGÊNCIA PRINCIPAL.

Dado o suporte fático e jurídico comum, aplica-se ao lançamento reflexo (CSLL) o que decidido no lançamento principal (IRPJ).

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade suscitada e, no mérito, por voto de qualidade, em negar provimento ao recurso voluntário, vencidos os Conselheiros Fredy José Gomes de Albuquerque, Cristiane Pires McNaughton e Eduarda Lacerda Kanieski, que davam provimento. Manifestou intenção de declarar voto o Conselheiro Fredy José Gomes de Albuquerque.

*Assinado Digitalmente*

**Fernando Beltcher da Silva** – Presidente e Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Lizandro Rodrigues de Sousa, Fredy José Gomes de Albuquerque, Fenelon Moscoso de Almeida, Cristiane Pires McNaughton, Eduarda Lacerda Kanieski (substituta convocada) e Fernando Beltcher da Silva.

## RELATÓRIO

Em desfavor do contribuinte em epígrafe foram lavrados Autos de Infração do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, cujos fatos geradores ocorreram no ano-calendário 2017.

Verificou-se que a atuada incorrera em despesas de afretamento de plataformas, cujas transações se deram com partes vinculadas sediadas no exterior, o que levou o contribuinte a adotar o método dos Preços Independentes Comparados (PIC), para fins de levantamento dos preços de transferência.

Tais despesas guardavam relação com a atividade desenvolvida pela atuada no bojo de consórcios liderados pela PETRÓLEO BRASILEIRO S/A, tendo sido empregadas as seguintes plataformas (“FPSO”<sup>1</sup>), com a respectiva duração do contrato igualmente indicada:

### Prazos Contratos Iniciais - Preços Praticados

Plataforma	Consórcio	Prazo do Contrato em anos
CIDADE PARATY	BM-S-11	20
CIDADE MANGARATIBA	BM-S-11	20
CIDADE ITAGUAI	BM-S-11	20
CIDADE MARICA	BM-S-11	20
CIDADE SAQUAREMA	BM-S-11	20
P-66	BM-S-11	16,5
CIDADE SÃO PAULO	BM-S-9	20
CIDADE ILHABELA	BM-S-9	20
CIDADE CARAGUATATUBA	BM-S-9	20

<sup>1</sup> *Floating, Production, Storage and Offloading* – navio-plataforma que extrai, armazena e escoia petróleo e/ou gás natural.

A pessoa jurídica elegeu quatro contratos de afretamento celebrados com entidades independentes, para fins de comparabilidade com os objeto da obrigatória observância de preços de transferência:

Prazos Contratos Iniciais - Preços Parâmetros

Plataforma Terceiros	Contrato	Prazo do Contrato em anos
Capixaba	SBM	7
Rio de Janeiro	MODEC	8
Vitória	Saipen	9
Itajaí	Teekay	9

Das despesas incorridas com afretamento de plataformas de titularidade de pessoas vinculadas, nada foi espontaneamente adicionado às bases de cálculo dos tributos, pois os preços praticados restaram inferiores aos preços-parâmetro levantados a partir da adoção do método PIC pelo contribuinte.

Contudo, a autoridade fiscal percebeu que a pessoa jurídica deixara de levar em consideração duas variáveis nos ajustes efetuados espontaneamente:

- a) os prazos dos contratos de afretamento celebrados com pessoas vinculadas divergiam daqueles objeto de contratos firmados com pessoas não vinculadas, o que, se não ajustados, distorceria a razão entre a taxa diária de afretamento e o valor de reposição da plataforma (índice de comparação empregado espontaneamente pelo contribuinte no método PIC); e
- b) a taxa interna de retorno dos investimentos efetuados pelas proprietárias das plataformas objeto dos contratos de afretamento utilizados pela autuada como parâmetros (grupos econômicos SBM, SAIPEN, MODEC e TEEKAY).

Diante de tais inconsistências, o autuante recalculou os preços-parâmetro, concluindo pela necessidade de promover ajuste de ofício da ordem de R\$ 437.809.461,04. Com isso, foram reduzidos o prejuízo fiscal (IRPJ) e a base de cálculo negativa (CSLL) do período.

Para aplicação da taxa interna de retorno, aquela autoridade entendeu por bem tomar a média ponderada do índice ROACE (Return on Average Capital Employed<sup>2</sup>) de cada fretador independente. Tal índice de desempenho de investimentos, segundo o autuante, é *largamente utilizado pelas indústrias de capital intensivo, tais como as do ramo do petróleo, e basicamente reflète a capacidade de uma empresa obter retorno sobre o capital que emprega.*

O mencionado índice foi obtido/calculado a partir de informações disponibilizadas ao mercado e à United States Securities and Exchange Commission (“SEC”) em demonstrações financeiras consolidadas das não vinculadas (SBM, SAIPEN, MODEC e TEEKAY).

<sup>2</sup> Em tradução livre, Retorno sobre o Capital Médio Empregado.

Regularmente notificada da autuação, o contribuinte a impugnou. Valho-me de excertos da decisão de primeira instância, nos quais se resumem as alegações e os pedidos apresentados pela autuada:

A defesa requereu a declaração de nulidade dos autos de infração, pois lavrados sem a demonstração da origem das premissas que embasaram os ajustes nos cálculos dos preços parâmetros, sem a demonstração das referências e justificativas para a introdução de elementos novos ao cálculo. Em síntese, não houve a apresentação de qualquer fonte documental e racional mais elaborado que permitisse à defesa refutar os elementos utilizados no procedimento fiscal, para a alteração dos valores ajustados.

Argumentou não ter havido estudo dos contratos analisados, perícia técnica nem ajuste demonstrativo das condições favoráveis de mercado na contratação das plataformas das empresas SBM, SAIPEM, MODEC e TEEKAY pela Petróleo Brasileiro S.A. Ao fim, a ausência das comprovações necessárias aos ajustes ocasionou vício material em lançamento baseado em meras presunções, sem o respaldo legal e probatório, e cerceamento do direito de defesa, pela ausência de motivação dos atos praticados.

Acrescentou que o cerceamento de defesa está evidenciado no déficit probatório para modificar o cálculo do preço-parâmetro e no emprego da técnica *per relationem*, valendo-se de mera transcrição da resposta da consorciada-líder retirada do contexto. Isto não permitiu o contraditório adequado, no que o direito comparado denominou *hearsay rule* (quando o julgador reporta-se à fala de terceiros não arrolados no feito). Trata-se de vício insanável, de prova imprestável, apta a conduzir para a conclusão da nulidade do lançamento.

Depois das preliminares, considerou ilegal o arbitramento por critérios não previstos na legislação (art. 148 do Código Tributário Nacional). Para tanto, seria necessária a demonstração expressa e exaustiva da omissão nas respostas da impugnante ou da imprestabilidade destas.

No mérito, elaborou a respeito do mercado de FPSO e sua precificação, especificamente a exposição do operador no contrato de arrendamento que é a taxa diária multiplicada pelo tempo de contrato, a metodologia de cálculo para obtenção da taxa média aritmética ponderada de retorno, o parâmetro de confiabilidade, e a constatação de que os preços praticados eram inferiores aos preços parâmetros.

Discordou da conclusão da autoridade tributária de que a razão entre a taxa diária paga pelo afretamento e o valor de reposição necessariamente variaria em função dos prazos originais dos contratos e que essa variação seria diretamente proporcional a esse prazo exclusivamente, pois isto obrigaria que todos os contratos de afretamento obtivessem 100% do retorno esperado durante o prazo inicial do contrato (7 a 9 anos), desconsiderando a realidade do setor econômico da impugnante.

Considerou como os equívocos mais relevantes a recuperação do investimento de uma FSPO não ocorrer no prazo inicial de afretamento e a utilização do ROACE como indicador da taxa de retorno. Entendeu que, justamente em função das características da embarcação, é fora da realidade presumir que os construtores de um FPSO tenham o retorno de seus vultosos investimentos no prazo inicial dos contratos de afretamentos. Entretanto, os contratos de afretamento não preveem prazos esperados para a exploração do campo de petróleo, em razão da capacidade de produção do campo não atender à expectativa inicial ou da variação do valor do barril de petróleo, em resumo, de riscos de longo prazo. Por essa razão, os contratos de afretamento preveem cláusulas de reajustes.

Entendeu que a autoridade tributária introduziu ao cálculo elementos incompatíveis com o racional econômico dos contratos de afretamento e não previstos na legislação de regência, nem se desincumbiu do ônus de demonstrar as razões pelas quais entendeu que os preços parâmetros apresentados pela impugnante não deveriam subsistir.

Realizou mais críticas à metodologia da fiscalização, tais como a desarrazoada crença de que o retorno do investimento ocorra na vigência do contrato de afretamento original com a conclusão de que os prazos contratuais dos instrumentos utilizados como comparáveis, após as renovações, e aqueles entre as partes relacionadas, são bastante semelhantes, não sendo necessário, ou mesmo justificável do ponto de vista econômico qualquer ajuste de comparabilidade. Além do mais, apontou que a fiscalização ignorou o conceito de *switching costs*, o custo de transação para alteração de um determinado ativo ou insumo por outro pelo cliente final.

Criticou o ROACE usado para obter a taxa de retorno das empresas independentes, por entender desnecessária, porque a taxa de afretamento praticada e as selecionadas como parâmetro já são comparáveis. Trouxe o Processo 16682.721322/2021-37, que decidiu contrariamente ao índice, e pleiteou a nulidade dos autos dada a desproporcionalidade entre a taxa de retorno de investimento de 3,33% e, em comparação, os títulos da dívida pública brasileira.

Criticou ainda o ROACE pelo período eleito pela fiscalização, de 2010 a 2018, contrário ao que determina o inc. II e § 2º do art. 11 da Instrução Normativa RFB 1.312/2012.

Explicou ainda que o ROACE é uma métrica de desempenho que procura identificar quando uma empresa pode alavancar sua estrutura de capital para gerar lucro, e é útil para medir o retorno sobre o patrimônio líquido e a dívida e para comparar a lucratividade de empresas com diferentes estruturas de capital. Entretanto, pode acarretar distorções relevantes caso ignoradas as diferenças de classificação do passivo de longo prazo e passivo circulante, entre práticas contábeis e até entre ramos de atuação. Ao fim, ainda que possível a utilização do ROACE, sua utilização a partir de dados consolidados de balanço, que envolvem

negócios distintos e em diferentes regiões do planeta, sem cuidado para neutralizar os efeitos de outras áreas de atuação torna o referido índice inaplicável para a finalidade de comparabilidade.

Diferenciou *leasing* financeiro, conceituado no art. 5º da Resolução Bacen nº 2.309/96 e que converge à operação de compra e venda, de *leasing* operacional, no art. 6º da mesma Resolução e que converge à locação. No caso concreto, defendeu que os contratos de arrendamento têm natureza de *leasing* operacional, pois não há qualquer previsão de aquisição dos FPSO ao término dos contratos, e se equiparam à locação, visto que a utilização dos ativos de terceiros é remunerada a uma taxa diária. Ou seja, considerar o retorno integral do investimento no contrato implica dizer que o ativo está sendo adquirido pelo cliente, o que não é o caso. Além do mais, tampouco poderia a impugnante participar de *leasing* financeiro, por óbice do Repetro, regulamentado pela Instrução Normativa RFB nº 1.415/2013.

Antes da conclusão, sintetizou a impugnação nos termos declinados: *a) a fiscalização, não obstante a efetiva demonstração de que a impugnante procedeu ao cálculo do preço parâmetro seguindo a metodologia do PIC, realizou ajustes adicionais de comparabilidade incompatíveis com a forma de precificação do mercado de FPSO; b) os comparáveis utilizados pela Consorciada-Líder e pela impugnante eram suficientemente similares às transações testadas, não logrando a D. Autoridade Fiscal êxito em demonstrar distintamente; c) as premissas adotadas pela D. Autoridade Fiscal não se sustentam, tendo em vista que os ajustes de comparabilidade com a (i) proporcionalização pelo prazo contratual inicial dos comparáveis e (ii) aplicação de taxa de retorno em função de ROACE não só são incompatíveis com a lógica de mercado de FPSO, mas também não encontram fundamento nos fatos.*

Depois, requereu: *a) preliminarmente, o reconhecimento da existência de nulidade do auto de infração em função do claro cerceamento de defesa impingido à impugnante, também em função de arbitramento ilegal da base de cálculo do IRPJ e da CSLL a que procedeu a Fiscalização, de modo a anular o auto de infração lavrado em face do impugnante; b) em relação ao mérito, seja a presente impugnação inteiramente provida para o fim de determinar o cancelamento do auto de infração, tendo em vista que: i. o trabalho desempenhado pela D. Autoridade Fiscal ignora a lógica específica do mercado de afretamento de FPSO; ii. restou demonstrado que a impugnante seguiu rigorosamente a metodologia prescrita pelo PIC constante dos artigos 8º, 9º e 10º da Instrução Normativa n. 1.312/2012, não havendo a D. autoridade Fiscal logrado êxito em fazer prova do contrário; iii. os ajustes de comparabilidade promovidos pela fiscalização são absolutamente inadequados e simplistas, a saber: i. proporcionalização da taxa diária pelo tempo prazo contratual, fundado na premissa equivocada de retorno do investimento (Capex) dentro do prazo inicial do contrato; ii. introdução de índice econômico (i.e., ROACE) incompatível com a precificação de FPSO e sem previsão legal; e iv. a lógica de *leasing**

*financeiro aplicada à precificação do afretamento de FPSO é inadequada, na medida em que se trata, em verdade, de leasing operacional, sendo inclusive à Impugnante vedado a pactuação daquele, em virtude das regras tributárias a que faz jus (i.e., Repetro).*

A 4ª Turma da Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil 03 decidiu pela improcedência da impugnação, tendo o Acórdão nº 103-012.910 recebido a ementa a seguir:

**Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ**

Ano-calendário: 2017

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

O atendimento aos preceitos estabelecidos no Código Tributário Nacional, a presença dos requisitos do Processo Administrativo Fiscal e a observância do contraditório e do amplo direito de defesa do contribuinte afastam a hipótese de nulidade do lançamento.

ARBITRAMENTO DO LUCRO E AJUSTE DE SIMILARIDADE. INSTITUTOS DISTINTOS.

O arbitramento do lucro como forma de apuração dos resultados não se confunde com o ajuste de similaridade de Preços de Transferência.

ACÓRDÃOS DO CARF E DECISÕES JUDICIAIS. VALIDADE NO JULGAMENTO ADMINISTRATIVO.

Os acórdãos proferidos pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais não se constituem, por si só, entre as normas complementares contidas no Código Tributário Nacional e não vinculam as decisões da autoridade julgadora, e, assim como as decisões judiciais, restringem-se aos casos julgados e às partes que figuram no processo judicial que resultou a decisão.

PRAZO CONTRATUAL COMO ELEMENTO DE AJUSTE DE OFÍCIO. PROCEDÊNCIA.

O prazo contratual é elemento inerente às condições do negócio, nos termos do caput do art. 9º da IN RFB 1312/2012, pois integra a lógica de mercado do ganho em escala, podendo, dessa forma, ser utilizado no cálculo do ajuste do preço de transferência com o fim de trazer similaridade na comparação com os contratos praticados.

TAXA INTERNA DE RETORNO PELO ÍNDICE ROACE DE GRUPO ECONÔMICO E EMPRESAS COM DIVERSIDADE DE ATIVIDADES. APLICABILIDADE.

É aplicável o índice ROACE para o ajuste de similaridade objeto do presente processo, mesmo que tal índice se baseie em todas as operações comerciais das empresas dos contratos parâmetro, e não só especificamente naquela cuja similaridade deve ser ajustada.

TAXA INTERNA DE RETORNO PELO ÍNDICE ROACE DE ANO POSTERIOR AO AUTUADO. INAPLICABILIDADE.

Inaplicável para ajuste de similaridade a utilização de valores, dados e índices (no caso o ROACE) de anos-calendário posteriores ao autuado, porque não conhecidos quando do ajuste obrigatório efetuado pela contribuinte.

Ciente daquela decisão, o contribuinte recorreu ao CARF no trintídio legal, renovando os argumentos da impugnação. Requer que seja preliminarmente reconhecida a nulidade dos autos de infração e, no mérito, postula pelo cancelamento da autuação. Subsidiariamente, pede pela conversão do julgamento em diligência, formulando quesitos.

É o Relatório.

## VOTO

Conselheiro **Fernando Beltcher da Silva**, Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, pelo que dele conheço.

### **PRELIMINAR DE NULIDADE**

O contribuinte suscita a nulidade dos autos de infração, por suposto cerceamento do direito de defesa, já que a autoridade fiscal não teria motivado os ajustes que implementara nos cálculos dos preços-parâmetro, especialmente no que toca à premissa da relação direta entre a taxa de retorno dos FPSOs e os prazos originais dos quatro contratos tidos por referência.

Tal alegação não procede.

Após a coleta de dados e de documentos junto ao contribuinte e à líder dos consórcios (PETROBRAS), a autoridade fiscal lavrou o Termo de Intimação nº 3, dando conta de suas conclusões acerca dos cálculos efetuados pela então fiscalizada e abrindo espaço para manifestação (grifos nossos):

A construção de cada plataforma a ser afretada é realizada considerando as características do local de exploração, como a profundidade, a existência de pré-sal, o tipo de óleo, a presença de gás etc. E, **como transações específicas que são, o construtor/proprietário considera na precificação do afretamento da plataforma o retorno esperado de seu investimento no prazo inicialmente contratado. Destarte, para um mesmo investimento, a taxa diária a ser paga em um contrato de afretamento de, por exemplo, 10 anos será logicamente maior do que a taxa diária a ser paga num contrato de 20 anos**, de modo a que seja possível ao proprietário da plataforma efetivamente recuperar o valor investido.

E, nos cálculos apresentados pela fiscalizada, não foram considerados os efeitos dos diferentes prazos de afretamento acordados nos contratos comparados. Por conseguinte, **faz-se necessária a realização de ajustes nos preços parâmetros por ela apurados, nos termos em que determinam os arts. 9 e 10 da IN RFB**

**1.312/2012**, de modo a que se leve em consideração os efeitos dos diferentes prazos de cada afretamento contratado.

Para a realização desses ajustes, constata-se ainda que os prazos a serem considerados devem ser aqueles acordados nos contratos principais inicialmente firmados com as sociedades responsáveis pelo investimento e construção das plataformas, haja vista que **é o contrato inicialmente firmado que efetivamente reflete o valor da receita esperada com o afretamento, reflete o retorno do investimento efetuado pelo proprietário da plataforma**. Os aditivos contratuais feitos com o passar do tempo buscam apenas adequar as particularidades ocorridas na história de operação de cada plataforma, como neles se pode verificar, e assim sua consideração implicaria equivocadas distorções em qualquer tentativa de comparação.

O que serviu de suporte aos ajustes concernentes aos prazos foram os contratos de afretamento apresentados no curso do procedimento fiscal e os esclarecimentos tomados das partes (fiscalizada e empresa líder do consórcio), não subsistindo o argumento de que “não há qualquer documento comprobatório, juntado pela D. Autoridade Administrativa, que justifique o seu embasamento para desconstituir o cálculo realizado pela RECORRENTE”.

O atuante agiu com diligência e absoluta transparência, oportunizando à fiscalizada espaço para contrarrazoar a motivação expressamente contida no referido termo, ou, se assim preferisse, adotar outro método que lhe fosse mais conveniente.

A propósito da suposta ausência de respaldo legal para o ajuste a tal título realizado pelo atuante, vê-se que o método PIC foi estabelecido pela Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que em seu art. 18, vigente à época dos fatos, assim rezava (grifou-se):

Art. 18. Os custos, despesas e encargos relativos a bens, serviços e direitos, constantes dos documentos de importação ou de aquisição, nas operações efetuadas com pessoa vinculada, somente serão dedutíveis na determinação do lucro real até o valor que não exceda ao preço determinado por um dos seguintes métodos:

I - Método dos Preços Independentes Comparados - PIC: definido como a **média aritmética ponderada dos preços de bens**, serviços ou direitos, **idênticos ou similares**, apurados no mercado brasileiro ou de outros países, em operações de compra e venda empreendidas pela própria interessada ou por terceiros, em **condições de pagamento** semelhantes;

Referido método encontrava disciplinamento na Instrução Normativa RFB nº 1.312, de 28 de dezembro de 2012, cujo art. 9º, em linha com o dispositivo legal citado, expressamente invocado pelo atuante, era claro ao alertar para a **necessidade de serem minimizados os efeitos das diferentes condições de negócio sobre os preços a serem comparados** (grifou-se):

Art. 9º Os valores dos bens, serviços ou direitos **serão ajustados** de forma a **minimizar os efeitos** provocados sobre os preços a serem comparados, por **diferenças nas condições de negócio**, de natureza física e de conteúdo.

Digo ser evidente que os prazos contratuais se incorporam às condições de negócio e, sim, afetam os preços-parâmetro levados à comparação com os praticados com pessoas vinculadas, como bem demonstrado pela autoridade fiscal no Termo de Verificação Fiscal:

Diante de todo o exposto, e mantido o método de apuração de preços de transferência eleito pela fiscalizada (método dos Preços Independentes Comparados – PIC), a Fiscalização constatou a necessidade de realização dos seguintes procedimentos para fins de ajustar o preço parâmetro calculado ao disposto na legislação de regência:

[...]

2) Apuração da razão entre as taxas de afretamento dos contratos comparados quando considerados os diferentes prazos acordados nesses contratos. O objetivo do cálculo que será aqui demonstrado é obter um índice de ajuste à razão entre a taxa diária de afretamento e o valor de reposição (índice de comparação empregado pela fiscalizada), mas que incorpore as diferenças entre os prazos contratuais e a taxa de retorno do ativo."

Comparar contrato de prazo x com outro de prazo y (sem o devido ajuste) é colocar, frente a frente, usando expressão empregada pela Recorrente, banana e maçã.

Os fundamentos da autuação, antecipados pelo autuante no decorrer do procedimento, constam igualmente do TVF.

Cumulativamente, a Recorrente se insurge contra o uso de esclarecimentos prestados pela PETROBRAS sem que se desse espaço para o "contraditório", resumidamente nesses termos:

42. Analisando-se o TVF anexo ao auto de infração, salta aos olhos da RECORRENTE o fato de que todo o racional construído para desconstituição do cálculo do preço-parâmetro partiu da interpretação do Ilmo. Sr. Auditor Fiscal da resposta produzida pela Petrobras (Consociada-Líder) em sua literalidade. Diz-se interpretação literal das explicações, na medida em que (i) encontram-se desacompanhadas de documentação ou cálculos anexos comparáveis e (ii) parecem ter sido retiradas de contexto.

43. Em matéria de direito processual probatório, tais mecanismos de prova – além de fundada em um único e exclusivo relato de terceiro não integrante dos presentes autos – acabam por não permitir o adequado contraditório, na medida em que cabe ao acusado (aqui, a RECORRENTE) buscar refutar a interpretação feita da fala de terceiros e/ou desconstituir os seus fundamentos sem a dialética necessária na dinâmica das provas.

44. Em direito comparado, trata-se da chamada “Hearsay Rule” em que determinado julgador se reporta à fala de terceiros quando estes terceiros não se encontram arrolados no feito para o contraditório. Diz-se *hearsay*, na medida em que acaba por gerar um elemento probatório baseado no *ouvi dizer*, neste caso por parte da fiscalização.

O racional da Fiscalização não partiu de fofocas, de “ouvi dizer”, mas de informações prestadas em procedimento formal de diligência fiscal, no curso do qual se espera que a parte coopere no esclarecimento dos fatos, com denodo e boa fé. E a parte, no caso, era, nada mais, nada menos, a líder dos consórcios dos quais tomou parte a Recorrente. Vale ressaltar que foi a PETROBRAS, na qualidade de líder, quem firmou os contratos de afretamento das FPSOs.

A despeito disso, o autuante apresentou os fatos à fiscalizada no referido Termo de Intimação nº 3, demonstrando estar aberto ao republicano diálogo durante a ação fiscal:

A empresa líder dos consórcios responsáveis por estes afretamentos, a Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras, dos quais a fiscalizada faz parte, e que conforme cláusula contratual é a responsável pela condução das operações e a representação do Consórcio perante terceiros, quando intimada a esdarecer a metodologia e os critérios utilizados no cálculo do preço parâmetro, esclareceu o seguinte:

[...]

A partir dos esclarecimentos prestados, depreende-se, portanto, que o conjunto de características específicas de cada plataforma afretada está refletido no montante investido em sua construção pelos respectivos proprietários das mesmas e que este montante, por sua vez, guarda relação com:

[...]

Assim de plano se constata que, considerada a metodologia apresentada pela empresa líder, a razão entre a taxa diária paga pelo afretamento das plataformas e o valor de reposição das mesmas (ativo investido) necessariamente variará em função dos prazos dos afretamentos contratados.

Tais assertivas foram reproduzidas no TVF.

Ainda que a Recorrente viesse a demonstrar que as informações prestadas pela PETROBRAS foram retiradas do contexto pelo autuante (*parecem ter sido retiradas de contexto*), o que não demonstrou, isso não faria com que a autuação fosse declarada nula por cerceamento do direito de defesa, restringindo-se, na hipótese aventada, a questão de mérito.

Ademais, salvo especificidades legais/normativas, de modo algum infringidas pelo autuante, o direito ao contraditório e à ampla defesa somente se instaura com a apresentação de impugnação ao lançamento (Súmula CARF nº 162), o qual pode se dar, inclusive, sem prévia intimação ao sujeito passivo (Súmula CARF nº 46).

Rejeito, então, a preliminar suscitada, pois a mera irresignação não dá azo à declaração de nulidade da autuação fiscal.

### **MÉRITO**

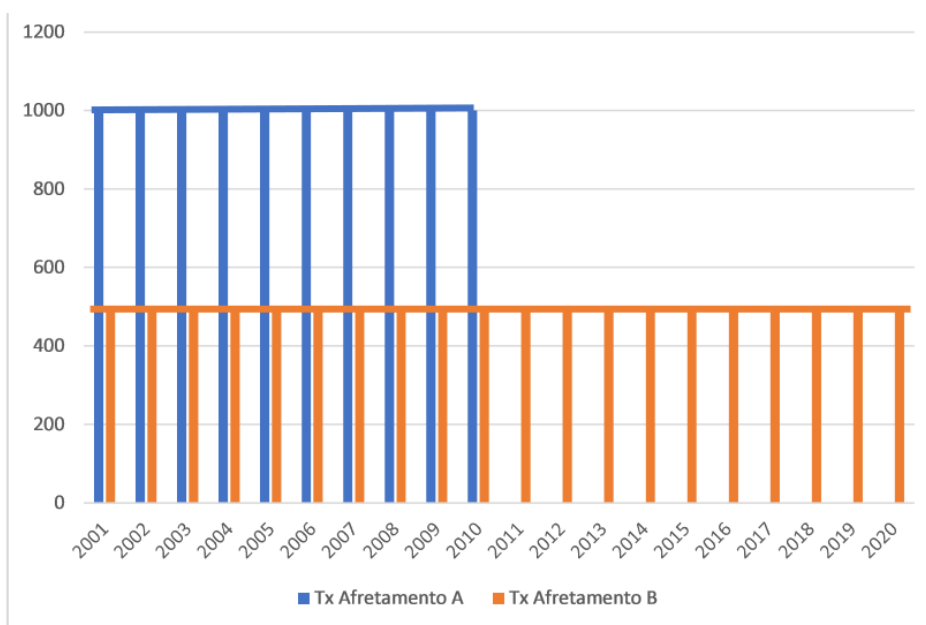
De plano, dentre todas as questões **não** controvertidas, ou seja, em que houve consenso entre o autuante e a Recorrente, destaco que as transações desta com parte vinculada não residente eram de obrigatória subsunção às regras de preços de transferência, sendo **completamente irrelevante** o fato de as despesas com afretamentos serem incorridas no bojo de consórcios dos quais tomou parte a SHELL.

Dito isso, aprecio o mérito do recurso.

#### Ajustes decorrentes dos diferentes prazos contratuais de afretamento

A linha adotada pelo autuante foi a de que a taxa diária de afretamento de uma plataforma varia a depender do valor de reposição do bem (geralmente representado pelo capital que as empresas investem/gastam para adquirir/produzir seus ativos - CAPEX<sup>3</sup>) e do prazo original do contrato, pois a produção de cada FPSO levaria em consideração as especificidades dos campos de extração de petróleo e/ou gás a que se destinariam e das atividades a serem desenvolvidas. As eventuais prorrogações do contrato seriam opcionais.

Na figura colacionada a seguir, o autuante ilustrou que para o retorno do mesmo investimento (figuras de mesma área, mas de formatos distintos), se o prazo se altera, a taxa diária de afretamento também, numa relação inversamente proporcional:



A PETROBRAS, ao firmar os contratos com os proprietários das FPSOs (no exercício da liderança dos consórcios), tomou para si a premissa de que o valor da taxa diária de

<sup>3</sup> Capital Expenditure.

afretamento corresponderia ao retorno do investimento esperado pelo fretador no prazo pré-acordado (grifos nossos):

O objeto dos contratos de afretamento é o direito de uso das embarcações e não as embarcações por si só. **O conjunto de características e especificidades de cada embarcação já está refletido no valor investido pelo afretador** durante a construção. A capacidade de produção e outras especificidades são inerentes à tecnologia da embarcação construída e das facilidades sobre ela adicionadas. **O contrato de afretamento considera essas variáveis através do valor investido** na construção da plataforma.

Outrossim, **o valor da taxa diária guarda relação entre o valor investido pelo proprietário da embarcação**, remunerado a uma taxa esperada de retorno sobre o investimento, que por sua vez não mantém relação direta com o resultado da produção de óleo e gás natural pelo uso do equipamento. O valor da taxa diária cobrado é baseado na colocação da embarcação com suas características técnicas à disposição do afretador durante um **tempo pré-acordado**. **O fretador levará este prazo do contrato em consideração em relação ao retorno esperado sobre o investimento**.

Cabe uma natural reflexão.

PETROBRAS, parte independente dos fretadores e que visa ao lucro, contratou os afretamentos a taxas diárias que refletiriam o retorno dos valores investidos aos proprietários nos prazos inicialmente ajustados, incorrendo, junto com as demais consorciadas, ou isoladamente, em despesas nesta ordem de grandeza e neste padrão de contratação, seja com vinculadas da Recorrente, seja com não vinculadas da Recorrente.

Ao se cotejar transações objeto de prazos distintos, **há que se levantar corretamente a taxa diária de afretamento que serviria de parâmetro**, sob pena de desvirtuar o propósito de adequadamente retornar o capital investido na construção da plataforma ao fretador em cada prazo previamente estipulado e, conseqüentemente, distorcer a razão entre a taxa diária de afretamento e o valor de reposição da plataforma (volto a dizer, “índice” adotado pela atuada).

Dito de outro modo, se a taxa diária de afretamento num contrato “xyz”, firmado pelo consórcio com parte independente pelo prazo de um ano, foi estipulada em US\$ 100.00, para que se retornasse o investimento efetuado pelo proprietário da embarcação, da ordem de US\$ 36,500.00, tal taxa não pode ser nessa proporção confrontada com outra, de outro contrato, com prazo estipulado por, hipoteticamente, dois anos. Há que se ajustar a taxa-parâmetro em razão do prazo do contrato celebrado com parte vinculada para se encontrar a correta relação entre a taxa e o CAPEX de referência.

Nesse contexto, a Recorrente refuta a decisão recorrida:

72. Novamente não se nega a complexidade do tema objeto dos presentes autos, o que parece ter também prejudicado a compreensão da DRJ03. Mesmo sendo

um tema difícil, é possível concluir que o retorno total do investimento feito para a construção do FPSO não ocorre em 7 ou 9 anos como adotado indevidamente para fins do lançamento ora combatido, especialmente tendo em vista que o prazo de vida útil de um FPSO gira em torno de 20 a 30 anos.

73. Importante responder a uma pergunta legítima: se esse período não é suficiente para gerar o retorno esperado, por que o prazo inicial desses contratos é tão curto? A resposta para essa questão é relativamente simples. Quando os contratos são celebrados, não é possível ter certeza sobre a capacidade de extração de petróleo do bloco ou dos blocos explorados pelo mesmo contratante e que são compatíveis com o FPSO.

74. De modo a dividir esse risco (inviabilidade da extração de petróleo pelo uso do FPSO) proprietário e arrendatário aceitam contratar um prazo mínimo de afretamento, prorrogável. E, na prática, a renovação desses contratos de afretamento é a regra e não a exceção, como ocorrido in casu. Tanto é verdade que os contratos selecionados como parâmetro foram recorrentemente renovados e prorrogados, como se vê pela planilha abaixo elaborada pela Petrobras (Consoviada-líder), estendendo por um prazo muito compatível com o das Operações Praticadas.

Há falhas na argumentação da Recorrente.

Primeiro, os laudos apresentados afirmam que a vida útil das FPSOs, cujos afretamentos serviram de parâmetro, seria de 15 anos, e o prazo total dos contratos (considerados os aditivos) teria atingido, no máximo, 16 anos, o que não afastaria a problemática da divergência com os prazos dos contratos iniciais firmados com pessoas vinculadas à Recorrente (em geral, 20 anos).

Segundo, em toda atividade há riscos e quase nunca certezas. Há risco, em menor ou maior extensão, em todos os aspectos da vida. Em qualquer contrato que se preze, de qualquer natureza/objeto, os riscos são, ainda que minimamente, mensurados e divididos na proporção do poder de barganha/imposição das partes.

Terceiro, sendo equivocada a premissa adotada pela PETROBRAS, e mesmo assim tendo aceito remunerar o fretador integralmente pelo capital por esse investido na construção do FPSO em tão “curto” período (7 a 9 anos, nos contratos-parâmetro), restaria o sobrepreço na contratação e a lesão aos investidores nos desembolsos de caixa.

Há evidente lógica no ajuste a tal título empreendido pela autoridade fiscal.

Nessa linha, adoto como razões de decidir os fundamentos lançados pelo Conselheiro Wilson Kazumi Nakayama no Acórdão nº 1302-007.044 (grifos nossos):

Portanto, para apuração do preço parâmetro, a impugnante simplesmente aplicou a razão taxa diária/CAPEX fornecida pela Petrobrás em cada um dos FPSOs afretados perante a suas vinculadas no exterior e aqui analisadas (Cidade de São

Paulo, Cidade de Ilhabela e P-50), multiplicando a razão taxa diária/CAPEX pelo valor de reposição de cada uma das FPSOs.

**A Autoridade Fiscal constatou que as informações técnicas das embarcações afretadas pela impugnante e aqui analisadas (FPSOs Cidade de São Paulo, Cidade de Ilhabela e P-50) diferiam das embarcações utilizadas na comparação (FPSOs Capixaba, Cidade do Rio de Janeiro, Cidade de Vitória e Cidade de Itajaí) quanto a capacidade de produção, capacidade de armazenamento, lâmina d'água, grau do API do petróleo a ser retirado, existência de gás no poço, sistema de ancoragem, etc., e que as empresas operadoras dos campos que afretam as plataformas afirmam que as características e especificidades de cada embarcação está refletido no valor pago pelo afretamento.**

A Autoridade Fiscal concluiu que fretador (a empresa proprietária da embarcação) calcula o retorno sobre o investimento na construção das plataformas de acordo com o prazo, sem considerar os resultados da produção do óleo e gás decorrentes da utilização do bem afretado.

[...]

Assim, **entendo que seria possível utilizar-se da previsão contida no artigo 9º da Lei nº 9.430/96 para que se proceda a ajustes na metodologia de apuração do preço parâmetro utilizada pela Petrobrás e pelo sujeito passivo, que não consideraram os diferentes prazos dos contratos de afretamento.**

Em finanças, o retorno de um investimento depende do prazo e da taxa de retorno esperado pelo investidor.

Também não há dúvida [...] que ao realizar um investimento de grande monta, como no caso da construção de plataforma de exploração e produção de petróleo, **o construtor/proprietário da embarcação deve saber qual montante deverá investir, qual o prazo em que espera ver recuperado o seu investimento, e intimamente ligado a esse fator, qual a rentabilidade esperada. Portanto, ao assinar o contrato de afretamento, todos esses fatores já são do conhecimento do fretador.**

O que se viu no procedimento fiscal foi que o valor de reposição das FPSOs fora apresentado pela Recorrente (CAPEX), inclusive em laudos posteriores, e que tal monta, dadas as contratações entabuladas pela PETROBRAS, fora retornado aos proprietários das plataformas nos termos inicialmente contratados, via taxa diária de afretamento, sem que a Recorrente tenha levantado prova em contrário.

Assim, no tocante ao tema, nada há a reformar a decisão recorrida.

#### **Taxa interna de retorno - ROACE**

Os fundamentos da decisão de primeira instância indicam que aquele colegiado criticou o uso do índice ROACE dos períodos diversos de 2017, sendo esse o único e evidente

ponto de concordância com os correspondentes termos da impugnação. Contudo, entendeu-se que **tal erro da autoridade fiscal labutara em favor da atuada** (grifou-se):

Com relação ao interregno temporal, a autoridade tributária mal interpretou o art. 11 da Instrução Normativa RFB nº 1.312/2012, mas não provocou prejuízo, e sim benefício à impugnante.

O art. 11 estabelece limites temporais para a comparabilidade de preços. O inc. II indica que as operações utilizadas devem “corresponder a preços independentes realizados no mesmo ano-calendário das respectivas operações de importação sujeitas ao controle de preços de transferência”.

E, ainda, o § 2º do mencionado artigo preveja que, em caso de inexistência de preço independente no ano-calendário da importação “poderá ser utilizado preço independente relativo à operação efetuada no ano-calendário imediatamente anterior ao da importação”, ajustado pela variação cambial do período. Veja:

[...]

A regra é não permitir a comparação de preços independentes para além do ano das operações, estendendo-se o período (excepcionalmente) para, no máximo, o ano-calendário imediatamente anterior.

Em contraste, a metodologia da autoridade tributária, embora não seja a comparação direta com os preços de anos anteriores, importou a influência contábil de anos anteriores, através da média de percentuais pretéritos, atuais e futuros, abrangendo o período de 2011 a 2018. O que tem efeitos semelhantes e desvirtua a norma regente.

Contudo, **a inserção da variável em questão no interregno temporal dos autos não prejudicou a impugnante**, pois resultou na **adição**, ao lucro real, **de R\$ 437.809.461,04. Caso mantido só o ano-calendário 2017, em obediência à norma, o índice seria de 2,68% (em vez de 3,33%), e a adição ao lucro real de R\$ 468.095.105,14**, por exemplo. Se, noutra hipótese, fosse empregado apenas o ano-calendário 2016, o índice seria de - 0,85%, e a adição ao lucro real de R\$ 634.112.956,93.

Oportuno assinalar, por dever de lealdade, que participei do julgamento de recurso voluntário da mesma Recorrente em processo diverso (16682.721322/2021-37), alusivo aos fatos ocorridos em 2016. Reproduzo a ementa do respectivo Acórdão (1102-001.360):

**Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ**

Ano-calendário: 2016

PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA. APURAÇÃO DO PREÇO PARÂMETRO BASEADA EM PERÍODOS DIVERGENTES DO ANO-CALENDÁRIO DA AUTUAÇÃO. IMPRESTABILIDADE DO MÉTODO. VEDAÇÃO IMPOSTA PELA LEGISLAÇÃO.

A utilização do índice ROACE (Return on Average Capital Employed) de terceiros para aferir taxa média de investimentos que integrem a apuração de preços de

transferência baseado no método de Preços Independentes Contratados (PIC) só é admitida quando a comparação corresponder a preços independentes praticados no mesmo ano-calendário das respectivas operações de importação sujeitas ao controle de preços de transferência.

AJUSTE DE PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA BASEADO EM PREÇOS INDEPENDENTES COLETADOS DE TERCEIROS COM ATIVIDADES NÃO RELACIONADAS AOS CONTRATOS OBJETO DA AUDITORIA FISCAL. INADEQUAÇÃO DE DADOS PARA COMPARAÇÃO DE INFORMAÇÕES QUE PERMITAM ADEQUADAMENTE OBTER O PREÇO PARÂMETRO DO QUAL RESULTOU O AJUSTE.

Os preços independentes coletados de terceiros para obtenção de preço parâmetro médio de mercado e posterior comparação com preços praticados pelo contribuinte exige que estejam lastreados em informações de mesma grandeza econômica e vinculados ao mesmo tipo de contratação, não sendo possível utilizar dados relacionados a contratos com objetos diferentes daqueles comparados na autuação.

**Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário**

Ano-calendário: 2016

PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA. APURAÇÃO DO PREÇO PARÂMETRO BASEADA EM PERÍODOS DIVERGENTES DO ANO-CALENDÁRIO DA AUTUAÇÃO. IMPRESTABILIDADE DO MÉTODO. VEDAÇÃO IMPOSTA PELA LEGISLAÇÃO.

A utilização do índice ROACE (Return on Average Capital Employed) de terceiros para aferir taxa média de investimentos que integrem a apuração de preços de transferência baseado no método de Preços Independentes Contratados (PIC) só é admitida quando a comparação corresponder a preços independentes praticados no mesmo ano-calendário das respectivas operações de importação sujeitas ao controle de preços de transferência.

AJUSTE DE PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA BASEADO EM PREÇOS INDEPENDENTES COLETADOS DE TERCEIROS COM ATIVIDADES NÃO RELACIONADAS AOS CONTRATOS OBJETO DA AUDITORIA FISCAL. INADEQUAÇÃO DE DADOS PARA COMPARAÇÃO DE INFORMAÇÕES QUE PERMITAM ADEQUADAMENTE OBTER O PREÇO PARÂMETRO DO QUAL RESULTOU O AJUSTE.

Os preços independentes coletados de terceiros para obtenção de preço parâmetro médio de mercado e posterior comparação com preços praticados pelo contribuinte exige que estejam lastreados em informações de mesma grandeza econômica e vinculados ao mesmo tipo de contratação, não sendo possível utilizar dados relacionados a contratos com objetos diferentes daqueles comparados na autuação.

PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA. ERRO NA METODOLOGIA DO LEVANTAMENTO FISCAL QUE APURA PREÇO PARÂMETRO COM FUNDAMENTO EM CRITÉRIO

INADEQUADO, AFETANDO A BASE DE CÁLCULO DO LANÇAMENTO. NULIDADE MATERIAL RECONHECIDA.

É materialmente nulo o lançamento baseado em levantamento fiscal que apura o crédito tributário com base em critérios inadequados na formação do preço parâmetro tendente a justificar ajustes de preços de transferência, evidenciando-se erro de metodologia na composição da base de cálculo.

A validade do lançamento está condicionada à realização de atos administrativos pautados no cumprimento de regras jurídicas, não se admitindo que a administração tributária pretenda convalidar erros que colidam com o regular atendimento aos princípios da legalidade e estrita tipicidade.

Não é dado ao julgador corrigir lançamento tributário mal feito, inadmitindo-se validar auto de infração claramente maculado pela pecha de vício material que decorra de inadequada composição da base de cálculo do tributo.

O erro de metodologia do levantamento fiscal macula integralmente o lançamento do crédito tributário em seu aspecto elementar, verdadeiramente substancial, tratando-se de vício insanável do qual resulta nulidade material do auto de infração. Se, por um lado, é verdade que não há nulidade sem prejuízo (“pas de nullité sans grief”), por outro, só não há prejuízo quando se pretende convalidar erros instrumentais simples, desde que seja dado ao contribuinte exercitar sua defesa plenamente e condicionado ao fato de que o equívoco procedimental não gere embaraço ao devido processo legal.

A imprestabilidade de atos administrativos de matriz tributária decorre da ausência de comprovação fenomênica dos elementos essenciais da hipótese normativa, de inadequada indicação da matéria tributável que subjaz à respectiva pretensão fazendária, do incorreto cômputo do quanto devido, e/ou da errônea atribuição de sujeição obrigacional passiva e ativa dos titulares de direitos e obrigações. Quaisquer dessas pechas destrói o lançamento e o torna inservível aos fins a que se destina, por ausência de legalidade que justifique validá-lo.

É dever do julgador administrativo tributário desconstituir o lançamento que seja praticado com inadequação da apuração dos elementos essenciais à constituição do crédito tributário, representados nos respectivos critérios material, temporal, espacial, quantitativo e pessoal da norma jurídica tributária, sem os quais se deve reconhecer a nulidade material ou improcedência dos autos de infração que desatendam a previsão legal.

Naquela ocasião, acompanhei o Ilustre Relator, Conselheiro Fredy José Gomes de Albuquerque, por entender que **a autuação fiscal restara prejudicada pelo completo afastamento do índice ROACE pelo colegiado de primeira instância**, pois a turma julgadora **a quo** entendera indevida a aplicação da taxa interna de retorno levantada com base em dados de períodos diversos da autuação fiscal e nos resultados consolidados das entidades independentes, sem individualização da atividade de fretamento de plataformas.

Referido órgão julgador, de piso, sequer se pronunciara sobre os efeitos da eliminação do ROACE no “Crédito Tributário Mantido” (Acórdão nº 107-015472, da 2ª Turma da Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil 07), não se podendo cogitar o restabelecimento do índice em sede de julgamento de recurso voluntário naquela assentada, tampouco aplicar outro que viesse a lhe fazer as vezes.

Tal questão revelou-se, a meu sentir, deveras relevante, dada a iliquidez daquela exigência, pois, tanto lá, como aqui, a desconsideração da taxa de retorno do investimento (ROACE) no levantamento dos preços-parâmetro *resultaria em exigência maior que a devida*<sup>4</sup>.

Encaminho o presente caso rumo a um desfecho distinto do anterior pronunciamento desta turma.

O argumento do autuante, com o qual pactuo, é que a desconsideração de uma taxa interna do retorno [do capital empregado por uma entidade] distorceria para menos<sup>5</sup> o preço-parâmetro, sabendo-se que, sob a perspectiva do contribuinte, quanto maior a tal taxa, mais elevado será o preço que servirá de comparabilidade com o praticado com parte vinculada não residente, exigindo-se, com isso, menor ajuste de adição à base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Mas, afinal, se é dever da autoridade fiscal agir com zelo, evitando autuações em montantes indevidos, que taxa deveria adotar?

O autuante justificou a adoção do ROACE e teceu suas considerações acerca do levantamento do índice consolidado para todas as atividades daquelas entidades independentes (grifos nossos):

A taxa interna de retorno adotada foi a equivalente à média ponderada do índice **ROACE** (Return on Average Capital Employed, em tradução livre, Retorno sobre o Capital Médio Empregado) das empresas proprietárias/construtoras das plataformas objeto dos contratos de afretamento utilizados pela fiscalizada como parâmetros e firmados com terceiros não vinculados (grupos econômicos SBM, SAIPEN, MODEC e TEEKAY) - que são também proprietárias/construtoras de várias outras plataformas afretadas pela empresa líder e em operação no país -, **o qual se trata de índice de desempenho de investimentos largamente utilizado pelas indústrias de capital intensivo**, tais como as do ramo do petróleo, e basicamente reflete a capacidade de uma empresa obter retorno sobre o capital que emprega.

O índice ROACE é obtido pela divisão do chamado EBIT (Earnings Before Interest and Taxes, em tradução livre, Lucro Antes dos Juros e Tributos) pela média do capital empregado (Ativo Total Médio – Passivo Circulante Total Médio) e já se encontra demonstrado nos Relatórios Anuais publicados pelos grupos econômicos SBM e SAIPEN em seus sites na internet. Para os demais – MODEC e TEEKAY – o índice foi calculado considerando-se os valores das variáveis que compõem (ativo total, passivo circulante total e lucros antes dos juros e impostos) constantes de

<sup>4</sup> Página 18 do TVF. Grifos nossos.

<sup>5</sup> Em regra, pois a tal taxa, por motivos diversos, pode ser negativa em determinado intervalo considerado.

seus respectivos relatórios Full Year Financial Results (Resultados Financeiros Anuais) e Form 20 F (Relatório econômico-contábil apresentado anualmente à SEC – United States Securities and Exchange Commission - Comissão de Títulos e Câmbio dos Estados Unidos).

Importa dizer que tal índice apurado nas demonstrações financeiras consolidadas foi escolhido justamente porque captura a diversidade de operações dos grupos construtores de plataformas cujo conjunto de atividades, entre elas, financiamento, marketing, vendas e prestação de serviços contribuem para a geração de valor. Observe-se no presente caso, que além do afretamento das unidades (Capex), os FPSO comparáveis também eram operados pelas mesmas empresas construtoras. Assim, tais atividades (serviços, financiamento e outros) não necessariamente alocadas à entidade que diretamente constrói a unidade, **contribuem para o retorno dos investimentos da atividade principal que é o negócio de alugar unidades/plataformas para operação em campos de óleo e gás.**

A Recorrente **não** controverte a afirmação do autuante quanto à **atividade principal** exercida pelas partes independentes (SBM, SAIPEN, MODEC e TEEKAY).

Irresigna-se, contudo, quanto aos períodos considerados pelo auditor-fiscal (argumentos já corretamente acolhidos pelo julgador **a quo**) e quanto ao uso do ROACE global, quando deveria, a seu sentir, ser levada em consideração apenas a eficiência de cada entidade na alocação de capital à atividade de construção/fretamento de FPSOs para gerar lucros.

Melhor refletindo, entendo descabida e despropositada a última alegação.

A uma, porque o emprego de capital em atividades secundárias/terciárias é, salvo prova em contrário, marginal.

A duas, porque tal índice toma por base o capital, cuja estrutura pode ser a mais variada possível, com maior ou menor nível de endividamento, enfrentando menor ou maior custo financeiro e/ou patrimonial, inviabilizando a terceiros, assim, a segregação de tais variáveis por atividade operacional desenvolvida.

A três, porque a Recorrente sequer prova nos autos que se encontravam disponíveis informações por segmento<sup>6</sup> das companhias não vinculadas.

A quatro, porque a outra referência para o levantamento do índice é o lucro antes dos juros e dos tributos – EBIT (*Earnings Before Interest and Taxes*), o qual **não é** influenciado por receitas/despesas financeiras e cujo impacto da performance (positiva ou negativa) em atividades secundárias/terciárias, salvo provadas contingências relevantes, tenderia a ser também marginal.

E a cinco, porque a Recorrente não prova que a adoção do ROACE global de cada entidade lhe trouxera algum prejuízo.

<sup>6</sup> A apresentação de informações por segmento é regulada, nos planos internacional e nacional, pela IAS 14 – Segment Report, pela IFRS 8 – Operating Segments e pelo CPC 22 – Informações por Segmento.

Ainda a respeito do índice, acrescento que a alocação de recursos nesse ou naquele empreendimento, nessa ou naquela aplicação financeira de menor risco e maior retorno etc, é decisão “interna corporis”.

A propósito, o ROACE, juntamente com a estrutura de capital (de maior ou menor grau de endividamento), é tido como elemento relevante na avaliação de investidores em alocar, ou não, recursos em empresas-alvo, servindo, ainda, de referência quanto à eficiência de cada companhia, especialmente quando confrontada com seus pares.

No caso concreto, mas sob outra perspectiva, o ROACE seria revelador do custo de oportunidade de alocação de capital na atividade de construção e fretamento de FPSO pela entidade, quando poderia empregá-lo em qualquer outra que melhor lhe conviesse.

Qualquer métrica diversa da adotada pelo autuante (e.g. desempenho das aplicações em títulos da dívida pública brasileira ou estadunidense, ou em ouro) seria questionável, eis que dissociada da peculiaridade de cada companhia, do quanto ela comprovada e objetivamente foi eficaz na busca por retorno sobre o capital empregado.

Assim, na esteira do que decidido em primeira instância, conluo pela manutenção do ROACE como elemento de ajuste, o qual inegavelmente concorreu para a acurada adição de despesas ao lucro real e à base de cálculo da CSLL.

### **DISPOSITIVO**

Ante o exposto, rejeito a preliminar de nulidade suscitada e, no mérito, nego provimento ao Recurso Voluntário.

É como voto.

*Assinado Digitalmente*

**Fernando Beltcher da Silva**

### **DECLARAÇÃO DE VOTO**

Conselheiro **Fredy José Gomes de Albuquerque**.

Em que pese o respeitável e bem fundamentado voto do Conselheiro Relator, dirijo dos fundamentos por ele utilizados quanto à análise de mérito, razão pela qual entendo necessário manifestar as razões que me levam a dar provimento ao Recurso Voluntário da contribuinte.

A matéria em questão já foi analisada por esse Colegiado em processo de minha relatoria, objeto do acórdão 1102-001.360, da sessão de 11 de junho de 2024. Tratava-se da

mesma matéria ora analisada, referente aos mesmos contratos e idêntica metodologia para quantificar o preço parâmetro objeto dos ajustes dos preços de transferência.

Na ocasião, entendi que a utilização do índice ROACE (*Return on Average Capital Employed*) de terceiros foi utilizado de modo inadequado pela administração tributária, conforme as razões resumidas na ementa do citado acórdão, que aqui transcrevo:

PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA. APURAÇÃO DO PREÇO PARÂMETRO BASEADA EM PERÍODOS DIVERGENTES DO ANO-CALENDÁRIO DA AUTUAÇÃO. IMPRESTABILIDADE DO MÉTODO. VEDAÇÃO IMPOSTA PELA LEGISLAÇÃO.

A utilização do índice ROACE (Return on Average Capital Employed) de terceiros para aferir taxa média de investimentos que integrem a apuração de preços de transferência baseado no método de Preços Independentes Contratados (PIC) só é admitida quando a comparação corresponder a preços independentes praticados no mesmo ano-calendário das respectivas operações de importação sujeitas ao controle de preços de transferência.

AJUSTE DE PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA BASEADO EM PREÇOS INDEPENDENTES COLETADOS DE TERCEIROS COM ATIVIDADES NÃO RELACIONADAS AOS CONTRATOS OBJETO DA AUDITORIA FISCAL. INADEQUAÇÃO DE DADOS PARA COMPARAÇÃO DE INFORMAÇÕES QUE PERMITAM ADEQUADAMENTE OBTER O PREÇO PARÂMETRO DO QUAL RESULTOU O AJUSTE.

Os preços independentes coletados de terceiros para obtenção de preço parâmetro médio de mercado e posterior comparação com preços praticados pelo contribuinte exige que estejam lastreados em informações de mesma grandeza econômica e vinculados ao mesmo tipo de contratação, não sendo possível utilizar dados relacionados a contratos com objetos diferentes daqueles comparados na autuação.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário Ano-calendário: 2016 PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA. APURAÇÃO DO PREÇO PARÂMETRO BASEADA EM PERÍODOS DIVERGENTES DO ANO-CALENDÁRIO DA AUTUAÇÃO. IMPRESTABILIDADE DO MÉTODO. VEDAÇÃO IMPOSTA PELA LEGISLAÇÃO.

A utilização do índice ROACE (Return on Average Capital Employed) de terceiros para aferir taxa média de investimentos que integrem a apuração de preços de transferência baseado no método de Preços Independentes Contratados (PIC) só é admitida quando a comparação corresponder a preços independentes praticados no mesmo ano-calendário das respectivas operações de importação sujeitas ao controle de preços de transferência.

AJUSTE DE PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA BASEADO EM PREÇOS INDEPENDENTES COLETADOS DE TERCEIROS COM ATIVIDADES NÃO RELACIONADAS AOS CONTRATOS OBJETO DA AUDITORIA FISCAL. INADEQUAÇÃO DE DADOS PARA COMPARAÇÃO DE INFORMAÇÕES QUE PERMITAM ADEQUADAMENTE OBTER O PREÇO PARÂMETRO DO QUAL RESULTOU O AJUSTE.

Os preços independentes coletados de terceiros para obtenção de preço parâmetro médio de mercado e posterior comparação com preços praticados pelo contribuinte exige que estejam lastreados em informações de mesma grandeza econômica e vinculados ao mesmo tipo de contratação, não sendo possível utilizar dados relacionados a contratos com objetos diferentes daqueles comparados na autuação.

PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA. ERRO NA METODOLOGIA DO LEVANTAMENTO FISCAL QUE APURA PREÇO PARÂMETRO COM FUNDAMENTO EM CRITÉRIO INADEQUADO, AFETANDO A BASE DE CÁLCULO DO LANÇAMENTO. NULIDADE MATERIAL RECONHECIDA.

É materialmente nulo o lançamento baseado em levantamento fiscal que apura o crédito tributário com base em critérios inadequados na formação do preço parâmetro tendente a justificar ajustes de preços de transferência, evidenciando-se erro de metodologia na composição da base de cálculo.

A validade do lançamento está condicionada à realização de atos administrativos pautados no cumprimento de regras jurídicas, não se admitindo que a administração tributária pretenda convalidar erros que colidam com o regular atendimento aos princípios da legalidade e estrita tipicidade.

Não é dado ao julgador corrigir lançamento tributário mal feito, inadmitindo-se validar auto de infração claramente maculado pela pecha de vício material que decorra de inadequada composição da base de cálculo do tributo.

O erro de metodologia do levantamento fiscal macula integralmente o lançamento do crédito tributário em seu aspecto elementar, verdadeiramente substancial, tratando-se de vício insanável do qual resulta nulidade material do auto de infração. Se, por um lado, é verdade que não há nulidade sem prejuízo (“pas de nullité sans grief”), por outro, só não há prejuízo quando se pretende convalidar erros instrumentais simples, desde que seja dado ao contribuinte exercitar sua defesa plenamente e condicionado ao fato de que o equívoco procedimental não gere embaraço ao devido processo legal.

A imprestabilidade de atos administrativos de matriz tributária decorre da ausência de comprovação fenomênica dos elementos essenciais da hipótese normativa, de inadequada indicação da matéria tributável que subjaz à respectiva pretensão fazendária, do incorreto cômputo do quanto devido, e/ou da errônea atribuição de sujeição obrigacional passiva e ativa dos titulares de direitos e obrigações. Quaisquer dessas pechas destrói o lançamento e o torna inservível aos fins a que se destina, por ausência de legalidade que justifique validá-lo.

É dever do julgador administrativo tributário desconstituir o lançamento que seja praticado com inadequação da apuração dos elementos essenciais à constituição do crédito tributário, representados nos respectivos critérios material, temporal, espacial, quantitativo e pessoal da norma jurídica tributária, sem os quais se deve

reconhecer a nulidade material ou improcedência dos autos de infração que desatendam a previsão legal.

Naquela ocasião, a solução do colegiado ao caso concreto revelou a inutilidade do método comparativo, tendo sido decretada a nulidade material do lançamento, resultado prático idêntico ao provimento do Recurso Voluntário, caso se adentre à análise de mérito, como ora proponho.

Valho-me das razões de decidir objeto da análise anterior para manifestar minha divergência do ilustre Conselheiro Relator quanto ao mérito em questão, a saber:

01. Importa registrar o que o citado índice ROACE foi utilizado pelo TVF para identificar a taxa média de retorno dos investimentos efetuados pelas proprietárias das embarcações afretadas. Tal taxa de retorno equivale à média ponderada do índice ROACE (*Return on Average Capital Employed* – Retorno sobre Capital Médio Empregado) das empresas proprietárias/construtoras das plataformas que realizam contratos de afretamento e que firmam contratos com terceiros não vinculados (grupos econômicos SBM, SAIPEN, MODEC e TEEKAY)

02. O índice ROACE é resultado da divisão do EBIT (*Earnings Before Interest and Taxes* - Lucro Antes dos Juros e Tributos) pela média do capital empregado (Ativo Total Médio – Passivo Circulante Total Médio), tendo sido coletados a partir dos Relatórios Anuais publicados pelos grupos econômicos SBM e SAIPEN. Quanto aos grupos econômicos MODEC e TEEKAY, a fiscalização calculou o índice considerando os dados constantes de seu ativo total, passivo circulante total e lucros antes dos juros e impostos, os quais constam dos relatórios *Full Year Financial Results* (Resultados Financeiros Anuais) e *Form 20 F* (relatório econômico-contábil apresentado anualmente à SEC – *United States Securities and Exchange Commission* - Comissão de Títulos e Câmbio dos Estados Unidos).

03. Assim, o Fisco utilizou dos dados globais de 2011 a 2018, ainda que o lançamento se refira exclusivamente a 2016, efetuando a média dos índices ROACE das empresas no período considerado, ponderada pelas taxas diárias de afretamento de cada grupo.

04. A DRJ reconheceu o duplo equívoco nesse método de apuração do preço parâmetro.

05. PRIMEIRO: Em relação à **divergência de períodos**, a DRJ expressamente reconheceu o equívoco nos seguintes termos (com grifos):

Reafirmo, portanto, que a inclusão do ROACE como taxa de retorno do investimento reduziu a diferença entre os contratos comparáveis e os praticados, consequentemente reduzindo o valor do ajuste e, por conseguinte, o valor do lançamento. **Porém, sua utilização foi inapropriada**, como segue:

Com relação aos **protestos contra a utilização dos índices ROACE dos anos de 2011 a 2018, incluindo anos posteriores a 2016, de fato, o art. 11 da IN RFB estabelece limites temporais para a comparabilidade de preços**, já que o inciso II indica que as operações utilizadas devem **“corresponder a preços independentes realizados no mesmo ano-calendário das respectivas operações de importação sujeitas ao controle de preços de transferência”**. E, ainda, o §2º do mencionado artigo prevê que, em caso de inexistência de preço independente no ano-calendário da importação **“poderá ser utilizado preço independente relativo à operação**

efetuada no ano-calendário imediatamente anterior ao da importação”, ajustado pela variação cambial do período.

Note-se então, que, a regra é não permitir a comparação de preços independentes para além do ano das operações, estendendo-se o período (excepcionalmente) para, no máximo, o ano-calendário **imediatamente anterior**.

**O que ocorreu nos autos foi a comparação direta não com preços de outros anos, mas a influência do índice contábil em questão que influenciaram o preço parâmetro calculado pela própria Interessada referente a 2016 (através da média de percentuais pretéritos, atuais e futuros, abrangendo período de 2011 a 2018).**

06. Com efeito, houve descumprimento da IN RFB 1312/2012, à época vigente, que expressamente determinava que os preços independentes coletados de terceiros para realizar a comparação com o preço praticado devem corresponder **ao mesmo ano-calendário das respectivas operações** sujeitas ao controle de preços de transferência, a saber:

Instrução Normativa RFB nº 1312, de 28 de dezembro de 2012

Art.11. A partir de 1º de janeiro de 2013, as operações utilizadas, para fins de cálculo, devem:

...

**II - corresponder a preços independentes realizados no mesmo ano-calendário das respectivas operações de importações sujeitas ao controle de preços de transferência.**

...

§ 2º Na hipótese prevista no inciso II do caput, não havendo preço independente no ano-calendário da importação, poderá ser utilizado preço independente relativo à operação efetuada no ano-calendário imediatamente anterior ao da importação, ajustado pela variação cambial do período.

07. Inequívoco, portanto, o erro de metodologia utilizado pela administração tributária para obter o índice ROACE baseado nos anos de 2011 a 2018, tratando-se de erro invencível de natureza material, pois alcança o critério mais importante do lançamento: a correta indicação da base de cálculo.

08. Para que não restem dúvidas quanto ao erro de metodologia que implica na inutilidade de dados relacionados a períodos diferentes do ano-calendário de 2016, a decisão recorrida expressamente reafirma a imprestabilidade do método utilizado (grifou-se):

Ou seja, até se poderia afirmar que, reajustar o preço parâmetro de 2016 utilizando índices que extrapolassem o limite temporal de 2016 (retro e ultratativamente) para abranger o lastro temporal abrangido tanto pelos contratos praticados em 2016 como pelos contratos comparados, não teria o condão de afastar critérios de comparabilidade entre os contratos, mas sim de criar critérios de similaridade, elevando, inclusive, o preço parâmetro final, anulando parte dos efeitos da primeira variável.

**Todavia, tais ajustes, no meu entendimento, não podem ser aplicados no cálculo do preço parâmetro do próprio ano de 2016, que deve se basear em variáveis, índices e valores devidamente conhecidos, válidos e públicos no máximo até 31/12/2016, quando a apuração de ajustes pelas regras de preço**

**de transferência deve ser feita pelo contribuinte.** Pois não há como esperar que, em 31/12/2016, para cumprimento de sua obrigação fiscal de proceder à análise de preços de transferência, o contribuinte possa utilizar índice que só virá a ser conhecido dois anos depois, mormente quando não se espera que os ajustes possam vir a ser alterados posteriormente para utilização de índices ou valores mais benéficos ao contribuinte.

**Desta forma, o Fisco quando da autuação deve também se limitar à utilização de valores, dados e índices que estivessem devidamente disponíveis até 31/12/2016 para o ajuste do Contribuinte, sendo, portanto, inaplicável índice obtido mediante utilização de valores posteriores a esta data, como no presente caso.**

09. Concordo com os fundamentos da DRJ nesse ponto e entendo que os dados coletados em períodos diversos impedem a administração tributária de validar informações inservíveis à composição da base de cálculo dos lançamentos.

10. SEGUNDO: o acórdão recorrido reconhece um **segundo erro relacionado à obtenção de dados de grupos econômicos** que atuam em diversas atividades, cujas receitas não se vinculam apenas a contratos de afretamento de embarcações, havendo inúmeros outros segmentos econômicos que não podem ser utilizados como critérios de comparação de preços.

11. Nesse ponto, a DRJ assim entendeu (com grifos):

Quanto à impossibilidade de utilização do índice ROACE *do grupo econômico* para avaliar retorno sobre o capital por uma empresa e uma atividade específica, verifico, que, de fato, o cálculo do índice levou em consideração a média dos valores adotados diretamente pelas ***empresas afretadoras, proprietárias /construtoras*** das embarcações, nos contratos indicados como parâmetro pela Interessada:

- **SBM** offshore: empresa especializada em produção de energia em águas profundas, explorando recursos energéticos dos oceanos e mares em todas as suas formas, possuindo perfil corporativo de *projetos, construção, instalação e operação de instalações flutuantes* offshore para a indústria de energia offshore<sup>7</sup>;
- **SAIPEM**: empresa de engenharia avançada para *projeto, construção e operação de infraestruturas e plantas complexas*, sob o mar e em terra, incluindo setor de perfuração e investimentos na área de petróleo e mercado de gás<sup>8</sup>;
- **MODEC**: indústria offshore de petróleo e gás, atuando no *fornecimento de equipamento, engenharia, gerenciamento de projetos, e no fornecimento e*

<sup>7</sup> [https://www-sbmoftshore-com.translate.goog/newsroom/press-releases/2022/06-04-2022/annual-general-meeting-2022-resolutions-and-company-update?\\_x\\_tr\\_sl=en&\\_x\\_tr\\_tl=pt&\\_x\\_tr\\_hl=pt-BR&\\_x\\_tr\\_pto=sc](https://www-sbmoftshore-com.translate.goog/newsroom/press-releases/2022/06-04-2022/annual-general-meeting-2022-resolutions-and-company-update?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=sc)

<sup>8</sup> [https://www-saipem-com.translate.goog/en/media/news/2021-10-05/saipem-awarded-new-contracts-drilling-onshore-middle-east-and-south-america?\\_x\\_tr\\_sl=en&\\_x\\_tr\\_tl=pt&\\_x\\_tr\\_hl=pt-BR&\\_x\\_tr\\_pto=sc&referral=%2Fen&modalId=n1210](https://www-saipem-com.translate.goog/en/media/news/2021-10-05/saipem-awarded-new-contracts-drilling-onshore-middle-east-and-south-america?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=sc&referral=%2Fen&modalId=n1210)

*supervisão de construção de unidades flutuantes de produção, incluindo projetos de FPSO<sup>9</sup>;*

o **TEEKAY**: empresa de serviços marítimos (transporte de energia marinha), operadora e proprietária de navios-tanque (de petróleo), fornecendo projetos e supervisão de novas construções, gerenciamento de navios, e gerenciamento comercial<sup>10</sup>.

**Ora, a Interessada possui razão, não só quanto a alegação de que os contratos parâmetros representam baixa representatividade se comparados às operações totais das referidas empresas afretadoras, mas também quanto a afirmação de que a apuração do ROACE advém do conjunto de contratos por elas firmados.**

**Note-se que o índice é calculado levando em conta, não somente os investimentos realizados na atividade de afretamento, mas sim do total médio de todos os ativos, e que como se verifica acima, diversas outras atividades são desempenhadas pelas empresas construtoras/ afretadoras, de modo que a utilização do referido índice para ajuste de preço parâmetro em atividade específica de afretamento geraria, por si só, distorção, e não uma aproximação para efeitos de comparação de preços.**

Alerte-se também, que, de fato, nenhum contrato isoladamente refletiria, necessariamente, o valor do índice em determinado ano, mesmo porque, o índice é obtido pela gama de contratos praticados anualmente.

Nesse sentido, a utilização do ROACE como taxa de retorno do investimento no presente caso não valida, pelo contrário, afasta os critérios de comparabilidade pela similaridade.

Destarte, **acolho os argumentos da interessada e voto pelo afastamento da aplicação do índice ROACE como taxa de retorno do investimento, cancelando o ajuste respectivo, devendo permanecer como critério de ajuste de similaridade apenas o prazo inicial dos contratos.**

12. Entendo que a DRJ novamente acertou ao considerar equivocada a utilização das informações dos grupos econômicos relacionadas a todos os seus contratos, pois, como visto, também albergam ***outras atividades*** não relacionadas ao afretamento de embarcações. São informações inservíveis à comparação de preço parâmetro que seja útil à solução do caso concreto e representa erro de metodologia na apuração da base de cálculo dos lançamentos.

<sup>9</sup> [https://www-modec-com.translate.google.com/business/floater/fps0/?\\_x\\_tr\\_sl=en&\\_x\\_tr\\_tl=pt&\\_x\\_tr\\_hl=pt-BR&\\_x\\_tr\\_pto=sc](https://www-modec-com.translate.google.com/business/floater/fps0/?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=sc)  
<https://clickmacae.com.br/noticias/18274/maior-projeto-de-fps0-no-brasil-da-modec-para-o-campo-de-bacalhau-escolhe-tecnologia-suez>  
<https://epbr.com.br/com-cinco-fps0-em-producao-modec-estima-contratar-600-novos-trabalhadores-no-brasil-em-2021/>

<sup>10</sup> [https://www-teekay-com.translate.google.com/about-us/history/?\\_x\\_tr\\_sl=en&\\_x\\_tr\\_tl=pt&\\_x\\_tr\\_hl=pt-BR&\\_x\\_tr\\_pto=sc](https://www-teekay-com.translate.google.com/about-us/history/?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=sc)  
[https://www-teekay-com.translate.google.com/business/services/?\\_x\\_tr\\_sl=en&\\_x\\_tr\\_tl=pt&\\_x\\_tr\\_hl=pt-BR&\\_x\\_tr\\_pto=sc](https://www-teekay-com.translate.google.com/business/services/?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=sc)

13. Ocorre que, apesar da DRJ objetivamente desconsiderar o critério jurídico para determinar base tributável dos autos de infração, aproveitou outros fundamentos para determinar o *“afastamento da aplicação do índice ROACE como taxa de retorno do investimento, cancelando o ajuste respectivo, **devendo permanecer como critério de ajuste de similaridade apenas o prazo inicial dos contratos**”*.

14. A contribuinte contesta essa conclusão e a trata como mudança de critério jurídico imposta pelo art. 146 do CTN, que assim determina:

Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

15. De fato, o critério jurídico utilizado pela administração tributária para realizar os lançamentos baseou-se na identificação da taxa média de retorno dos investimentos efetuados pelas proprietárias/construtoras das plataformas afretadas, no caso, os terceiros envolvidos. Utilizou-se o já citado índice ROACE para auferir o valor dos preços parâmetros sobre os quais os tributos foram lançados.

16. Essa informação pode ser observada no item 3 do TVF, que trata da metodologia do lançamento:

3 – Do lançamento

**O método de apuração dos Preços Parâmetros, por parte das empresas do consórcio**, foi apresentado no item 2 deste Termo. Considerando que há distorções na apuração deste Preço Parâmetro (vide item 2.1), **esta fiscalização procedeu a novos cálculos**, apresentados a seguir.

...

2) Apuração da razão entre as taxas de afretamento dos contratos comparados quando considerados os diferentes prazos acordados nesses contratos. **O objetivo do cálculo que será aqui demonstrado é obter um índice de ajuste à razão entre a taxa diária de afretamento e o valor de reposição (índice de comparação empregado pela fiscalizada), mas que incorpore as diferenças entre os prazos contratuais e a taxa de retorno do ativo.** Serão calculados pela metodologia a seguir detalhada, a Taxa de Afretamento Praticada e a Taxa de Afretamento Parâmetro. "Conforme explicado, esse índice será a razão entre a taxa de afretamento praticada e taxa de afretamento parâmetro considerando os diferentes prazos e uma taxa de retorno sobre o investimento:

A apuração, tanto da taxa de afretamento praticada quanto da taxa de afretamento parâmetro empregada no índice de ajuste, foi efetuada mediante a utilização da fórmula de matemática financeira concernente a avaliação de investimentos pela taxa interna de retorno, cuja notação é dada por:

$$P = R \times (1+i)^n - 1$$

$$i \times (1+i)$$

ou, reescrevendo-a, por:

$$R = P \times i \times (1+i)^n$$

$$(1+i)^n - 1$$

Onde:

P = Valor do Investimento\*

R = Renda por período (no caso, o valor do afretamento a cada período)

n = Período de tempo (no caso, o prazo dos afretamentos em anos)

**i = Taxa de retorno do investimento (no caso, a taxa média ponderada de retorno, conforme anteriormente explicado)**

\*Como o objetivo deste cálculo é determinar a razão entre as taxas de afretamento quando considerados os diferentes prazos contratuais, o montante utilizado a título de “valor do investimento” é indiferente e não interfere na relação percentual obtida. Na apuração foi adotado valor do investimento igual a 1.000, mas poderia ser adotado qualquer valor a este título que a relação percentual obtida a partir do cálculo permaneceria a mesma.

**17. Note-se que o incide ROACE integra a metodologia aplicada. Aliás, é fator essencial para o cômputo da base de cálculo, não podendo ser desconsiderado do mesmo.**

18. Não obstante, mesmo que a DRJ tenha expressamente reconhecido a inservibilidade do incide ROACE na formação do preço parâmetro, utiliza-se de critério jurídico parcialmente utilizado pela autoridade lançadora para considerar apenas outros fatores, modificando a forma de apurar a base de cálculo.

19. Tal providência revela o equívoco de modificar critérios jurídicos do lançamento, na tentativa de *salvá-lo*, em total descompasso com as regras do Código Tributário Nacional.

20. Destaque-se que o lançamento tributário é um ato administrativo vinculado, parametrizado em requisitos legais, que exigem a desconstituição do ato equivocadamente realizado. O dever de controle da legalidade do ato administrativo impõe ao fisco e aos órgãos julgadores a revisão de lançamentos que não preencham os requisitos de constituição regular do crédito tributário.

21. Outrossim, ao realizar ato administrativo, inclusive o lançamento de tributo, a autoridade não apenas aplica a lei, mas cumpre a “*função de concretizar e de estabilizar as relações jurídicas entre o Estado e o cidadão particular*”, conforme leciona Hartmut Maurer<sup>11</sup>, pois deles nascem pretensões jurídicas presumivelmente válidas que exigem o atendimento da legalidade, eficiência e expectativa de confiança decorrentes do Estado de Direito.

<sup>11</sup> MAURER, Hartmut: CONTRIBUTOS PARA O DIREITO DO ESTADO. HECK, Luís Afonso (Tradução). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 108. Cf. MELIS, Giuseppe. L'Interpretazione nel diritto tributario. Padova: CEDAM, 2003. p. 514. GARCÍA NOVOA, César. El principio de seguridad jurídica en materia tributaria, Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 77.

22. Por isso mesmo, o lançamento assume um caráter definitivo, conforme previsão do art. 145 do CTN, porquanto vinculado e parametrizado pelas exigências legais, mas nunca irrevogável. Havendo a comprovação de que a autoridade administrativa cometeu erro de fato ao lançar o crédito tributário, é dever dela mesma desconstituir o respectivo ato administrativo que se baseou em premissa fática equivocada e fora constatado posteriormente pelo agente do Estado. Não o fazendo, cabe às instâncias de julgamento corrigirem a rota equivocada.

23. Destaque-se – e aqui é sempre importante destacar – que não se admite Revisão de Lançamento por erro de direito, assim entendido aquele que pretenda alterar o lançamento por modificação de critério jurídico que motivou a realização do ato administrativo. É dizer: a revisibilidade de lançamento é oponível unicamente diante do cotejo de circunstâncias materiais, jamais alteração de critérios interpretativos, não sendo lícito que a autoridade lançadora tenha determinado entendimento sobre eventual controvérsia jurídica e, após o lançamento, pretenda alterá-lo para modificar sua interpretação.

24. Aliás, o próprio CTN disciplina que *“a modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução”* (art. 146).

25. Registre-se, por fim, que a Lei nº 9.784/99, ao regular o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, expressamente determina o dever revisão de processos administrativos que resultem em sanções, *“quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada”* (art. 65), aplicando-se também nos casos de inadequação de lançamentos por ausência de materialidade do fato gerador ou de apuração inadequada de base de cálculo, não sendo lícito, a meu juízo, que de tal revisão resulte agravamento do lançamento originário, mercê da expressa vedação do parágrafo único do citado artigo.

26. A validade do lançamento está condicionada à realização de atos administrativos pautados no cumprimento de regras jurídicas, não se admitindo que a administração tributária pretenda convalidar erros que colidam com o regular atendimento aos princípios da legalidade e estrita tipicidade.

27. Não se valida ato administrativo eivado da pecha de nulidade que decorra de erro de metodologia do levantamento fiscal, por expressa violação à regularidade do lançamento prevista no art. 142 do Código Tributário Nacional, além de representar inadequação procedimental que fulmina o dever de correta constituição do crédito tributário.

28. **Não é dado ao julgador corrigir lançamento tributário mal feito**, inadmitindo-se validar auto de infração claramente maculado pela pecha de vício material que decorra de inadequada composição da base de cálculo ou qualquer outro elemento essencial do lançamento.

29. Vê-se dos autos elementos de fato que evidenciam os equívocos perpetrados pela administração tributária ao pretender lançar crédito tributário pautado em erro insanável.

30. Mais vale desconstituir lançamentos tributários mau conduzidos a admitir o descumprimento da lei!

31. Outrossim, registre-se que o erro na apuração macula integralmente o lançamento do crédito tributário em seu aspecto elementar, verdadeiramente substancial, tratando-se de vício

insanável do qual resulta nulidade material do auto de infração. Não se está diante de erro procedimental de natureza sanável, do qual hipoteticamente não resultaria qualquer espécie de cerceamento ou vilipêndio à defesa. Não é o que se vê do caso em análise.

32. Se, por um lado, é verdade que não há nulidade sem prejuízo (*“pas de nullité sans grief”*), por outro, só não há prejuízo quando se pretende convalidar erros instrumentais simples, desde que seja dado ao contribuinte exercer sua defesa plenamente e condicionado ao fato de que o equívoco procedimental não gere embaraço ao devido processo legal. Com efeito, os instrumentos procedimentais não são um fim em si mesmos, por isso se admite que equívocos formais sejam corrigidos se a matéria que subjaz à forma seja alcançada.

33. Não obstante, o erro de lançamento oriundo de inadequação da metodologia de apuração não representa equívoco procedimental, mas **consubstancia verdadeira ilegalidade na constituição do crédito tributário**, maculando toda a autuação, viciando a relação jurídica que dela resulte e desconstruindo os parâmetros da lei que a elevam ao mesmo patamar de relevância dos demais elementos essenciais à sua formação.

**34. Não se negocia com a ilegalidade. Não se convalida erro materialmente insanável. Não se extraem efeitos jurídicos válidos de ato administrativo nulo.**

35. Registre-se que não se defende aqui a aplicação de formalismo exagerado no âmbito do processo administrativo tributário, pois esta Relatoria tem o firme entendimento de que o julgador deve admitir a construção de solução jurídica que permita alcançar a verdade material, mediante critérios e instrumentos de moderação, seja para impedir a desconstituição desnecessária de créditos tributários cuja validade seja atestável, seja para garantir o livre exercício do direito de defesa. O formalismo moderado dá sentido finalístico à verdade material que subjaz à atividade de julgamento, e, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, evita *“que a parte aceite como verdadeiro algo que não o é, ou que negue a veracidade do que é, pois no procedimento administrativo, independentemente do que haja sido aportado aos autos pela parte, ou pelas partes, a Administração deve sempre buscar a verdade substancial”* (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 322/323).

36. Por outro lado, a busca da verdade material, além de ser direito do contribuinte, representa uma exigência procedimental, a ser observada pela autoridade lançadora e pelos julgadores no âmbito do processo administrativo tributário, a ela condicionada a regularidade da constituição do crédito tributário e os atributos de certeza, liquidez e exigibilidade que justificam os privilégios e garantias dele decorrentes.

37. Mas nada disso autoriza convalidar ato administrativo materialmente nulo, oriundo de inadequada metodologia do levantamento fiscal.

38. Leandro Paulsen tem razão ao afirmar que *“não há requisitos de forma que impliquem nulidade de modo automático e objetivo. A nulidade não decorre propriamente do descumprimento do requisito formal, mas dos seus efeitos comprometedores do direito de defesa assegurado constitucionalmente ao contribuinte já por força do art. 5º, LV, da Constituição Federal. Isso porque as formalidades se justificam como garantidoras da defesa do contribuinte; não são um fim, em si mesmas, mas um instrumento para assegurar o exercício da ampla defesa. Alegada eventual irregularidade, cabe, à autoridade administrativa ou judicial verificar, pois, se tal*

*implicou efetivo prejuízo à defesa do contribuinte. Daí falar-se do princípio da informalidade do processo administrativo*"<sup>12</sup>.

39. Penso que o erro apontado macula diretamente um dos elementos obrigatórios de constituição de crédito tributário a que alude o art. 142 do CTN.

40. A imprestabilidade de atos administrativos de matriz tributária decorre da ausência de comprovação fenomênica dos elementos essenciais da hipótese normativa, de inadequada indicação da matéria tributável que subjaz à respectiva pretensão fazendária, do incorreto cômputo do quanto devido, e/ou da errônea atribuição de sujeição obrigacional passiva e ativa dos titulares de direitos e obrigações. Quaisquer dessas pechas destrói o lançamento e o torna inservível aos fins a que se destina, por ausência de legalidade que justifique validá-lo.

41. É dever do julgador administrativo tributário, ao exercer a função jurisdicional<sup>13</sup> que lhe compete, desconstituir o lançamento que seja praticado com inadequação da apuração dos elementos essenciais à constituição do crédito tributário, representados nos respectivos *critérios material, temporal, espacial, quantitativo e pessoal* da norma jurídica tributária, sem os quais se deve reconhecer a nulidade material ou improcedência dos autos de infração que desatendam a previsão legal.

42. Com efeito, seja no antecedente da norma (previsão hipotética de materialidade, espacialidade e temporalidade), seja no consequente de sua aplicação (sujeição passiva, sujeição ativa e quantificação), tem-se como condição à regularidade do lançamento a correta indicação de todos esses elementos, uma vez que, *"na identificação do fato jurídico, a tipicidade compreende, pois, todos os elementos do conceito da hipótese: materialidade, temporalidade e espacialidade, bem como do conceito do consequente, isolados mediante criteriosa seleção das propriedades necessárias e suficientes à sua qualificação"*<sup>14</sup>.

43. A decisão de piso apontou corretamente os equívocos perpetrados no lançamento, porém, pretendeu inovar nas razões que teoricamente justificariam a análise, porém, a meu juízo, tal providência representa uma ilegalidade por expressa disposição legal.

As razões acima mencionadas revelam meu entendimento quanto à completa impropriedade da utilização do índice ROACE para promover os pretendidos ajustes de preços de transferência realizados pela administração tributária.

Ante o exposto, dou provimento ao Recurso Voluntário. É como declaro o voto.

<sup>12</sup> PAULSEN, Leandro. CONSTITUIÇÃO E CÓDIGO TRIBUTÁRIO À LUZ DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA. 13ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

<sup>13</sup> Conforme notável obra da Conselheira Maysa de Sá Pittondo Deligne, objeto de sua tese de doutoramento junto à Universidade de São Paulo, ao lecionar que: "reconhece-se que os julgadores administrativos tributários exercem função jurisdicional, tendo competência para dizer o direito aplicável ao caso concreto, com a interpretação estatal dos textos normativos diante de uma lide. Portanto, os julgadores administrativos podem resolver litígios instaurados a partir de um ato administrativo tributário" (DELIGNE, Maysa de Sá Pittondo. EFEITOS DAS DECISÕES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. Belo Horizonte: Forum, 2021, p. 43).

<sup>14</sup> TÔRRES, Heleno. DIREITO TRIBUTÁRIO E DIREITO PRIVADO: AUTONOMIA PRIVADA, SIMULAÇÃO E ELUSÃO TRIBUTÁRIA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 66

*Assinado Digitalmente*

**Fredy José Gomes de Albuquerque**

DOCUMENTO VALIDADO