



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16682.720377/2021-20
ACÓRDÃO	1402-007.032 – 1ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	17 de julho de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	VALE S.A.
RECORRIDA	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2017

PECEX. PREÇO DE TRANSFERÊNCIA. CUSTO DE INTERMEDIÇÃO. AJUSTE.

O ajuste pelo custo de intermediação no preço de transferência somente pode ser utilizado nas operações de compra e venda praticadas pelas pessoas jurídicas não vinculadas, nos termos do art. 34, § 10, Inciso IV. Quando a operação é de exportação direta à empresa ligada sediada no exterior, não cabe o ajuste pelo custo de intermediação, por sua inexistência.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2017

IN RFB 1.568/2015. LEGALIDADE.

É legal a regulação do ajuste ao preço de transferência pelo custo de intermediação IN RFB 1.568/2015, uma vez que sua previsão também está em Instrução Normativa publicada pela RFB que regula o art 19-A da Lei nº 12.715/2012. A regulação por meio norma publicada pela RFB está autorizada por força do contido no § 6º do mesmo artigo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, i) por unanimidade, rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, ii) por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário, mantendo os lançamentos, vencidos os Conselheiros Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça e Ricardo Piza Di Giovanni que davam provimento.

Sala de Sessões, em 17 de julho de 2024.

Assinado Digitalmente

Alexandre Iabrudi Catunda – Relator

Assinado Digitalmente

Paulo Mateus Ciccone – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Alexandre Iabrudi Catunda, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Rafael Zedral, Ricardo Piza Di Giovanni, Alessandro Bruno Macedo Pinto, Paulo Mateus Ciccone (Presidente)

RELATÓRIO

Trata o presente processo de créditos constituídos pela fiscalização, mediante a lavratura de autos de infrações, para lançamento de Imposto Sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido (CSLL), no ano-calendário 2017, decorrentes de adições de receitas de exportações a pessoa vinculada.

Por bem retratar os fatos copio o Relatório do Acórdão nº 108-024.089 da 5ª Turma da DRJ08, que julgou a impugnação apresentada:

Trata-se de impugnação em face de Autos de Infração de IRPJ (fls. 2/9), no valor de R\$ 1.492.734.248,06, e de CSLL (fls. 11/17), no valor de R\$ 537.384.329,30, resultante de procedimento fiscalizatório que apurou, suposta infração, acerca de Receitas de Exportação a Pessoa Vinculada; em função de ajustes de custos de intermediação que reduziram indevidamente os preços parâmetros no cálculo de preços de transferência.

TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL

Os motivos e as fundamentações legais das exigências impugnadas encontram-se descritos nos próprios Autos de Infração, bem como, de forma mais detalhada, no Termo de Verificação Fiscal (fls.19/92), o qual colaciona-se, abaixo, trechos do cerne do presente litígio:

1.1 A presente ação fiscal foi determinada pela Administração Tributária através da emissão do Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal - TDPF nº. 07.1.85.00-2020-00084-1. O procedimento foi iniciado para se apurar a correta aplicação da legislação tributária no que concerne ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido

(CSLL) decorrentes das operações sujeitas aos controles de preços de transferência.

(...)

3.2 Conforme explanado nas seções 1 e 2 a fiscalizada empreendeu ajustes redutores a título de custos de intermediação no percentual de 5,5% sobre os valores unitários dos preços parâmetros nos cálculos de preços de transferência dos produtos sujeitos ao Pecex (minério de ferro, cobre, pelotas e manganês), sem amparo legal.

(...)

3.4 Reforça-se que o procedimento adotado pela fiscalizada não tem amparo legal. A fiscalizada adotou um ajuste ao preço parâmetro a partir de uma interpretação equivocada da norma tributária. Não há previsão legal para a dedução dos custos de intermediação. Esse é o motivo da autuação. O método Pecex prevê a comparação dos preços controlados entre as entidades vinculadas com preços públicos divulgados em bolsas. Tais preços de referências podem ser ajustados, em relação ao um prêmio de mercado (podendo ser negativo ou positivo) e, conforme disposto na Instrução Normativa que regulamenta a lei, em razão de fatores específicos inerentes ao produto ou negócio que diferem do padrão divulgado pela bolsa. Não é o caso do custo de intermediação aplicado pela fiscalizada. A legislação tributária só permite a dedução de custos de intermediação cobrado pelas bolsas. Como já devidamente explanado essa é razão plena e suficiente para a glosa dos custos de intermediação aplicados nos cálculos de preços de transferência dos produtos sujeitos ao PECEX.

3.5 O estudo elaborado pela consultoria E&Y apesar do esforço em empreender uma análise funcional da entidade Vale International não enfrentou nos aspectos qualitativos questões importantes sobre as atividades desenvolvidas, considerando o mercado de atuação e os produtos vendidos. Conforme consta do relatório bem como no relato da diligência realizada não houve um estudo sobre as especificidades do mercado mundial de minérios no qual está inserido a multinacional brasileira. A metodologia da OCDE estabelece que para delinear com precisão as transações entre as partes relacionadas é de forma a se conhecer as características econômicas relevantes envolvidas é preciso: a) os termos contratuais das transações; b) empreender uma análise funcional de cada uma das partes envolvidas; c) descrever e avaliar as características dos produtos e/ou serviços transferidos; d) as circunstâncias econômicas das partes relacionadas e o mercado em que estão inseridos; e e) as estratégias de negócios de cada uma das partes³¹. O relatório emanado pela E&Y não avança além de uma análise funcional da Vale International. As diretrizes da OCDE ressaltam a importância do conhecimento do mercado, dos produtos e serviços transacionados, enfim das questões

econômicas que podem impactar os preços. O minério de ferro e os demais minérios negociados pelo grupo multinacional possuem características inerentes a formação de preço e relacionados ao mercado que não foram abordados pelo relatório da consultoria em sua análise. Conforme consta nas seções 1.37 a 1.41 deste Termo, a Vale (por intermédio da Vale International) auferiu receitas de modo substancial na venda de minérios na modalidade de contratos de longo prazo, onde as especificações dos produtos e quantidades de entregas são definidas. Além das fórmulas dos preços lastreados em índices divulgados por agências internacionais como Platts ou Metal Bulletin. Esses elementos qualitativos não foram abordados na análise funcional realizada.

3.6 O procedimento adotado pela fiscalizada lastreado no estudo elaborado pela consultoria E&Y também merece críticas em razão do que está disposto nas diretrizes emanadas pela OCDE. No documento “Análise de Ajustes Referentes a Custos de Intermediação, de 3 de dezembro de 2013 (TR-1081/2014)” é dito que a busca pelo comparável foi efetuada pela aplicação do método TNMM (Transactional Net Margin Method) com a escolha do indicador de margem bruta como índice de lucratividade (ver páginas 14 e 15 do relatório da E&Y, seção IV – Análise Econômica).

3.6 De acordo com as diretrizes emanadas pela OCDE, essa não parece ser uma aplicação apropriada do método TNMM. O nome do método já informa que a busca por comparáveis se dá por um resultado líquido (a expressão “net margin” equivale a “margem líquida”). Nas diretrizes da OCDE ao descrever o método, suas características e aplicações não há registro de possibilidade de se utilizar margem bruta como indicador a ser utilizado na busca por comparáveis. Veja o que é dito no parágrafo 2.68 das diretrizes da OCDE acerca dos pontos fortes na aplicação do método TNMM:

“2.68 One strength of the transactional net margin method is that net profit indicators (e.g. return on assets, operating income to sales, and possibly other measures of net profit) are less affected by transactional differences than is the case with price, as used in the CUP method. Net profit indicators also may be more tolerant to some functional differences between the controlled and uncontrolled transactions than gross profit margins”

2.68 Um ponto forte do método transacional da margem líquida é que os indicadores de lucro líquido (por exemplo, retorno sobre ativos, receita operacional sobre vendas e possivelmente outras medidas de lucro líquido) são menos afetados pelas diferenças transacionais do que no caso do preço, conforme usado no método CUP. Os indicadores de lucro líquido também podem ser mais tolerantes a algumas diferenças funcionais entre as transações controladas e não controladas do que as margens de lucro bruto” (Tradução livre)

3.7 Ou seja, a consultoria explica o motivo pelo qual adota a margem bruta (lucro bruto dividido pela receita), mas o faz indicando se tratar de aplicação do método TNMM, o que não faz sentido dado que o método requer a aplicação de indicadores de retorno considerando um resultado líquido de outras despesas além do custo de produtos ou mercadorias vendidas. Essa escolha acaba influenciando para cima os valores dos percentuais empregados no processo de seleção da suposta faixa de comparáveis. Além da descrição técnica no relatório divergir do que seria a aplicação da metodologia contida nas diretrizes da OCDE, há problemas também na seleção das empresas que participaram da tabulação das médias de margens brutas.

3.8 O processo de seleção de empresas (conforme explanado na reprodução do TVF da ação fiscal anterior) além de não ter sido totalmente transparente na descrição dos passos e aplicação de filtros, resultou na eleição de cinco empresas apontadas pela consultoria como comparáveis às funções exercidas pela Vale International. Entretanto, a simples leitura das descrições das atividades das empresas contidas no relatório mostra que as empresas escolhidas no todo ou em parte não tem relação com as atividades e funções da Vale International descritas no próprio relatório da entidade testada. Ou seja, não poderiam fazer parte da aplicação de método amparado pela metodologia da OCDE. Apenas como exemplo, segue figura com trecho do relatório da E&Y que descreve as atividades de uma das empresas escolhidas para fazer parte das faixas de margem bruta na busca por supostos comparáveis.

3.9 Conforme consta e já foi dito também na fiscalização anterior, a Onoken Co é uma entidade voltada para a venda de produtos siderúrgicos. Não há informações no extrato acima que possam validar a escolha dessa empresa por realizar atividade similares a uma trading, ainda que de pleno direito, de produtos minerais. Na página da Onoken na internet é possível verificar que a entidade também produz produtos siderúrgicos. Ou seja, trazer para a base de supostos comparáveis uma indústria que vende produtos mais elaborados (aço) que uma entidade que se dedica a compra e venda de minérios também vai de encontro às diretrizes da OCDE no tocante ao processo de estudo de comparabilidade. Observe-se que essa empresa foi a que apresentou os maiores valores de margem bruta, influenciando a faixa escolhida do quartil superior. Além desse exemplo, as descrições das empresas demais empresas não favorece a argumentação e a metodologia empregada pela fiscalizada conforme apontado no TVF anterior. Outro ponto a ser reforçado é que não há uma descrição dos tipos de demonstrações financeiras coletadas, se consolidadas ou individuais ou qual padrão contábil (IFRS ou GAAP local).

3.10 Ou seja, ainda que a lei brasileira permitisse os tais ajustes a título de custos de intermediação, a metodologia adotada pela fiscalizada a partir do

relatório elaborado pela empresa de consultoria não colabora para a sustentação das deduções realizadas nos preços parâmetros e possivelmente seria também objeto de contestação, se o Brasil adotasse o modelo contido nas diretrizes da OCDE.

3.11 Além da glosa dos custos de intermediação, foram recalculadas as margens de divergência nas planilhas dos cálculos de preços de transferência dos quatro produtos submetidos ao PECEX. Foi constatado que a fiscalizada utilizou metodologia indevida na fórmula (itens 1.68 e 1.70). Ao invés de dividir a diferença entre o preço parâmetro e preço praticado pelo preço praticado, conforme art.51 da IN RFB 1.312/2012, a fiscalizada aplicou o preço parâmetro no denominador, o que só é permitido a partir do ano de 2019 (itens 1.68, 170, 2.13 a 2.15). Com os novos cálculos houve aumento da base a ser adicionada somente para o produto cobre, relativa a essa irregularidade, no valor de R\$919.474,05. Esse valor está demonstrado na planilha “VALE_TP_COBRE_2017_AUTUACAO”, linha 8 da aba TP Cobre, parte integrante desta atuação.

IMPUGNAÇÃO

A impugnante devidamente cientificada do presente lançamento e inconformada com tais exigências, interpôs sua Impugnação (fls.2178/2294), tempestivamente, alegando, em apertada síntese, que:

- os autos de infração são nulos, pois violam os limites do art. 197 do CTN;
- 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” essencial para viabilizar os relevantes volumes de exportação da Impugnante;
- seria 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;
- a IN RFB 1.568/15, ao limitar a dedução a apenas os custos de intermediação cobrados pelas bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas, revela grave desbordamento da Lei nº 9.430/96, bem como ao conceito de renda insculpido no art. 43 do CTN e art. 2º da Lei nº 7.689/88;
- utilizando-se as 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;

- ainda que fosse rejeitada a possibilidade de interpretação da legislação que rege o Método PECEX em conformidade com os ditames legais, na forma como se sustentou acima - o que só se admite para efeitos de argumentação - 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;
 - em nítida afronta ao princípio da isonomia tributária, e em notória descon sideração da interpretação sistemática dos dispositivos da Lei nº 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;
 - ainda que se aplicasse a margem de apenas 3% ao caso de Impugnante, dúvidas não restam de que apenas o percentual que exceder o valor de 3% poderá ser tributado;
 - restou amplamente comprovada a legitimidade, adequação e aderência do Parecer realizado pela EY, estando correto o cálculo dos preços de transferência realizados pela Impugnante, não merecendo prevalecer nenhum dos argumentos aduzidos pela fiscalização;
 - em adição, foi apresentado Parecer realizado pelo CRU, que comprova a conformidade do percentual utilizado pela Impugnante a título de dedução dos custos de intermediação;
 - ao calcular os ajustes ao lucro real, imputados à Impugnante, o i. fiscal não levou em consideração a existência de incentivos fiscais a que faz jus a Impugnante;
 - para o mês de dezembro de 2017, deve ser aplicada a cotação da Global Ore, em detrimento da apresentada pela Corex e, conseqüentemente, observando-se a margem de divergência aplicável;
 - a multa de 75% revela-se exorbitante e desproporcional, não merecendo prevalecer.
- É o relatório.

A instância julgadora *a quo* julgou improcedente a impugnação apresentada, prolatando as seguintes ementas:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2017

EXPORTAÇÃO. PREÇO DE TRANSFERÊNCIA. MÉTODO PECEX. DESPESAS NÃO SUPOSTAS PELO EXPORTADOR.

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.

INCENTIVOS COM BASE NO LUCRO DE EXPLORAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE RECOMPOSIÇÃO NO CASO DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

No caso de lançamento de ofício, não se admite a recomposição do lucro da exploração referente ao período abrangido pelo lançamento para fins de novo cálculo dos incentivos.

MULTA DE OFÍCIO. APLICABILIDADE. COMPETÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Uma vez instaurado o procedimento de ofício, o crédito tributário apurado pela autoridade fiscal somente pode ser satisfeito com os encargos do lançamento de ofício, cabendo à Administração Pública cumprimento da lei no sentido de aplicar sobre o tributo apurado a multa de ofício.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

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

O contribuinte foi cientificado por meio eletrônico através de seu Domicílio Tributário Eletrônico (DTE) em 03/12/2021 (fl 3.485) e apresentou recurso voluntário (fls. 3.490/3.613) em 03/01/2022, conforme "TERMO DE SOLICITAÇÃO DE JUNTADA", fl 3.488, trazendo sumariamente em suas alegações o que se segue:

- Nulidade do auto de infração em virtude de fundamentar-se em informações e acusações extraídas de TVF eivado de nulidade (o do processo nº 16682-720.914/2019-17), estando acometido do mesmo vício.
- Seriam legais os métodos e critérios utilizados para aferição dos preços parâmetros.
- A aplicação de Instrução Normativa RFB 1.568/15 desborda das disposições legais regulamentadoras da matéria.
- 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.
- Não foi observado art. 43, Caputo e Incisos; I e II, do CTN, bem como do art. 2º, da Lei nº 7.689/88.

- São dedutíveis os custos de intermediação a partir da conformação internacional do princípio do *arm's length*.
- Os métodos de cálculo dos métodos de preços de transferência têm caráter sugestivo.
- São indevidas as limitações envolvendo o método PECEX.
- É legítimo do Parecer emitido pela EY, sendo o resultado obtido adequado e aderente à situação da recorrente.
- O Parecer elaborado pelo CRU corrobora, por meio estudo próprio, que o percentual praticado pela Recorrente para dedução do custo de intermediação é legítimo e acertado.
- A contratação da VISA foi necessária para viabilização das atividades da recorrente.
- São insubsistentes as supostas inadequações aventadas pela fiscalização.
- Não foi levada em consideração nos ajustes a existência da redução de 75% do imposto sobre a renda que faz jus a Recorrente
- Não é possível o aumento da base para o produto cobre.
- Deve ter prevalência a cotação da Global Ore sobre a COREX no que tange a dezembro de 2017.
- É descabida a multa de ofício de 75%.

VOTO

Conselheiro Alexandre Iabrudi Catunda, Relator.

Da tempestividade e admissibilidade

O recurso voluntário é tempestivo e, por preencher todos os demais requisitos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Das preliminares de nulidade

Em preliminar de nulidade a recorrente afirma que o TVF apresenta *uma longa narrativa acerca da fiscalização, por meio da qual insere, de forma distorcida, elementos tendentes a insinuar suposto descumprimento, pela Recorrente, da legislação*.

Também pede nulidade em virtude de intimações feitas a terceiros para prestar alguns esclarecimentos efetuadas durante o procedimento de fiscalização. Não se opôs quanto a sua possibilidade, mas que este tipo de diligência estaria submetido a limites, conforme podemos observar do trecho de seu recurso abaixo destacado:

Ora, o que se põe aqui sob análise não é a possibilidade de empresas como a EY prestarem esclarecimentos, mas sim os limites a que estão jungidas na prestação de tais informações. Como asseverado anteriormente --- e coibido pelas decisões de nossos tribunais --- a administração pública não pode desbordar os limites como fez no presente caso.

Neste sentido temos que os arts. 59 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, *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.

(...)

Como se vê, o art. 59, II do Decreto nº 70.235, de 1972, trata de nulidade de despachos e decisões, o que não é o caso dos autos de infração, que se enquadra no art. 59, I.

Ainda de acordo com o art. 59, I, *supra*, só se pode cogitar de declaração de nulidade do auto de infração – que se insere na categoria de ato ou termo –, quando esse for lavrado por pessoa incompetente (art. 59, I). Por sua vez, a nulidade por preterição do direito de defesa, como se infere do art. 59, II, transcrito, somente pode ser declarada quando o cerceamento está relacionado aos despachos e às decisões, ou seja, somente pode ocorrer em uma fase posterior à lavratura do auto de infração.

Quaisquer outras irregularidades, incorreções e omissões não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, a teor do art. 60 do Decreto nº 70.235, de 1972.

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

No art. 10 do mesmo Decreto 70.235 são estatuídos os requisitos para a lavratura do auto de infração, o qual deverá ser lavrado por agente competente e conter, obrigatoriamente, os elementos arrolados em seus incisos I a VI, como se pode verificar em seu texto, transcrito abaixo:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Da combinação dos dispositivos acima transcritos depreende-se que só a inobservância dos pressupostos legais para a constituição do lançamento e para lavratura do auto de infração ou a incompetência do autuante são causas suficientes para invalidar a autuação e, consequentemente, o lançamento nela consignado. Como isso não ocorreu no presente caso, descabe a anulação ou cancelamento dos autos em análise.

As alegações quanto a inadequação do que foi relatado no TVF com os fatos realmente ocorridos são questões de mérito e serão apreciadas ao longo do voto, em que serão esclarecidos todos os pontos de discordância apontados pela recorrente.

Com relação a limites supostamente impostos às diligências realizadas perante a terceiros, que não estão diretamente ligados a ocorrência do fato gerador, inexistente previsão legal que suporte tal limite.

Nem mesmo é citado pela recorrente qual dispositivo legal infringido, esclarecendo que não se opôs, repito, ao procedimento realizado, mas ao limite temporal que seria imposto à autoridade tributária para verificação perante a terceiros das informações prestadas pela autuada.

O único argumento é uma decisão do STF, sem efeito *erga omnes*, abaixo copiada:

(...) ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA - FISCALIZAÇÃO - PODERES - NECESSÁRIO RESPEITO AOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS DOS CONTRIBUINTE E DE TERCEIROS. - Não são absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, pois o Estado, em tema de tributação, inclusive em matéria de fiscalização tributária, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem, constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral. Na realidade, os poderes do Estado encontram, nos direitos e garantias individuais, limites intransponíveis, cujo desrespeito pode caracterizar ilícito constitucional. - A administração tributária, por isso mesmo, embora podendo muito, não pode tudo. É que, ao Estado, é somente lícito atuar, "respeitados os direitos individuais e nos termos da lei" (CF, art. 145, § 1o), consideradas, sobretudo, e para esse específico efeito, as limitações jurídicas decorrentes do próprio sistema instituído pela Lei Fundamental, cuja eficácia - que prepondera sobre todos os órgãos e agentes fazendários - restringe-lhes o alcance do poder de que se acham investidos, especialmente quando exercido em face do contribuinte e dos cidadãos da República, que são titulares de garantias impregnadas de estatura constitucional e que, por tal razão, não podem ser transgredidas por aqueles que exercem a autoridade em nome do Estado. (C 82788/RJ, Relator ministro Celso de Mello, Órgão Julgador: Segunda Turma DJ de 2/6/2006)

Mesmo tal decisão não pode ter efeitos sobre o aqui julgado, uma vez que teve efeito somente entre as partes. Além disso, cumpre esclarecer, que os limites impostos à atuação estatal sobre o contribuinte a que se refere o E. Tribunal na decisão acima colacionada são os direitos e as garantias constitucionais dos contribuintes, além de ter que ser obedecido os termos da lei.

No caso em tela não foi apontado pela recorrente qual direito ou garantia que a fiscalização teria vilipendiado, tampouco apontou a legislação que não teria sido observada.

Sendo assim rejeito as preliminares de nulidade com relação ao auto de infração.

Da nulidade do Acórdão recorrido.

Segundo a recorrente o Acórdão recorrido deveria ser considerado nulo, pois não teria apreciado o argumento apresentado na questão do afastamento da aplicação de Instrução Normativa editada pela Receita Federal do Brasil (RFB) por entender que esta seria ilegal.

Sobre este ponto assim decidiu a DRJ/08:

A impugnante apresenta alegações de diversas ordens para sustentar a ilegalidade do inciso IV, do §9º, da IN RFB nº 1.568/2015.

Entretanto, as Delegacias de Julgamento da Receita Federal não possuem competência para análise de matérias que versem sobre a inconstitucionalidade de atos legais. Isso porque, tendo em vista a natureza vinculante específica da atividade de julgador administrativo, pelo qual compete-lhe cumprir a determinação legal, aplicando o ordenamento (lato sensu) vigente às situações concretamente constatadas.

Não lhe é conferida competência para adentrar debate sobre a legalidade ou constitucionalidade de ato regularmente editado e publicado. Tampouco se lhe compete analisar alegações sobre a observância de princípios constitucionais; tais princípios, dirigem-se aos órgãos legiferantes e, portanto, deve-se pressupô-los devidamente observados nas normas vigentes.

Esse dever de observância das normas vincula o julgador administrativo também em relação aos atos da Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB, conforme o dispositivo abaixo transcrito:

(...)

Portanto, por entender que as alegações com substrato em eventual violação de princípios constitucionais ou ilegalidade de normas regularmente editadas e publicadas extrapolam o âmbito da competência legal do julgador administrativo, estas não podem ser apreciadas por esta Turma de Julgamento.

Como se vê a instância julgadora *a quo* não deixou de apreciar este argumento constante em sua impugnação. Na realidade houve o afastamento de sua competência de apreciação de ilegalidade de normas emitidas pela RFB.

Contra este fato a recorrente não apresenta qualquer contestação, limitando-se apenas a dizer que a DRJ/08 não teria apreciado seu argumento, o que, como visto, não ocorreu.

Portanto, rejeito também essa preliminar de nulidade, sendo que a questão da ilegalidade da Instrução Normativa aplicada será apreciada ao longo deste voto.

Dos métodos e critérios para aferição dos preços de transferência. Método PECEX.

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, 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.

Seguindo esta linha, leciona o professor Luís Eduardo Shoueri caracterizando 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)

No caso aqui tratado o preço de transferência foi aplicado tendo em vista as operações realizadas entre a autuada e sua controlada indireta Vale Internacional S.A. (VISA), conforme extrato do TVF, com os grifos deste Relator:

1.3 A ação fiscal foi iniciada em 22 de junho de 2020 quando a contribuinte foi regularmente cientificada do início do procedimento pela ciência do Termo de Início de Fiscalização ao acessar a caixa postal em seu Domicílio Tributário Eletrônico (DTE). A contribuinte foi intimada a apresentar, entre outros, a memória de cálculo dos preços de transferência de todos os produtos e serviços exportados informados no registro X300 da ECF do ano-calendário de 2017; o contrato celebrado entre a fiscalizada e a Vale International para a venda de minérios que englobasse o período de 2017; e as cotações das bolsas, bases para apuração dos preços parâmetros dos minérios exportados sujeitos ao método Pecex

(...)

1.7 Além desses arquivos, a fiscalizada juntou o contrato para venda de minério de ferro formalizado com sua controlada indireta no exterior, a Vale International aplicável a 2017 na versão original em inglês bem como a tradução juramentada. Conforme consta da cláusula 2.1 do contrato, o objeto “é a compra e a venda de minério de ferro aglomerados e não aglomerados...”. Houve solicitação de prazo adicional de 20 (vinte) dias para apresentação das cotações das bolsas de mercadorias e futuros. Não houve apresentação dos contratos de compra e venda dos demais minérios.

A normatização dos Preços de transferência nas operações realizadas com controladas estava contida, a época dos fatos, nos art 18 ao 24 da Lei 9.430/96.

Especificamente com relação às operações de exportações, a legislação previne que pessoas jurídicas com operações realizadas com entidades vinculadas vendam seus produtos com preços inferiores aos preços parâmetros. Ou seja, no caso das exportações, a legislação estipula os preços mínimos aceitáveis de preços, de forma a se evitar a transferência de lucros para entidades vinculadas no exterior.

Neste contexto, foi publicada a Lei 12.715/12 que, com a introdução do § 9º ao art 19 da Lei 9.430/96, definiu como regra a utilização do Método do Preço sob Cotação na Exportação - PECEX na hipótese de exportação de *commodities* sujeitas à cotação em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas. Introduziu também o art 19-A em que estabelece as regras gerais seu cálculo, bem como as de sua utilização:

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)

§ 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)

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

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

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

§ 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)

§ 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)

§ 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)

§ 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)

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) (Vigência)

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)

§ 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.

Disciplinando o § 6º acima a RFB editou a Instrução Normativa 1.312/2012, no que se refere ao método PECEX está regulamentado nos arts 34 ao 36-A, abaixo copiado com o texto vigente a época da formação do fato gerador.

Do Método do Preço sob Cotação na Exportação (Pecex)

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.

§ 1º A partir de 1º de janeiro de 2013, o método Pecex deve ser obrigatoriamente aplicado na hipótese de exportação de commodities sujeitas à cotação em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas.

§ 2º 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.

§ 3º Consideram-se commodities para fins de aplicação do Pecex, os produtos: (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1395, de 13 de setembro de 2013)

I - listados no Anexo I e que, cumulativamente, estejam sujeitos a preços públicos em bolsas de mercadorias e futuros listadas no Anexo II, ou que estejam sujeitos a preços públicos nas instituições de pesquisas setoriais, internacionalmente reconhecidas, listadas no Anexo III, todos Anexos a esta Instrução Normativa; e (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1395, de 13 de setembro de 2013)

II - negociados nas bolsas de mercadorias e futuros listadas no Anexo II a esta Instrução Normativa. (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1395, de 13 de setembro de 2013)

§ 4º Não havendo cotação disponível para o dia da transação, deverá ser utilizada a cotação imediatamente anterior.

§ 5º Na hipótese de ausência de identificação da data da transação, a conversão será efetuada considerando-se a data de embarque dos bens exportados.

§ 6º 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. 20.

§ 7º O valor do prêmio é decorrente de avaliação de mercado, positiva ou negativa, que deve ser adicionado ou diminuído à cotação de bolsa internacional ou do instituto de pesquisa, a que se refere o art. 36, para se obter o preço recebido pelo exportador, e devem ser consideradas, inclusive, as variações na qualidade, nas características e no teor da substância do bem vendido. (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1395, de 13 de setembro de 2013)

§ 8º Na ausência de cotação específica para o bem exportado, o prêmio médio de mercado também poderá ser aplicado ao bem similar com referência em publicação de instituições de pesquisa setoriais internacionalmente reconhecidas.

§ 9º Além do prêmio, que consta no § 7º, o valor da commodity poderá sofrer ajustes correspondentes às diferenças entre o valor suportado pelo vendedor e às especificações de contrato padrão estabelecidas pela bolsa de mercadorias e

futuros, a que se refere o caput, ou em instituições de pesquisa setoriais, conforme definido pelo art. 36, tendo em vista as condições específicas de negócios, condições de venda - Incoterm, de conteúdo e de natureza física. (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1458, de 18 de março de 2014)

§ 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)

I - prazo para pagamento; (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1395, de 13 de setembro de 2013)

II - quantidades negociadas; (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1395, de 13 de setembro de 2013)

III - influências climáticas nas características do bem exportado; (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1395, de 13 de setembro de 2013)

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

V - acondicionamento; (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1458, de 18 de março de 2014)

VI - frete e seguro; e (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1458, de 18 de março de 2014)

VII - custos de desembarque no porto, de transporte interno, de armazenagem e de desembaraço aduaneiro, incluídos os impostos e as taxas incidentes na importação. (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1870, de 29 de janeiro de 2019)

§ 11. (Revogado(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1568, de 05 de junho de 2015)

§ 12. Os ajustes mencionados no § 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, que poderá servir como prova documental da necessidade de ajuste. (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1395, de 13 de setembro de 2013)

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

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

publicações técnicas ou banco de dados internacionalmente reconhecidos. (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1395, de 13 de setembro de 2013)

§ 15. O custo de transporte, a que se refere o inciso VI do § 10, poderá ser ajustado tendo por base o Baltic Dry Index (BDI). (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1395, de 13 de setembro de 2013)

§ 16. Considera-se a data da transação, para fins de comparação com a cotação em bolsa de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas, a data em que o preço foi negociado, conforme: (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1395, de 13 de setembro de 2013)

I - estabelecido em contrato usualmente praticado pela empresa, inclusive com pessoas não vinculadas; ou (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1395, de 13 de setembro de 2013)

II - procedimento normal de mercado. (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1395, de 13 de setembro de 2013)

§ 17. Na hipótese em que o preço praticado for calculado com base em cotações ou índices relativos a uma média de dias determinados em evento contratualmente previsto, a apuração do preço parâmetro também levará em consideração o mesmo período da média em dias. (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1395, de 13 de setembro de 2013)

§ 18. A forma de apuração do preço parâmetro mencionada no § 17 deverá ser aplicado, consistentemente, por produto, durante todo o período de apuração. (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1395, de 13 de setembro de 2013)

Art. 35. As bolsas de mercadorias e futuros que podem ser consideradas para fins de aplicação do Pecex são as listadas no Anexo II a esta Instrução Normativa.

Parágrafo único. A RFB poderá, de ofício ou em atendimento a pedido fundamentado de entidade de classe representativa de setor econômico ou da própria pessoa jurídica interessada, promover a inclusão ou exclusão de bolsa de mercadorias e futuros no Anexo II a esta Instrução Normativa.

Art. 36. 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 § 2º do art. 34 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.

Parágrafo único. As instituições de pesquisas setoriais internacionalmente reconhecidas passíveis de utilização para fins de cotação de preços são as listadas no Anexo III a esta Instrução Normativa.

Art. 36-A. Na hipótese de commodities que possuem preços de referência regionais, a pessoa jurídica exportadora deverá escolher, como preço parâmetro, o preço de cotação dos bens no mercado de destino do bem exportado: (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1395, de 13 de setembro de 2013)

I - constante em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas; ou (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1395, de 13 de setembro de 2013)

II - obtido a partir de fontes de dados independentes fornecidas por instituições de pesquisa setoriais internacionalmente reconhecidas. (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1395, de 13 de setembro de 2013)

§ 1º Não havendo preço de cotação em bolsa de mercadorias e futuros ou em instituições de pesquisa no mercado de destino do bem exportado, a pessoa jurídica exportadora deverá escolher o preço de cotação do mercado mais próximo. (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1395, de 13 de setembro de 2013)

§ 2º Na hipótese de não haver o preço de cotação em bolsa de mercadorias e futuros ou em instituições de pesquisa disponível ou, se houver, e este preço for muito dispare do preço de cotação do mercado de destino do bem exportado, a pessoa jurídica exportadora poderá utilizar um preço do bem vendido a pessoa jurídica não vinculada ou não residente em país com tributação favorecida ou que não se beneficie de regime fiscal privilegiado. (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1395, de 13 de setembro de 2013)

§ 3º O preço independente proveniente das próprias operações do exportador, a que se refere o § 2º, para ser utilizado deverá representar, ao menos, 5% (cinco por cento) do valor das operações de exportação sujeitas ao controle de preços de transferência, empreendidas pela pessoa jurídica, no período de apuração. (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1395, de 13 de setembro de 2013)

§ 4º Na hipótese de utilização do Método do Preço sob Cotação na Exportação (Pecex), nas condições determinadas pelo caput e pelo § 1º, a pessoa jurídica exportadora poderá utilizar os ajustes previstos no art. 34. (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1458, de 18 de março de 2014)

§ 5º Em relação à utilização do preço independente previsto no § 2º, a pessoa jurídica poderá utilizar os ajustes previstos no § 1º do art. 22. (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1458, de 18 de março de 2014)

Da autuação

Feitas as considerações sobre as normas legais e infra legais, vamos para os motivos que levaram à fiscalização a proceder ao lançamento do crédito tributário discutido nos presentes autos.

Em conformidade com a legislação supracitada, o método PECEX consiste na definição dos preços de transferência com base nos valores médios diários da cotação de bens ou

direitos sujeitos a preços públicos em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas (art 19-A da Lei 9.430/96), admitindo-se alguns ajustes, a saber:

- 1- Ajustes para mais ou para menos do prêmio médio do mercado, na data da transação (§ 1º do art 19-A)
- 2- Ajustes correspondentes às diferenças entre o valor suportado pelo vendedor e às especificações de contrato padrão estabelecidas pela bolsa de mercadorias e futuros (§§ 9º e 10 da IN RFB 1.312/2012)

De acordo com a fiscalização, a autuada teria feito *ajustes redutores a título de custos de intermediação no percentual de 5,5% sobre os valores unitários dos preços parâmetros nos cálculos de preços de transferência dos produtos sujeitos ao PECEX (minério de ferro, cobre, pelotas e manganês), sem amparo legal.*

Esta conclusão foi fundamentada em TVF constante no processo nº 16682-720.914/2019-17, que trata de autuação referente ao mesmo procedimento adotado pela recorrente, mas de anos calendários diferentes. Destaco aqui os pontos mais importantes do citado TVF para resolução da lide:

- A fiscalizada utilizou o percentual de 5,5% a título de custos de intermediação como redutor dos preços parâmetros (após ajustes de prêmio e frete).
- Os preços praticados correspondem aos valores das vendas efetivas da Vale S.A para a VISA seguindo a modalidade prevista no contrato de compra e venda de minérios entre as duas entidades vinculadas.
- O exame do documento, elaborado pela consultoria Ernst Young (E&Y) denominado “Análise Ajustes Referente a Custos de Intermediação”, de 3 de dezembro de 2013, revela que tal documento não confere o suporte legal para a dedução que a fiscalizada realizou em seus controles de preços de transferência nos anos-calendário de 2015 e 2016.
- A condição para que possa ser realizada tal ajuste redutor é que os custos de intermediação tenham sido cobrados pelas bolsas de mercadorias e futuros.
- Em nenhum documento apresentado pela fiscalizada, nem no relatório produzido pela E&Y há menção a custos de intermediação cobrados das bolsas de mercadorias e futuros.
- A conclusão do relatório elaborado pela E&Y, a partir da utilização do intervalo interquartil superior dos percentuais de margens brutas de cinco empresas (eleitas como comparáveis) e apuradas no intervalo de 2008 a 2012, foi a de que a fiscalizada poderia utilizar o percentual de 5,5% a título de custos de intermediação.
- O relatório fundamenta-se em método de busca de preços comparáveis conforme metodologia da OCDE.
- A norma brasileira não traz previsão para tal aplicação.

- Não há elementos que indiquem, na documentação apresentada, que a consultoria tenha notório conhecimento técnico acerca das especificidades do mercado das *commodities* exportadas pela fiscalizada, conforme dispõe o § 14 do art 34 da Instrução Normativa 1.312/2012.

- Os bancos de dados consultados pela E&Y, apesar de serem reconhecidos como fontes de pesquisa para acesso a dados financeiros e contábeis, não apresentam referências de preços de mercado para intermediação, não obedecendo o disposto no mesmo dispositivo normativo.

- Não há no relatório emanado pela consultoria E&Y uma linha sequer sobre a análise do mercado mundial de minérios, apesar de a análise de mercado decorrente de circunstâncias econômicas é citada pela própria OCDE.

- As cinco empresas eleitas para pesquisa de comparação de preço apresentam atividades que se distinguem consideravelmente da atividade de uma comercializadora de minérios como a VISA.

Assim, concluiu o citado TVF do processo nº 16682-720.914/2019-17, pela utilização de dedução indevida de custos de intermediação sobre os preços parâmetros no cálculo dos preços de transferência método Pecex para os produtos minério de ferro, pelota, manganês e cobre, adotado, além de diversas outras considerações, nesta autuação.

Após efetuados os ajustes de acordo com o que entendeu como correto a fiscalização adicionou os seguintes valores a título de ajustes de preços de transferência, alterando as bases de cálculo do IRPJ e CSLL conforme quadro abaixo:

2017	Total de Ajustes de exportação na ECF (R\$)	Total de Ajustes com a glosa dos Custos Intermediação (R\$)	Total de Ajustes a Lançar (R\$)
Minerio de Ferro	0,00	3.895.231.260,71	3.895.231.260,71
Cobre	4.247.071,48	54.042.451,18	49.795.379,70
Manganes Fino	0,00	1.287.379,26	1.287.379,26
Manganes Granulado	0,00	0,00	0,00
PELOTA	0,00	535.563.864,46	535.563.864,46
TOTAL	4.247.071,48	4.486.124.955,61	4.481.877.884,13

Do mérito

Da ilegalidade da IN RFB 1.568/2015 e o ajuste pelo custo de intermediação

Afirma, a recorrente, neste ponto que deveriam ser afastadas as fundamentações baseadas na IN RFB nº 1.568/2015, por entender que esta *impôs condições que desbordam o texto legal e acarretam majoração indevida de tributo*.

Segundo o seu entendimento a alteração do art 34, § 10, Inciso IV, da IN 1.312/12, efetuado pela IN 1.568/15 passou *a restringir, de forma indevida e contrária a Lei, o conceito de “custos de intermediação”*.

A determinação dos preços pelo método PECEX, bem como seus ajustes, está previsto no § 1º do art, 19-A, da Lei 9.430/96:

§ 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)

Como se vê o único ajuste ao preço de transferência previsto em lei, tanto para mais como para menos, é o preço médio do mercado.

Já a previsão para disciplinar sobre o método do PECEX, está no § 6º do mesmo artigo:

§ 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.

Como já dito anteriormente, obedecendo ao comando legal, a RFB publicou a Instrução Normativa 1.312/2012.

O texto original dos §§ 9º e 10 do art. 34 foi assim era redigido:

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

§ 10 As variáveis que podem ser consideradas nos ajustes mencionados no § 9º são o custo de transporte ao porto de destino e as influências climáticas nas características do bem.

Desta forma, inicialmente foram admitidos mais dois ajustes além daqueles previstos em lei, quais sejam, o custo do transporte e as influências climáticas.

Posteriormente, foi publicada a IN 1.395/2013 que permitiu seis ajustes, dentre eles destaca-se constante do Inciso IV, do § 10, que trata do ajuste pelos custos de intermediação:

§ 10. As variáveis que podem ser consideradas nos ajustes mencionados no § 9º são:

(...)

IV - custos de intermediação nas operações de compra e venda praticadas pelas pessoas jurídicas não vinculadas;

Este inciso passou a ter a redação final por meio da IN 1.568/2015:

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;

Esta alteração foi considerada como ilegal pela recorrente.

Não pode prosperar tal pretensão. É o que veremos a seguir.

Como já dito, o único ajuste permitido em lei ao preço de cotação dos bens, constantes em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas é o preço médio do mercado, sendo que estes valores podem ser ajustados para mais ou para menos.

Este ajuste também está previsto na IN 1.312/2012, no art 34, § 7º:

§ 7º O valor do prêmio é decorrente de avaliação de mercado, positiva ou negativa, que deve ser adicionado ou diminuído à cotação de bolsa internacional ou do instituto de pesquisa, a que se refere o art. 36, para se obter o preço recebido pelo exportador, e devem ser consideradas, inclusive, as variações na qualidade, nas características e no teor da substância do bem vendido. (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1395, de 13 de setembro de 2013)

De outra forma, os ajustes previstos, inicialmente pela 1.312/2012, e depois com as alterações sofridas pelas IN 1.395/2013 e 1.568/2015, não são os que estão previstos em lei.

Na realidade, tais ajustes refletem alguns custos que podem ser acrescentados, pois não são por ele suportados, ao valor de venda líquido recebido pelo exportador com as variáveis que são consideradas na cotação específica da *commodity* em bolsa de mercadorias e futuros.

Se fossemos considerar como ilegal a IN 1.568/2015, teríamos que considerar a ilegalidade da primeira Instrução Normativa que regulou a matéria, a 1.312/2012, pois a partir desse momento criou alguns ajustes que beneficiam as empresas exportadoras de *commodities* na fixação do preço de transferência pelo método PECEX, ao permitir os ajustes nos preços de transferência alguns valores não suportados pelo exportador.

A IN 1.395/2013 e, posteriormente a IN 1.568/2015, nada mais fez foi determinar regras para o ajuste do preço de transferência, incluindo nestes ajustes o custo da intermediação, que não constava originalmente na IN 1.312/2012.

Também não há qualquer fundamento o argumento utilizado pela recorrente que a IN 1.568/2015 não obedece aos ditames legais quando afirma que *adotou indevida acepção restritiva do conceito de “prêmio médio de mercado”, desbordando os limites impostos pela Lei nº 9.430/96.*

Afirma a recorrente que o referido ato normativo *proíbe indevidamente ajustes referentes a custos de intermediação não cobrados por bolsas de mercadorias e futuros, restando*

infundada a alegação de que não seria possível, no caso em tela, “aplicar metodologia de forma a se apurar um valor comparável de margem bruta proveniente de traders que seriam similares à Vale Internacional”.

Ocorre que, como já explanado alhures, o ajuste do custo de intermediação não foi estabelecido em lei. Foi interpretação dada pela norma infra legal que os valores não suportados pelo exportador não deveriam compor o preço de transferência, dentre eles está o custo de intermediação.

Vale dizer que inexistente, como já identificado anteriormente, tal previsão em lei. A regulamentação do “prêmio médio de mercado” está no § 7º do art 34 da IN 1.312/2012, novamente colacionado abaixo:

§ 7º O valor do prêmio é decorrente de avaliação de mercado, positiva ou negativa, que deve ser adicionado ou diminuído à cotação de bolsa internacional ou do instituto de pesquisa, a que se refere o art. 36, para se obter o preço recebido pelo exportador, e devem ser consideradas, inclusive, as variações na qualidade, nas características e no teor da substância do bem vendido. (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1395, de 13 de setembro de 2013)

Além disso, tanto a alteração da IN 1.312/2012 feita pela IN 1.395/2013, bem como a realizada pela IN 1.568/2015, trazem em seu texto, no inciso IV, § 10, do art 34, que os custos de intermediação são aqueles realizados nas operações de compra e venda praticadas pelas pessoas jurídicas não vinculadas.

Portanto, o que se depreende da leitura deste dispositivo é que os custos de intermediação, somente podem ser utilizados no ajuste do preço de transferência, se forem realizadas por pessoas jurídicas não vinculadas, além disso devem ser aqueles cobrados pelas bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas.

O § 1º, do art 19-A da Lei 9.430/96 define o PECEX como método que estabelece o preço mínimo para exportação à:

- Pessoas físicas ou jurídicas vinculadas.
- Residentes ou domiciliadas em países ou dependências com tributação favorecida.
- Pessoas físicas ou jurídicas beneficiadas por regimes fiscais privilegiados.

No caso em discussão, as operações sujeitas ao ajuste ao preço de venda na exportação, gerando o auto de infração em comento, foram realizadas por pessoas jurídicas vinculadas, portanto, não sujeitas ao ajuste aos custos de intermediação, conforme requer a a recorrente, nos termos do art 34, inciso IV, § 10, da IN 1.312/2012, com as alterações efetuadas pelas INs 1.395/2013 e 1.568/2015. Isto porque, segundo este ato normativo somente é possível a utilização do custo de intermediação como ajuste do preço de transferência quando as operações de compra e venda são realizadas por pessoas jurídicas não vinculadas.

Nem poderia ser diferente, pois a intermediação de compra e venda se pressupõe que exista uma terceira empresa que intermedeie esta operação. No caso aqui tratado, as exportações foram realizadas diretamente à pessoa jurídica ligada localizada no exterior, não havendo qualquer custo de intermediação a ser utilizado no ajuste ao preço de transferência.

Da mesma forma, não procede as alegações da recorrente que o lucro atribuível à VISA deveria se materializar nos ajustes decorrentes dos custos de intermediação.

Como já dito, a intermediação pressupõe uma terceira pessoa jurídica, fato que já está previsto na IN 1.568/2015.

É claro que a decisão de se manter uma empresa localizada no exterior para realizar a venda de seus produtos no exterior é perfeitamente possível, sem qualquer vedação no campo econômico.

No caso em concreto, temos que a recorrente realizou vendas de seus produtos, as *commodities*, à VISA, empresa ligada localizada no exterior, esta, por sua vez, vende as *commodities*, a seus clientes também situados no exterior.

Mesmo que todas as *commodities* produzidas pela recorrente sejam exportadas para empresa VISA, sua relação com a entrega de produtos, comercialização, recebimentos de valores, também são exclusivas com a mesma empresa. Em que pese toda argumentação utilizada em seu recurso voluntário, não há qualquer relacionamento entre a recorrente e as demais empresas destinatárias final do produto exportado.

Também pelos motivos largamente expostos acima, não é possível aceitar as alegações referente ao tratado Brasil-Suíça, uma vez que, como a própria recorrente afirma, ainda não foi internalizado pela legislação brasileira.

Da mesma forma, não pode ser levado em consideração o relatório da Ernest&Young, pois tenta justificar a utilização dos ajustes realizados a título de custos de intermediação, o que, como já amplamente explanado não é cabível no presente caso. Cumpre esclarecer que, em que pese o referido relatório traga uma extensa análise sobre a possibilidade da utilização deste ajuste, o parecer não pode se sobrepor ao que está estabelecido na legislação tributária sobre a impossibilidade de utilização do ajuste de custo de intermediação ao preço de transferência entre pessoas ligadas.

De igual maneira não se pode admitir o Parecer elaborado pelo CRU International Ltda, também citado pela recorrente.

Do lucro da exploração

Requer, a recorrente, neste ponto, que no cálculo dos ajustes do lucro real seja levado em consideração a existência da redução de 75% do IRPJ sobre o lucro da exploração, nos termos do art 28 e parágrafo único da IN 1.312/2012:

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.

Sobre este tópico, assim julgou a instância julgadora *a quo*:

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

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

Portanto, em razão do poder vinculativo dessa norma, agiu corretamente a Autoridade Fiscal ao não promover o recálculo ora requerido pela Impugnante. Como o artigo 66 supracitado veda a “recomposição do lucro de exploração referente ao período abrangido pelo lançamento”, não procedem as alegações da impugnante.

Como podemos observar pelo decidido pela DRJ08, no caso de lançamento de ofício não se admite a recomposição do lucro da exploração a teor do art 66 da IN SRF 267/2002. Vale dizer que a citada norma, regula justamente o tratamento tributário aplicável aos incentivos fiscais decorrentes do imposto sobre a renda das pessoas jurídicas¹ e o art 66 está inserido no Capítulo “ISENÇÃO OU REDUÇÃO DO IMPOSTO COMO INCENTIVO AO DESENVOLVIMENTO REGIONAL”, mesmo incentivo que a recorrente pugna que seja considerado na apuração do lucro real. Sem razão, portanto, a recorrente, também neste ponto.

Da necessidade de prevalência das cotações da GLOBAL ORE sobre a COREX

A recorrente requer, caso prevaleça o entendimento que não é possível a utilização do custo de intermediação no ajuste do preço de transferência, que sejam considerados os preços de cotação da Global Ore, pois esta seria opção mais vantajosa que a cotação da COREX, utilizada pela fiscalização.

Sobre esses argumentos, assim decidiu a DRJ:

A impugnante afirma que no mês de dezembro de 2017, a Fiscalização, ao apurar os novos preços de transferência, considerou os custos de intermediação

¹ Art. 1º Esta Instrução Normativa disciplina o tratamento tributário aplicável aos incentivos fiscais decorrentes do imposto sobre a renda das pessoas jurídicas

cobrados pelas bolsas tendo como parâmetro a cotação da COREX; sendo que a impugnante afirma que a Global Ore se revela mais vantajosa para ela, no mês de dezembro, do que a COREX.

Pois bem, compulsando-se os autos, verifica-se que a impugnante alega também (fls.2215), que “as vendas por meio de bolsas de mercadorias e futuros representam um percentual mínimo sobre o total transacionado pela VISA ...”; ademais, constata-se que, para o ano-calendário de 2017, a impugnante utilizou ela própria as cotações da COREX, não tendo a Fiscalização a obrigação de analisar qual cotação é mais vantajosa para a impugnante.

Por último, não demonstra a impugnante um memorial de cálculo, fundado nos custos que de fato teria incorrido.

Por tais motivos, não deve prosperar a alegação de que houve erro no cálculo dos tributos lançados, ou que houve custos de intermediação nas operações realizadas em bolsa de mercadorias e que tais valores não foram utilizados na determinação dos valores lançados.

Sem observações a fazer, entendo como correta a decisão da DRJ08, utilizando como minhas as suas razões de decidir, não assistindo razão à recorrente, também neste ponto.

Conclusão

Sendo assim, por todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário apresentado para afastar as preliminares de nulidades suscitadas e manter o crédito tributário em sua integralidade.

(documento assinado digitalmente)

Alexandre Iabrudi Catunda - Relator