



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16682.720914/2019-17
ACÓRDÃO	1401-006.991 – 1ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	11 de junho de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	VALE S.A.
RECORRIDA	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2015, 2016

PRELIMINAR NULIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO. DILIGÊNCIA EM EMPRESA DE CONSULTORIA.

Carece de fundamento lógico e jurídico afirmar que o Decreto-lei que baseia o Regulamento do Imposto de renda não poderia flexibilizar o rol taxativo previsto no artigo 197, do CTN, diploma ao qual foi conferido status de Lei Complementar”. Isso porque, basta a simples leitura do art. 197, VII, CTN, para constatar que o dispositivo remete expressamente à legislação ordinária a ampliação do rol previsto nos incisos anteriores, concluindo-se, pois, que a enumeração não é taxativa e sua ampliação não requer Lei Complementar. Portanto, não se verifica nulidade do auto de infração quando da realização de diligências necessária junto à empresa de consultoria. Preliminar rejeitada.

PRELIMINAR NULIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO. ALTERAÇÃO DE CRITÉRIO JURÍDICO. ART. 146, CTN.

Não se extrai alteração de critério jurídico quando da realização de lançamento de ofício posterior a procedimento de fiscalização de anos anteriores que foi concluído sem a lavratura de auto de infração. Preliminar rejeitada.

PRELIMINAR. NULIDADE. DECISÃO DE 1ª INSTÂNCIA CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA.

Não se verifica nulidade por cerceamento ao direito de defesa quando a decisão de 1ª instância se encontra devidamente fundamentada, com argumentos capazes de infirmar uma conclusão. Preliminar rejeitada.

EXPORTAÇÃO. PREÇO DE TRANSFERÊNCIA. MÉTODO PECEX. AJUSTES. CUSTO DE INTERMEDIACÃO.

O método Pecex busca comparar o preço de venda do exportador da commodity com referências de mercado: preços públicos, decorrentes das forças de demanda e oferta, divulgados por bolsas de mercadorias e futuros. Tais preços podem sofrer ajustes correspondentes a um prêmio, proveniente de avaliação de mercado, e decorrente das características do produto negociado. Além do prêmio, as pessoas jurídicas exportadoras sujeitas a apuração do Pecex podem realizar ajustes relativos a outras variáveis, que representem divergências entre o contrato padrão da instituição de referência de preços e o valor que é suportado pelo vendedor. Tais ajustes, dentre eles os custos de intermediação, tem relação com as referências de mercado comparadas com o preço de exportação, não representando medidas de eficiência de participantes do mercado, muito menos a da própria empresa vinculada.

Os custos de intermediação capazes de ensejar ajustes são tão somente os cobrados pelas bolsas de mercadorias e futuros.

A interpretação defendida pela recorrente, portanto, não encontra fundamento nem mesmo na redação conferida pela IN n. 1.395/13, pois resulta de leitura isolada do parágrafo 10. Seria ainda menos compatível com a redação original, que enumerou exhaustivamente as variáveis aptas a determinar ajustes.

VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE – IN 1568/15 - INEXISTÊNCIA

A IN n. 1.568/15 não introduziu restrições à regulamentação do tratamento do PECEX. As restrições são ínsitas à normatização do método de controle de preços de transferência. Assim, inexistente ofensa ao princípio da anterioridade, relativo ao ano-calendário 2015, pois não há que se falar em inovação, nem, tampouco, em majoração de tributo, afastando-se, destarte, a aplicação do art. 97 do CTN.

VIOLAÇÃO DA ISONOMIA – INEXISTÊNCIA

Não há fundamento para comparar as operações em bolsa e seus respectivos operadores com a Recorrente e suas negociações. As negociações fora de bolsa somente devem ser comparadas com outras negociações fora de bolsa. Nesse âmbito, todos os atores do mercado aos quais eventualmente se aplique o método PECEX estarão submetidos às mesmas normas que partem do preço de mercado e autorizam ajustes em função de características do produto e algumas características contratuais. As normas de simplificação, que limitam as variáveis ajustáveis, atingem indistintamente todos os contribuintes na mesma categoria.

AJUSTE DA BASE DE CÁLCULO PARA CONSIDERAR A DIFERENÇA ENTRE OS VALORES PREVISTOS NO ART. 51, PARÁGRAFO SEGUNDO DA IN RFB Nº 1.312/2012 E O PERCENTUAL ADOTADO PELA CONTRIBUINTE EM RELAÇÃO AO CUSTO DE INTERMEDIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. A margem de divergência serve como um filtro de eficiência para que a fiscalização não promova ajustes em casos em que a divergência seja pequena. Contudo, quando ultrapassado esse percentual, o ajuste deve ser realizado de forma integral, não havendo que se falar tributação do valor remanescente, pois não se trata de uma norma de isenção, mas de uma norma de praticabilidade. Desse modo, independentemente da irresignação quanto a 3% ou 5%, no caso concreto a divergência constatada foi de 5,5%, razão pela qual não se aplica a margem de divergência.

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. ARGUIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA Nº 2, CARF.

A aplicação da multa de 75% tem amparo no art. 44, I, da Lei nº 9.430/96, visto que a exigência foi formalizada de ofício. Alegações de inconstitucionalidade quanto à aplicação da legislação tributária não podem ser oponíveis na esfera administrativa, por ultrapassar os limites da sua competência legal. Nos termos da Súmula CARF 02, o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

PRELIMINARES DE NULIDADE REJEITADAS. NO MÉRITO, RECURSO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade do auto de infração e da decisão de 1ª instância para, no mérito, por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário; vencidos os Conselheiros Daniel Ribeiro Silva e Andressa Paula Senna Lísias que lhe davam provimento para cancelar o lançamento. Em relação aos argumentos subsidiários constantes do recurso voluntário, por maioria de votos, negar

provimento ao recurso acerca da (i) aplicação da anterioridade prevista em razão das alterações promovidas pela IN RFB nº 1.568/2015 e (ii) ao ajuste da base de cálculo para considerar a diferença entre os valores previstos no art. 51, parágrafo segundo da IN RFB nº 1.312/2012 e o percentual adotado pela contribuinte em relação ao custo de intermediação; vencidos os conselheiros Daniel Ribeiro Silva e Andressa Paula Senna Lísias que lhe davam provimento; por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso em relação à redução do incentivo fiscal. Manifestou intenção de fazer declaração de voto o Conselheiro Daniel Ribeiro Silva.

Assinado Digitalmente

Andressa Paula Senna Lísias – Relatora ad hoc

Assinado Digitalmente

Luiz Augusto de Souza Gonçalves – Presidente

Participaram do presente julgamento os conselheiros Cláudio de Andrade Camerano, Daniel Ribeiro Silva, Fernando Augusto Carvalho de Souza, André Severo Chaves (Relator original cujo voto já havia sido registrado anteriormente), Andressa Paula Senna Lísias (Relatora ad hoc) e Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente). Gustavo de Oliveira Machado (suplente convocado presente na sessão) não participou dessa votação.

RELATÓRIO

Na qualidade de Relatora *ad hoc*, sirvo-me do Relatório elaborado pelo relator original, Conselheiro André Severo Chaves, que havia sido inserido, sob forma de minuta, no diretório corporativo deste C. CARF:

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o acórdão da DRJ, que julgou totalmente improcedente a Impugnação apresentada pela ora Recorrente.

O presente litígio refere-se a Lançamento de Ofício em Auto de Infração, o qual (i) constituiu créditos relativos a Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) bem como (ii) reduziu o saldo de bases de cálculo negativa de ambos os tributos. Os lançamentos referem-se a fatos geradores ocorridos ao longo dos anos-calendário de 2015 e 2016, período no qual o Contribuinte recolheu seus tributos no regime tributário do Lucro Real.

O valor total de tributos lançados é de **R\$1.279.372.989,82**, incluindo multas de 75% e juros moratórios calculados até 11/2019 (e que serão recalculados quando do pagamento ou parcelamento do débito), além da redução das bases de cálculo negativas acumuladas do IRPJ e da CSLL. O quadro a seguir sumariza os valores exigidos:

VALORES LANÇADOS EM AUTO DE INFRAÇÃO*

EM R\$

TRIBUTOS	PRINCIPAL	MULTA	TOTAL
IRPJ	537.551.676,40	403.163.757,30	940.715.433,70
CSLL	193.518.603,50	145.138.952,62	338.657.556,12
TOTAL	731.070.279,90	548.302.709,92	1.279.372.989,82

(*) Exceto juros moratórios.

A seguir a transcrição de partes do Termo de Verificação Fiscal que narra a autuação:

INTRODUÇÃO

(...)

As operações de venda dos produtos da Vale S.A no mercado internacional, tendo como destaque o mercado asiático (maior mercado consumidor), são concentrados e realizados pela entidade controlada indireta no exterior a *Vale International S.A.* A *Vale International S.A* foi constituída em 2006 e tem sede na Suíça, na cidade de Saint-Prex.

A Vale S.A, entidade fiscalizada, exporta todos os seus produtos destinados ao mercado internacional para a *Vale International S.A*, que por sua vez realiza a atividade comercial do grupo brasileiro realizando a venda aos consumidores finais dos minérios extraídos no Brasil. Assim, considerando esse contexto de atuação no mercado global da companhia sob fiscalização, em termos de aplicação da legislação tributária brasileira, destacam-se as normas concernentes à tributação em bases universais e preços de transferência.

No transcorrer do procedimento, foi constatada a ocorrência de infração à legislação tributária, concernentes ao Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e à Contribuição social sobre o Lucro Líquido (CSLL), relativa à apuração de ajustes de preços de transferência sobre operações de exportação. Com efeito, foi identificado que a fiscalizada se utilizou de ajuste que reduziu o valor do preço parâmetro sem amparo legal. Desde 2013 está em vigor a regra do preço sob cotação no exterior (Pecex) para o cálculo dos ajustes de preços de transferência, nas operações de exportação, na indústria de *commodities*. Nesse método, os preços praticados, pela entidade sujeita às regras, são comparados com os preços (parâmetros) obtidos a partir de referências de mercado (bolsas de mercadorias e

futuros) internacionais das *commodities*. Tais preços parâmetros podem sofrer ajustes para mais ou para menos, relativos a um prêmio, conforme a legislação tributária. Além dos ajustes relativos ao prêmio, as entidades podem realizar outros ajustes de acordo com a norma vigente. Um dos ajustes ao preço parâmetro utilizados pela fiscalizada foram os ajustes de custos de intermediação. Tais ajustes dizem respeito aos custos de intermediação cobrados pelas bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas. A fiscalizada utilizou um coeficiente fixo, nos períodos fiscalizados (2015 e 2016), de 5,5% como ajuste de custo de intermediação sobre os preços parâmetros para todos produtos sujeitos ao método Pecex (minério de ferro, pelota, manganês e cobre), após outros ajustes. Esses ajustes a título de custos de intermediação foram estipulados após contratação de consultoria tributária prestada pela empresa Ernst Young (E&Y). Tais variáveis diminuíram de forma irregular o valor final dos preços parâmetros, aproximando-os dos valores dos preços praticados. Foi constatado, conforme a explanação constante deste termo que os ajustes de custos de intermediação utilizados pela fiscalizada, não encontram amparo na legislação tributária.

Assim, tais ajustes foram glosados pela fiscalização de ofício. Com o expurgo dos ajustes de custos de intermediação foram calculados novos ajustes de preços de transferência que levaram à modificação dos valores a serem adicionados às bases de cálculo dos tributos sobre o lucro.

Com o presente lançamento estão sendo adicionados às bases de cálculo do IRPJ e da CSLL os valores de R\$ 3.271.465.145,18, no ano-calendário de 2015; e de 3.071.723.865,17, no ano-calendário de 2016. A seguir o histórico do procedimento fiscal.

1 – DA AÇÃO FISCAL E DOS PROCEDIMENTOS DA AUDITORIA

(...)

1.6 Já na segunda intimação, lavrada em 10 de abril de 2019, com ciência pessoal na mesma data, a fiscalizada foi demandada a apresentar a memória de cálculo dos preços de transferência na exportação. Também houve a intimação para confirmar a validade do contrato de compra e venda de minérios celebrado entre a fiscalizada, Vale S.A e a *Vale International*. Tal contrato havia sido entregue anteriormente pela própria fiscalizada para Auditor-Fiscal, em exercício nesta Demac, em razão de procedimentos de análise de direito creditório.

(...)

1.7 A fiscalizada apresentou a resposta em 30 de abril de 2019. Na oportunidade, a Vale S.A juntou a carta externa 049/2019, de 30 de abril de 2019, com a descrição das premissas adotadas para o cálculo dos preços de transferência para os produtos a) minério de ferro e pelota; b) cobre; c) manganês; e d) níquel. Tais memórias de cálculo foram fornecidas no formato de planilhas eletrônicas com os demonstrativos de cálculo efetuados pelo sujeito passivo para os preços de transferência de exportação. A fiscalizada também juntou arquivos não

pagináveis, contendo as apurações, em planilhas eletrônicas, dos preços de transferência para cada um dos produtos exportados. As planilhas anexadas pela fiscalizada apresentam os preços praticados, os preços parâmetros e os respectivos ajustes (prêmio e demais variáveis) para cada um dos minérios sujeitos ao método Pecex, bem como para o níquel em que o método foi o PVA. Cada uma das planilhas com a memória de cálculo apresenta o valor total que formou o cômputo da adição que foi registrada na ECF. Foram entregues as planilhas TP_MINERIO_DE_FERRO_AC_2015; TP_MANGANES_AC_2015; TP_PELOTA_AC_2015; TP_Cobre_AC_2015; e TP_Niquel_AC_2015.

1.8 Além disso, a fiscalizada confirmou a vigência do contrato formalizado entre ela e sua controlada no exterior, a *Vale International* e indicou que foram celebrados dois termos aditivos. Apresentou os aditivos na língua inglesa e solicitou prazo adicional para a apresentação dos atos com a tradução juramentada. Em 2 de maio de 2019, a fiscalizada apresentou os dois aditivos ao contrato entre a Vale S.A e a *Vale International S.A* devidamente traduzidos. O contrato celebrado em março de 2006 foi válido até 31 de dezembro de 2016, conforme a seção 2 do acordo.

1.9 Em relação ao contrato para venda de minérios entre a Vale S.A e sua controlada indireta, a *Vale International S.A*, constata-se que a compradora *Vale International* adquire todos os produtos da vendedora, a fiscalizada Vale S.A, nos portos brasileiros de Tubarão (ES), Porto da Madeira (MA), Itaguaí(RJ), Guaíba (RS), Vila do Conde (PA) e Belém (PA), conforme o Incoterm FOB. Assim, está especificado na seção 6 – Termos de Venda do contrato, conjugado com o Anexo C do acordo. Ainda de acordo como avençado é a *Vale International* quem indica quais as embarcações os produtos devem ser carregados de acordo com cronogramas e ordens de compra estabelecidos entre as partes. De acordo com o avençado, a *Vale International* fica responsável pelos produtos exportados após a passagens das mercadorias pelo vagão no porto de carregamento, conforme a seção 9 do contrato.

(...)

1.10 Importa destacar na resposta da fiscalizada ao termo de intimação nº 2, a descrição de uma das premissas para o cálculo dos preços de transferência para todos os produtos em que foi aplicado o método Pecex (minério de ferro, pelota, cobre e manganês). A fiscalizada informou o seguinte em relação ao ajuste relativo ao custo de intermediação aplicado aos preços parâmetros (a mesma informação para cada um dos produtos):

“Dedução de custos de intermediação, definidos com base em pesquisa efetuada por empresa de notório conhecimento técnico com base em publicações técnicas e banco de dados internacionais reconhecidos (IN 1.312/12, art. 34, § 10, IV e § 14)”.

(...)

1.15 Em sua resposta, datada de 29 de julho de 2019, Carta Externa nº 115/2019, a fiscalizada informou que a *Vale International S.A* tem 100% de suas ações detidas pela Vale Holdings & Services AG (anteriormente denominada Vale Holding AG), que por sua vez é uma investida, com 100% do capital, pertencente à Vale International Holdings GmbH. O endereço da Vale Holdings & Services AG é o mesmo da *Vale International S.A*: Route de Pallatex 29, 1162 Saint-Prex, Suíça.

1.16 A Vale International Holding GmbH é uma controlada direta da Vale S.A (fiscalizada), sediada na Áustria, conforme informações prestadas nos documentos públicos (demonstrações financeiras publicadas) e na ECF do ano-calendário de 2015(cf. registro X340).

1.17 Conforme o item 3 da intimação de número 4, a fiscalizada foi intimada a apresentar a documentação de suporte para a dedução dos custos de intermediação. Na resposta à intimação, contida na já mencionada Carta Externa nº 115/2019, a fiscalizada além de anexar um documento (a fiscalizada utilizou o termo laudo) emanado pela consultoria Ernst&Young (E&Y), em dezembro de 2013, e denominado de “Análise de Ajustes Referentes a Custos de Intermediação”, apresentou uma série de argumentos para o emprego dos referidos ajustes:

(...)

1.18 O documento intitulado “Análise de Ajustes Referentes a Custos de Intermediação”, de dezembro de 2013 e emitido pela consultoria E&Y, entregue pela fiscalizada como documentação suporte para a aplicação do percentual de 5,5% a título de custos de intermediação, é identificado pelo código TR-1081/2014 em sua primeira página. O documento possui trinta e três páginas e está estruturado em seis capítulos e dois anexos: I) Introdução e escopo; II) Trader Overview; III) Overview da análise funcional da Vale International; IV) Análise Econômica; V) Determinação do custo de ajuste e conclusões; VI) Aplicação da legislação brasileira de preços de transferência; Anexo 1; e Anexo 2.

1.19 Em abreviada síntese, que será melhor detalhada adiante (na seção 3 deste termo), o documento apresenta uma metodologia realizada pela empresa de consultoria para apurar o que seria o custo de intermediação passível de ser utilizada pela sua cliente (a fiscalizada, Vale S.A). Tal metodologia seguiu, conforme indica a empresa de consultoria, as premissas do modelo da OCDE4 buscando a aplicação dos princípios do *Arm's Length*. Conforme o estatuído no segundo parágrafo da introdução, a E&Y expressa que “O objetivo dessa análise é demonstrar o intervalo interquartil apropriado de margens brutas que se enquadrem no conceito *Arm's Length*, para as *tradings* que negociam no mercado internacional, (...)”. A E&Y inicia o trabalho apresentando uma análise denominada de funcional da *Vale International* (VISA) procurando enquadrá-la em um dos três tipos de intermediários comerciais descritos: comissionário, distribuidor com risco limitado e distribuidor de pleno direito. Como, pela análise funcional, a *Vale International* foi enquadrada como distribuidor de pleno direito,

a E&Y indica a utilização do método *Transactional Net Margin Method* (TNMM), com a aplicação do indicador de margem bruta como determinante “adequado” para a avaliação. A partir dessa definição, a consultoria realizou pesquisas em bases de dados que dispunham de registros de demonstrações financeiras de empresas de capital aberto ou fechado. São bases de dados utilizadas pelo mercado, pesquisadores ou investidores para consultas e estudos sobre informações financeiras de empresas, destacando-se as informações contábeis (balanços, demonstração de resultado de exercício, preços de ações etc.). Nessas bases, a E&Y seguiu determinados critérios de filtros para o processo de amostragem a fim de chegar em uma amostra representativa de empresas comercializadoras, segundo seu juízo, de produtos similares aos comercializados pela *Vale International*. Em um processo de amostragem não totalmente transparente, conforme será abordado adiante, a consultora chegou a cinco empresas que considerou aptas para aplicar a metodologia. Foi então realizada a partir das demonstrações de resultado dessas cinco empresas o cálculo da margem bruta (lucro bruto dividido pela receita) dos anos de 2008 a 2012. A partir do cálculo das médias dos últimos cinco anos para cada uma das empresas. A consultoria afirma que “em consulta com o cliente” considera que a faixa que melhor representaria o custo de intermediação para a *Vale International*, estaria no quartil superior (5,5%). A consultoria, então recomenda a utilização desse percentual como ajuste redutor do preço parâmetro, após os ajustes do prêmio e frete conforme estatuído pela IN RFB nº 1.312/2012.

1.20 A entrega pela fiscalizada do documento emanado pela E&Y juntamente com a longa resposta defendendo o ajuste a título de custo de intermediação, motivaram a investigação sobre a correção do procedimento adotado face à legislação de regência a partir das seguintes questões: a) o ajuste do custo de intermediação, no percentual de 5,5% aplicado pela fiscalizada sobre os preços parâmetros (já ajustados pelo prêmio e pelo frete) de todos os produtos que foram submetidos ao método Pecex está de acordo com o que determina a legislação tributária? b) o documento emanado pela E&Y “Análise de Ajustes Referentes a Custos de Intermediação” é hábil para comprovar o referido ajuste para o cálculo dos preços de transferência? c) a metodologia adotada pela E&Y é aplicável aos anos sob fiscalização?; d) a metodologia adotada pela E&Y é coerente? Esses questionamentos serão retomados na seção 3 deste termo.

(...)

DO EXAME DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

1.44 As planilhas com os cálculos dos preços de transferência de exportação que forneceram as bases para os valores que foram reportados nos registros X300 das ECF dos anos-calendário de 2015 e 2016 e que compuseram, a maior parte dos valores adicionados às bases de cálculo do IRPJ e da CSLL nas linhas 11 dos registros M300 e M350, respectivamente, foram entregues pela fiscalizada durante o procedimento fiscal (cf. itens 1.7; 1.26 e 1.29).

1.45 As planilhas foram entregues com todas as fórmulas e bases de dados (preço na bolsa, cotação do câmbio, cotação preços para cálculo de frete, etc), utilizados pela fiscalizada de forma a se obter a comparação entre os preços praticados e os preços parâmetros, bem como o respectivo cálculo dos ajustes realizados, cujo valor total, quando diferente de zero, foi informado nas ECF dos anos de 2015 e 2016, para todos os produtos.

1.46 Em cada uma das planilhas a fiscalizada a apresenta o valor do preço praticado e a composição dos preços parâmetros com os ajustes realizados. Para ilustrar, tome-se como exemplo, a planilha TP_MINERIO_DE_FERRO_AC_2015 (entregue cf item 1.7).

A	B	C	D	E	F	G	H	I	J	K	L	M	N
Mês	DATA_EMBARQUE	Média de H2O	Média de FE	Soma de QUANTIDADE	Soma de valor_TOTAL	Soma de valor_TOTAL	Preço Praticado	Cotação	Preço Praticado	Cotação em Bolsa	Cotação em Bolsa	Teor de Ferro	Ajuste de Prêmio
						R\$	USD	USD	R\$	USD	R\$	Bolsa	(Teor)
1	14/01/2015	7,89	61,46	822.078,01	33.466.632,56	87.736.123,92	40,71	2.62160	106,73	68,15	178,6673	61,48	1,11
1	15/01/2015	8,00	61,02	427.877,97	17.418.513,35	45.481.234,10	40,71	2.61160	106,32	68,15	177,9858	61,48	1,11
1	16/01/2015	7,60	61,81	725.043,03	29.516.663,37	77.295.284,37	40,71	2.61870	106,61	68,15	178,4096	61,48	1,11
1	17/01/2015	8,36	61,83	861.386,02	32.624.179,80	85.432.939,64	40,71	2.61870	106,61	68,15	178,4096	61,48	1,11
1	18/01/2015	6,81	62,87	779.291,02	31.724.936,29	83.678.091,45	40,71	2.61870	106,61	68,15	178,4096	61,48	1,11

A	B	C	D	E	F	G	H	I	J	K	L	M	N	O	P	Q	R	S	T	U	V	W	X	Y	Z	AA	AB
Mês	DATA_EMBARQUE	Teor de Ferro	Ajuste de Prêmio	Ajuste de Prêmio	Prêmio Teor	Ajuste de Prêmio	Frete COA	Frete Buf	Preço Final	Custo de Intermediação	Custo de Intermediação	Preço Parâmetro	Variação	Ajuste Unitário	Ajuste Total												
		Bolsa	USD	R\$ (Teor)	R\$ (Teor)	(Limitado)	USD	USD	R\$	%	ção - R\$	Final															
15	14/01/2015	61,48	1,11	2,91	8,66	-14,78	-18,67	-48,90	123,59	5,50%	-0,49	114,10	0%	7,38	6.963.623,47												
16	15/01/2015	61,48	1,11	2,90	-1,32	-14,13	-18,67	-48,77	111,77	5,50%	-0,94	104,83	-4%	-	-												
17	16/01/2015	61,48	1,11	2,90	6,18	-14,14	-18,67	-48,90	121,61	5,50%	-0,18	112,23	5%	5,62	4.977.269,89												
18	17/01/2015	61,48	1,11	2,90	6,82	-10,49	-18,67	-48,90	120,91	5,50%	-0,34	111,57	4%	4,90	3.975.325,38												
19	18/01/2015	61,48	1,11	2,90	4,04	-12,44	-18,67	-48,90	121,17	5,50%	-0,15	111,82	5%	5,21	4.959.511,78												
20	19/01/2015	61,48	1,11	2,91	4,50	-13,53	-18,67	-48,99	120,79	5,50%	-0,54	111,45	4%	4,64	3.887.335,21												
21	20/01/2015	61,48	1,11	2,91	-1,93	-12,05	-18,67	-48,90	115,85	5,50%	-0,07	106,79	0%	-	-												
22	21/01/2015	61,48	1,11	2,88	-0,00	-12,94	-18,67	-48,48	114,91	5,50%	-0,99	105,93	0%	-	-												

1.47 Primeiramente, a fiscalizada nas colunas A, B, E, F, G, H e I informa as entradas de dados necessárias para o cômputo do preço praticado, que por sua vez está na coluna J, em Reais. As quantidades vendidas e o valor total em Dólares Americanos são provenientes dos sistemas que indicam as vendas e estão em consonância com os valores declarados nas informações aduaneiras. A coluna K fornece o preço em dólar que foi divulgado pela bolsa, no caso de 2015, a globalORE. A coluna L, a cotação da bolsa em Reais. As colunas M, N e O contêm os dados para o cálculo do prêmio em razão da qualidade do minério. É feita a comparação do teor do minério negociado na bolsa com o minério vendido pela fiscalizada (coluna D). Após o ajuste do prêmio é feito um ajuste em relação à umidade presente no produto vendido (a cotação é relativa ao produto “seco” e há um teor de H2O a ser deduzido, conforme o percentual informado na coluna C. A cotação já ajustada pelo prêmio e umidade é ajustada (deduzida) do frete, calculado a partir de dados de um contrato padrão com terceiros tendo como referência as cotações de combustível (bunker fuel) fornecidas pela Platts, colunas R e S, resultando no preço em reais informado na coluna T. O custo de intermediação de 5,5% é calculado a partir do preço ajustado pelo prêmio sem computar a dedução do frete (coluna V). Na coluna W é informado o cálculo do preço parâmetro final em Reais correspondente à soma das colunas T e V. É informado na coluna X o percentual de divergência entre o preço praticado e o preço parâmetro. Na coluna Y, há o valor de ajuste unitário de preço de transferência, caso a diferença entre o valor do preço parâmetro e o preço praticado exceda a margem de divergência de 3%. Na coluna Z é informado o

ajuste total em Reais para cada operação pela multiplicação da quantidade (coluna E) pelo ajuste unitário (coluna Y). Na coluna AA, na célula localizada na primeira linha (ao lado do rótulo) há o somatório dos ajustes. No caso do minério de ferro, o cálculo feito pela fiscalizada, para o ano de 2015, correspondeu a um ajuste total de R\$1.196.790.820,86. Esse valor corresponde ao somatório dos ajustes para o referido minério que foi declarado na ECF, no registro X300

1.48 Assim, tomando-se como exemplo o dia de embarque de 16/01/2015, o valor que foi calculado pela fiscalizada como ajuste pelo método Pecex, para o minério de ferro, apurado pela fiscalizada foi de R\$ 4.077.269,68, conforme ilustrado na tabela abaixo.

Preço Praticado		Preço Parâmetro	
DATA_EMBARQUE	16/01/2015	Cotação em Bolsa USD	68,15
Média de H2O	7,66	Cotação em Bolsa R\$	178,469642
Média de FE	63,61	Teor de Ferro Bolsa	61,48
Soma de QUANTIDADE	725.047,03	Ajuste de Prêmio - USD (Teor)	1,11
Soma de valor TOTAL	29.516.663,37	Ajuste de Prêmio - R\$ (Teor)	2,90
Soma de valor TOTAL R\$	77.295.286,37	Prêmio Teor	6,18
Preço Praticado USD	40,71	Ajuste de Prêmio (Umidade)	-14,14
Cotação USD	2,61870	Frete COA USD	-18,67
		Frete Ref. R\$	-48,90
		Preço Final	121,61
		Custo de Intermediação - %	5,50%
		Custo de Intermediação - R\$	-9,38
Preço praticado R\$	106,61	Preço Parâmetro Final	112,23
Margem de divergência		5,3%	
Ajuste unitário		5,62	
Ajuste Total		4.077.269,69	

1.49 Em cada planilha de apuração de preços de transferência em que houve a aplicação do método Pecex, a metodologia aplicada pela fiscalizada é semelhante à descrita acima para o minério de ferro, guardadas as respectivas características e especificidades de cada produto, e pode ser conferida diretamente nos arquivos juntados nesse processo.

1.50 No ano de 2016, para o minério de ferro, conforme a planilha entregue pela fiscalizada, denominada VALE TP 2016 (item 1.26), a fiscalizada se utilizou dos preços de duas bolsas: a globalORE e a COREX (anteriormente China Beijing International Mining Exchange, CBMX). A fiscalizada apurou os preços parâmetros e os ajustes considerando cada uma das bolsas de referência separadamente, conforme os cálculos descritos no item 1.47, e comparou os ajustes entre uma e outra. Ao final considerou como ajuste a ser realizado nas bases de cálculo do IRPJ e CSLL o menor valor entre as duas referências. O quadro abaixo reproduz a aba da planilha que retrata o descrito neste item.

GLOBAL ORE		COREX		Minério de Ferro	
MÊS		MÊS		Mês	Ajuste total R\$
1	98.542.353,92	OK 1	206.328.644,45	OK 1	206.328.644,42 GLOBAL ORE
2	103.071.125,02	OK 2	212.300.436,16	OK 2	212.300.436,16 GLOBAL ORE
3	99.938.421,35	OK 3	319.745.480,28	OK 3	319.745.480,29 GLOBAL ORE
4	352.397.212,18	OK 4	41.725.379,62	OK 4	41.725.379,60 COREX
5	3.105.334,33	OK 5	115.264.989,57	OK 5	115.264.989,57 GLOBAL ORE
6	42.266.171,85	OK 6	3.581.512,22	OK 6	3.581.512,22 COREX
7	36.865.451,87	OK 7	18.833.125,44	OK 7	18.833.125,44 COREX
8	14.662.850,64	OK 8	53.321.763,25	OK 8	53.321.763,27 GLOBAL ORE
9	135.271.122,35	OK 9	40.030.782,62	OK 9	40.030.782,61 COREX
10	573.324.301,91	OK 10	42.614.091,76	OK 10	42.614.091,76 COREX
11	6.586.265,17	OK 11	30.992.028,43	OK 11	30.992.028,43 GLOBAL ORE
12	180.881.680,48	OK 12	37.071.130,41	OK 12	37.071.130,42 COREX
Total Resultado	1.646.912.291,07	Total Resultado	1.121.809.364,21	Total Geral	509.762.372,48

1.51 Foram conferidos os cálculos realizados, de acordo com as fórmulas constantes das planilhas de todos os produtos e não foram encontrados erros aritméticos. Foram também conferidos os valores informados de cotações das planilhas com aqueles fornecidos pelas bolsas.

1.52 Entretanto, dos exames realizados, foi constatado que os valores correspondentes aos ajustes reportados pela fiscalizada como ajustes de custos de intermediação, ajustes estes que reduziram os preços parâmetros das operações utilizados para os cálculos de preços de transferência pelo método Pecex, não estão amparados pela legislação de regência.

(...)

2 – DA LEGISLAÇÃO E DO DIREITO

(...)

2.3 - Desde o ano-calendário de 2013, com as alterações produzidas pela Lei nº 12.715, de 17 de setembro de 2012, na lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, no caso de exportação de *commodities* sujeitas à cotação em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas, as pessoas jurídicas devem aplicar o método do preço sobre cotação no exterior (Pecex), conforme estatuído no §9º do art. 19 e definido no art. 19-A da referida lei:

(...)

2.4 O texto legal explicita que nos casos de exportação (para pessoas vinculadas e outras situações) de *commodities* que estejam sujeitas à cotação em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas, as pessoas jurídicas devem aplicar o método Pecex. Tal método corresponde aos valores médios diários da cotação de bens ou direitos sujeitos a preços públicos em ambientes de divulgação de cotações (bolsas) internacionalmente reconhecidos. Assim, de acordo com a lei, os preços dos produtos exportados pelo contribuinte serão comparados com as cotações provenientes das bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas quando exportado para: a) pessoas físicas ou jurídicas vinculadas; b) residentes ou domiciliadas em países ou dependências com tributação favorecida; ou c) pessoas físicas ou jurídicas beneficiadas por

regimes fiscais privilegiados. A Vale S.A se enquadra no item (a), pois exporta produtos definidos como *commodities* cujos preços estão sujeitos a preços cotados em bolsas de mercadorias e futuros para a sua vinculada, a *Vale International S.A.* A *Vale International S.A* se enquadra como pessoa vinculada à fiscalizada, em razão do disposto no art. 23, inciso IV da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 (vide itens 1.15 e 1.16).

2.5 A fim de disciplinar o disposto na Lei 9.430, de 1996, conforme o §6º do art. 19-A, a Receita Federal do Brasil editou a Instrução Normativa nº 1.312, de 28 de dezembro de 2012. No que concerne ao método Pecex, importa reproduzir aqui os artigos 34 a 36-A do referido ato legal7:

(...)

2.6 O texto da instrução normativa é claro no sentido previsto em lei de apuração de preços parâmetros a partir de referências de mercado emanados por bolsas de mercadorias para o método Pecex. A partir do preço divulgado pela bolsa, a pessoa jurídica sujeita ao método pode realizar ajuste sobre esse preço relativo a um prêmio, a teor do art. 34, §7º da IN RFB nº 1.312/2012. Tal prêmio tem relação com características dos produtos, gerando um ágio ou deságio sobre o preço de referência na bola. Cabe enfatizar que o prêmio, a teor do §7º do art. 34 *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.*

2.7 De acordo com o §9 do art. 34 da IN RFB nº 1.312/2012, além do prêmio, as pessoas jurídicas exportadoras sujeitas à apuração de preços de transferência pelo Pecex, também podem realizar ajustes **correspondentes às diferenças entre o valor suportado pelo vendedor e às especificações de contrato padrão estabelecidas pela bolsa de mercadorias e futuros** ou em instituições de pesquisa setoriais, tendo em vista as condições específicas de negócios, condições de venda - Incoterm, de conteúdo e de natureza física. Ou seja, poderão ser realizados ajustes desde que haja diferenças entre o valor cujo ônus **seja do vendedor** e determinadas especificações do contrato padrão estabelecido pela entidade de referência de preços. Assim, se o preço de referência cotado nas bolsas de mercadorias e futuros reflete um Incoterm com frete, e o preço de venda do exportador for FOB, há a possibilidade de se ajustar o preço parâmetro, reduzindo-o, pelos valores de frete. Tais ajustes, a teor do §13, do art. 34 da IN RFB 1.312/2012, devem ser feitos a partir de referências com partes não vinculadas. Caso não existam 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, conforme o §14 do art. 34 da IN RFB 1.312/2012.

2.8 Quando a IN RFB nº 1.312 de 2012 foi publicada, em 31 dezembro de 2012, os ajustes correspondentes a variáveis diversas do prêmio de mercado, estavam circunscritas ao custo de transporte ao porto de destino e as influências climáticas nas características do bem. Com a modificação do §10 do art. 34 da referida instrução, pela IN RFB 1.395 de 2013, passaram a ser passíveis de ajustes outras variáveis (listadas na transcrição do item 2.5), incluindo **os custos de intermediação nas operações de compra e venda praticadas pelas pessoas jurídicas não vinculadas**, conforme o inciso IV do § 10 da instrução normativa. Com a modificação efetuada pela IN RFB nº 1.568, de 5 de junho de 2015, o inciso IV do §10 passou a ter a seguinte redação: **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**. Ou seja, considerando que os exportadores não terão em seus preços de venda no mercado físico tais elementos, a norma confere a possibilidade de os preços parâmetros serem ajustados com a dedução dos custos cobrados pelas bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidos.

2.9 Assim, em relação a possibilidade de dedução de custos de intermediação como uma variável de ajuste aos preços parâmetros, a condição é que tais custos tenham sido cobrados das bolsas de mercadorias e futuros.

2.10 O exame do conjunto normativo conduz ao entendimento de que o método Pecex busca comparar o preço de venda do exportador da *commodity* com referências de mercado: preços públicos, decorrentes das forças de demanda e oferta, divulgados por bolsas de mercadorias e futuros. Tais preços podem sofrer ajustes correspondentes a um prêmio, proveniente de avaliação de mercado, e decorrente das características do produto negociado. Além do prêmio, as pessoas jurídicas exportadoras sujeitas a apuração do Pecex podem realizar ajustes relativos a outras variáveis, que representem divergências entre o contrato padrão da instituição de referência de preços e o valor que é suportado pelo vendedor. Tais ajustes, dentre eles os custos de intermediação, tem relação com as referências de mercado comparadas com o preço de exportação, não representando medidas de eficiência de participantes do mercado, muito menos a da própria empresa vinculada.

2.11 Por fim, para o cômputo dos valores a serem adicionados às bases de cálculo, a legislação vigente considera satisfatória a comprovação das operações, e consequentemente a não necessidade de ajustes de adição aos tributos, se o preço parâmetro médio de mercado divergir em até 3% (três por cento), para mais ou para menos, do preço praticado médio ponderado, conforme art. 51 §2º da IN RFB nº 1.312, de 2012.

3 - ANÁLISE DOS FATOS E DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO: AJUSTE INDEVIDO DE CUSTOS DE INTERMEDIAÇÃO SOBRE OS PREÇOS PARÂMETRO

3.1 A fiscalizada realizou ajustes redutores aos preços parâmetros dos produtos minério de ferro, pelota, manganês e cobre, vinculados a supostos custos de intermediação que não encontram guarida na legislação atinente aos preços de transferência.

3.2 - Foi constatado que 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), o que desrespeita o comando previsto na legislação tributária para todos os produtos exportados sujeitos ao método Pecex (seção 2).

3.3 Conforme o relato da primeira seção deste termo, a fiscalizada forneceu as memórias de cálculo dos preços de transferência em resposta à segunda intimação (item 1.7), para o ano-calendário de 2015. Posteriormente, a fiscalização obteve as planilhas com os cálculos para o ano-calendário de 2016 (itens 1.22, 1.23 e 1.25). Todas as planilhas contêm as fórmulas que possibilitam apurar a comparação entre os preços praticados e os preços parâmetros ajustados, e conseqüentemente o valor do ajuste que deve ser realizado para cada operação. Os preços praticados correspondem aos valores das vendas efetivas da Vale S.A para a *Vale International S.A* seguindo a modalidade prevista no contrato de compra e venda de minérios entre as duas entidades vinculadas. Está comprovado que as planilhas com os cálculos apresentados pela fiscalizada de todos os produtos sujeitos ao método Pecex sofreram ajustes redutores dos preços parâmetros num percentual de 5,5% após os ajustes pelo prêmio e frete. Retomam-se aqui os questionamentos realizados na primeira seção, no item 1.19: a) o ajuste do custo de intermediação, no percentual de 5,5% aplicado pela fiscalizada sobre os preços parâmetros (já ajustados pelo prêmio e pelo frete) de todos os produtos que foram submetidos ao método Pecex está de acordo com o que determina a legislação tributária? b) o documento emanado pela E&Y “Análise de Ajustes Referentes a Custos de Intermediação” é hábil para comprovar o referido ajuste para o cálculo dos preços de transferência? c) a metodologia adotada pela E&Y é aplicável aos anos sob fiscalização?; d) a metodologia adotada pela E&Y é consistente?

3.4 De forma a responder a primeira questão acima, a fiscalização confrontou, em primeiro lugar, a documentação apresentada como suporte para a dedução dos alegados custos de intermediação com o que prevê a legislação. O exame do documento, elaborado pela consultoria E&Y “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. Conforme já explanado na seção 2, 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. E não é isso que foi apurado pela fiscalizada, nem tampouco consta do relatório elaborado pela E&Y. 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.

Assim, a) o ajuste do custo de intermediação, no percentual de 5,5% aplicado pela fiscalizada sobre os preços parâmetros (já ajustados pelo prêmio e pelo frete) de todos os produtos que foram submetidos ao método Pecex **está de acordo com o que determina a legislação tributária?** Resposta: **Não**. A fiscalizada apresentou documentação que não confere suporte para a dedução de custos de intermediação, **assim entendidos aqueles cobrados pelas bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidos**. O relatório emanado pela E&Y apresenta metodologia de forma a se apurar um valor comparável de margem bruta proveniente de *traders* que seriam similares à *Vale International*. O tal valor comparável, índice de margem bruta, foi obtido após pesquisas em demonstrações de resultados de empresas que seriam similares à *Vale International*.

Ora não é essa espécie de custo de intermediação que está prevista na norma tributária. Ou seja, a apuração do custo de intermediação, apesar de toda a documentação elaborada pela consultoria tributária, **está em total desacordo com o que prevê a legislação**. A própria fiscalizada revela na planilha correspondente a apuração dos preços de transferência do minério de ferro que não há certeza da higidez dessa dedução. Com efeito, a planilha contida no arquivo “VALE TP 2016” que contém a apuração dos ajustes de preços de transferência de exportação para o minério de ferro do ano de 2016, entregue pela fiscalizada durante a ação fiscal (item 1.24) apresenta na aba relativa a apuração pela bolsa Corex uma caixa de comentários na coluna correspondente ao custo de intermediação. Nesse comentário está escrito: “Fixo a 5,5% É um assunto que esta em discussão pois a cotação (sic) não tem o teor de intermediação. A decisão se continua ou não poderá sair até o final do ano.”. A figura, a seguir ilustra o que está contido no arquivo que faz parte do presente processo administrativo.

K	L	M	N	O	P	Q	R	S	T	U	V	W	X	AF
Ajuste Prêmio	Ajuste de Unidade	Preço	Preço sem frete	Custo de Intermediação	Custo de Intermediação	Preço Parâmetro	Margem de Divergência	Ajuste Unitário	Ajuste total USD	Ajuste total R\$	Total			
1,76	2,95	14,78	25,12	5,50%	2,19	22,93	14,33%	3,97	1.597.613,15	6.337.401,44	1.211.809.364,21			
3,10	3,56	14,78	25,84	5,50%	2,23	23,61	16,81%	3,97						
1,95	3,16	14,78	25,09	5,50%	2,19	22,90	14,22%	3,26						
1,45	3,10	14,78	24,65	5,50%	2,17	22,48	12,84%	2,84						
1,31	3,02	14,78	24,60	5,50%	2,17	22,44	12,46%	2,80						
2,75	3,55	14,78	26,50	5,50%	2,22	23,28	15,65%	3,64						
1,41	3,41	14,78	24,31	5,50%	2,15	22,16	11,36%	2,52						
5,03	3,45	14,78	25,05	5,50%	2,18	22,87	14,07%	3,05						

A diligência efetuada na E&Y também demonstra que a consultoria tem ciência de que o que prevê a norma tributária para efeito de dedução dos custos de intermediação, ou seja, o previsto no inciso IV, §10 do art. 34 da IN RFB 1.312, de 2012, diverge da metodologia e pesquisa realizada que foi utilizada pela fiscalizada. No documento obtido durante a diligência na E&Y (item 1.41), a consultoria manifesta nas páginas 11 e 12 do relatório TR-077/2020, de 27 de junho de 2018, uma espécie de ressalva ao seu relatório, mas que aponta para a divergência entre o que consta na legislação tributária e a apuração realizada. No penúltimo parágrafo da página 11, a E&Y afirma que “Com a entrada em vigor na IN RFB 1.568/15, que alterou os artigos 16 e 34 da IN RFB 1.312/2012, a Receita Federal do Brasil (RFB) **manifestou o posicionamento de considerar como custo**

de intermediação, para fins de aplicação do PCI e do Pecex, somente os valores cobrados pelas bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas” (grifei). Na página seguinte, ao defender a aplicação da metodologia de se apurar supostos custos de intermediação, a consultoria indicou que “o presente estudo tem como propósito determinar o intervalo de margens que seriam aceitas para fins de apuração do custo de intermediação, assim como racional e premissas adotadas para esse fim, sem levar em consideração as possíveis discussões administrativas e judiciais associadas à aplicação das disposições contidas na IN RFB 1.568/15” Dessa forma, a dedução dos custos de intermediação feita pela fiscalizada, no percentual de 5,5% para todos os produtos sujeitos ao Pecex, não está de acordo com o comando legal e deve ser glosada dos controles de preços de transferência.

3.5 Ainda que o exame da norma tributária frente ao documento entregue pela fiscalizada possa ser argumento suficiente para a reprovação do ajuste por ela efetuado, foram realizadas outras análises qualitativas acerca da higidez da documentação (relatório emanado pela E&Y), apresentado pela fiscalizada como suporte para a dedução dos custos de intermediação nos cálculos dos preços de transferência em 2015 e 2016. Os exames qualitativos dizem respeito à análise do documento “Análise de Ajustes Referente a Custos de Intermediação” e à diligência realizada na empresa de consultoria E&Y, incluindo a entrevista com o sócio que participou da elaboração do documento. Conforme já descrito no item 1.18, a E&Y foi contratada pela fiscalizada no final do ano de 2013 para determinar o ajuste apropriado para os custos de intermediação. A conclusão do relatório, 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.

3.6 A premissa utilizada pela fiscalizada e pela empresa de consultoria contratada é de que seria possível a dedução de custos de intermediação, assim entendidos aqueles provenientes do exercício da atividade de intermediação no mercado de *commodities*. O relatório fundamenta-se em método de busca de preços comparáveis conforme metodologia da OCDE. Nesse ponto, importa ressaltar que a norma brasileira não traz previsão para tal aplicação. Para fundamentar a escolha da metodologia adotada, diante da inexistência de operações com partes não relacionadas que pudessem ser utilizadas, a consultoria e a fiscalizada se apoiam nos dizeres do §14 do art. 34 da instrução normativa: *§ 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*. A empresa de consultoria E&Y poderia ser enquadrada como empresa ou instituição de notório conhecimento técnico, tal qual o comando do texto legal? Ainda que a E&Y seja reconhecida como uma das Big4 no mercado global de auditoria e também no grande mercado global de

consultoria, 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. Outro ponto de questionamento acerca da aplicação do §14 do art. 34 diz respeito aos bancos de dados internacionalmente reconhecidos. Conforme o relatório, essa condição estaria atendida em razão da pesquisa realizada em bancos de dados que disponibilizam dados de demonstrações financeiras de empresas públicas e privadas, tais como a *Compustat*, *Mergent's Company*, *One Source*, *Amadeus e Oriana*. Observe-se que na amostra final, os dados de receita e lucro bruto, para o cálculo da margem bruta, foram extraídos da *Compustat*. Ora, tais bancos de dados apenas armazenam as informações das demonstrações financeiras divulgadas para as entidades reguladoras (como a *Securities and Exchange Commission* – SEC) ou para o mercado. Tais bancos apesar de serem reconhecidos como fontes de pesquisa para acesso a dados financeiros e contábeis, não apresentam referências de preços de mercado para intermediação.

3.7 Além disso, há dúvidas razoáveis se o trabalho de consultoria tributária poderia chegar às conclusões que chegou, sem levar em consideração aspectos relevantes sobre o mercado de minérios na realização da sua análise. A análise de mercado decorrente de circunstâncias econômicas é citada pela própria OCDE (2010)⁸ como relevante para avaliação de preços comparáveis. No item 1.55 do guia da organização para preços de transferência é mencionado que os preços *Arm's Length* podem variar em diferentes mercados, sendo relevante para a análise de comparáveis, entre outros fatores, o tamanho do mercado e o nível de competição nos mercados. **Não há no relatório emanado pela consultoria E&Y uma linha sequer sobre a análise do mercado mundial de minérios.** Também na oitiva do sócio da empresa de consultoria foi confirmado que não houve tal análise. Conforme já salientado na introdução, o mercado de minérios, em especial, o de minério de ferro, em que a fiscalizada (na condição de controladora) possui destaque, apresenta características de concentração. Há estudos e publicações que indicam que as três grandes fornecedoras de minério de ferro no mercado global, a fiscalizada, a RioTinto e a BHP controlam a oferta dos produtos, seguidas pela quarta maior, a Fortscue Metal Group (FMG). Segundo Milanez et al (2018)⁹, a “estrutura oligopólica do mercado de minério de ferro limita de modo importante a competição”. De acordo com Löf & Ericsson (2016)¹⁰, a Vale (22,5%), a BHP (20,1%), a Rio Tinto (19,9%) e a Fortscue (12,3%), juntas responderam por quase 75% da oferta mundial de minério de ferro no ano de 2015. Nesse mercado as grandes multinacionais realizam as vendas dos seus produtos de forma similar à Vale S.A. Ou seja, se utilizam de estruturas de controladas no exterior para realizar a venda direta dos seus produtos para os principais consumidores no mercado asiático. Há informações de que tanto a BHP como a RioTinto foram investigadas pela autoridade tributária da Austrália, em razão de irregularidades nos controles de preços de transferência para suas investidas localizadas em Cingapura que são centros de faturamento das multinacionais¹¹. Ou seja, as grandes multinacionais do setor, que dominam a

oferta, empregam estruturas comerciais para as estratégias de vendas em que não há a participação de intermediários. Como então estabelecer preços comparáveis de supostos custos de intermediação da forma e metodologia adotadas pela empresa de consultoria?

3.8 Outro ponto que não colabora para o suporte probatório dos alegados custos de intermediação é a descrição e a operacionalização da metodologia empregada pela E&Y na identificação das empresas que seriam comparáveis à *Vale International*. Há indicações de que houve um viés na seleção das empresas que compuseram a amostra final das cinco entidades que serviram de base para o cálculo da faixa de margem bruta aplicada. Conforme o relatório da E&Y, nas páginas 17 e 18, quando é relatado o processo de pesquisa, é informado que tal processo seguiu cinco passos: código da indústria; financeira; atividade; independência; e palavras chave. Após tal processo de filtros e eliminações, conforme quadro apresentado na página 18, a E&Y indica ter chegado a 368 empresas. No parágrafo seguinte ao quadro, a empresa indica que realizou “revisão adicional da descrição do negócio das potenciais empresas comparáveis, para identificar entre as empresas selecionadas, as entidades que só realizam atividade puramente comerciais, sem atividades de valor agregado, tais como processo de acabamento de pequeno porte”. Adiante, na página 19, é declarado que foram identificadas cinco empresas de acordo com o critério de pesquisa. Ora, conforme já abordado inicialmente (item 1.18), o processo de seleção da amostra não se apresenta totalmente transparente e contém a possibilidade de estar enviesado a fim de se chegar a um possível resultado almejado previamente. No termo de depoimento, prestado pelo sócio da E&Y, em resposta à questão sobre o critério para se chegar às cinco empresas, o Sr Marcio Roberto de Oliveira não esclareceu a questão. Afirmou que iria verificar com o “time da E&Y dos USA à época”. Afirmou ainda que quando faz esse trabalho atualmente, verifica riscos e funções e a partir desse estudo aplica filtros e encontra empresas que podem ser comparáveis. Em seguida, faz uma análise técnica, “onde são descartadas informações que não podem ser utilizadas como comparáveis”. Entretanto, no relatório em questão, a eleição das cinco empresas que foram utilizadas para o cálculo das margens brutas não está devidamente explicada. Não há uma descrição apropriada do último passo que resultou na eliminação de 363 empresas (das 368 iniciais, restaram cinco). A manifestação na página 21 do relatório que indica que a conclusão pela utilização do quartil superior de 5,5% **“foi realizada após discussão com o cliente”** é outro indicativo de viés, não isento. A forma de apresentação do relatório com a descrição não totalmente transparente acerca da eleição das cinco empresas juntamente com a manifestação de que houve um processo de decisão em conjunto com o cliente (fiscalizada) também aponta pela rejeição do relatório como instrumento capaz de suportar as deduções realizadas.

3.9 É de se destacar também que a metodologia empregada pela empresa de consultoria, para elaboração do relatório em 2013, considerou para o cálculo das

margens brutas o período de 2008 a 2012, e que sua conclusão (índice de 5,5%) foi aplicado nas apurações dos anos de 2015 e 2016. Ora, os cálculos para 2015 e 2016 não deveriam ter sido atualizados? Pressupõem-se os mesmos percentuais de referência, cuja fonte foi a média ponderada de cinco empresas no período de 2008 a 2012?

3.10 A utilização de margens brutas de empresas que supostamente seriam comparáveis à *Vale International* é outro fator a ser questionado. Ainda que possa haver um suporte teórico (guia da OCDE) para utilização de margens brutas como indicador do método TNMM, é preciso levar em conta que tal indicador contábil contém elementos que não auxiliam na comparabilidade, considerando suas especificidades e as bases em que foi apurado. Ora, margem bruta é a razão entre o lucro bruto e receitas da entidade. O lucro bruto é apurado a partir da dedução dos custos de produtos vendidos da receita. Todas as empresas contêm estruturas de custos semelhantes? A busca foi por empresas comerciais de minérios, mas o que consta no relatório indica a escolha de empresas que realizam atividades de vendas de produtos elaborados (siderurgia). São comparáveis? Outra questão, é que a fonte das informações contábeis foi a base americana Compustat. Não é informado se as demonstrações que foram objeto dos cálculos correspondem aos dados consolidados (há holding na amostra) ou individuais. Não há descrição acerca do padrão contábil em que tais demonstrações foram reportadas (USGAPP? IFRS? GAAP Local?). A *Vale Interanational* apura seus resultados e posição financeira de acordo com o padrão contábil da Suíça. Além de todas essas questões, verifica-se que as cinco empresas eleitas, conforme o Anexo I do relatório, apresentam atividades que se distinguem consideravelmente da atividade de uma comercializadora de minérios como a *Vale International*. Na página 27 do relatório, consta que a Empire Resources “dedica-se principalmente à compra, venda e distribuição de produtos de alumínio e aço semi-acabados (...) obtém maior parte de suas receitas com a venda de produtos de alumínio semi-acabados, que são produzidos”. Na página 29, a Onoken Co, “é uma empresa principalmente envolvida em produtos siderúrgicos”. Na página 30, a Shinsho Corporation, é apresentada como tendo atividade principal a venda de produtos de metal. “A empresa possui cinco segmentos de negócios. O segmento de aço(...). O segmento de máquinas e de informações fornece máquinas industriais, maquinaria química (...)”. Ou seja, a utilização de margens brutas tal qual apresentado no relatório também não colabora para a sustentação probatória sustentada pela fiscalizada. Observe-se por fim que em consultas na internet há indícios de que a Onoken Co realiza atividades industriais (siderurgia), o que comprometeria ainda mais a escolha das margens brutas para efeitos da comparabilidade pretendida.¹²

3.11 **A dedução pretendida pela fiscalizada não encontra amparo na legislação.** Apesar da entrega da documentação relativa à prestação de serviço de consultoria fornecido pela E&Y, tal relatório não comprova a necessidade do ajuste de acordo com o que prevê a legislação. O que se desnuda é a tentativa de se expurgar do preço parâmetro já ajustado pelo prêmio e pelos encargos do frete, custos suportados pela *Vale International* em

sua atividade de venda dos minérios. Não é razoável, ou melhor, não é admissível, que a fiscalizada (exportadora) possa realizar ajustes ao preço parâmetro de forma a expurgar efeitos de fatores que segundo seu entendimento teriam afetado a cotação de seus produtos de forma hipotética¹³.

3.12 Assim, retomando as perguntas anteriores, b) o documento emanado pela E&Y “Análise de Ajustes Referentes a Custos de Intermediação” é hábil para comprovar o referido ajuste para o cálculo dos preços de transferência? Resposta: Não. Em virtude da sua não aderência à legislação e em razão do que foi exposto nos itens 3.5 a 3.10; c) a metodologia adotada pela E&Y é aplicável aos anos sob fiscalização? Resposta: Não. Também em razão da não aderência à legislação e ao que foi exposto nos itens 3.5 a 3.10; e d) a metodologia adotada pela E&Y é consistente? Resposta: Não. Conforme exposto nos itens 3.8 e 3.10, a metodologia empregada pela empresa de consultoria carece de consistência.

3.13 São, portanto, provas da dedução indevida de custos de intermediação: a) as planilhas de apuração de preços de transferência entregues pela própria fiscalizada que mostram a utilização do percentual de 5,5% como redutor dos preços parâmetros, após os ajustes do prêmio e de encargos de frete; b) as intimações e as respostas da fiscalizada acerca dos questionamentos sobre a aplicação do percentual de 5,5% de custos de intermediação nos controles de preços de transferência dos anos-calendário de 2015 e 2016; c) o relatório emanado pela consultoria E&Y “Análise de Ajustes Referentes a Custos de Intermediação, de 3 de dezembro de 2013 (TR-1081/2014); d) a diligência com as intimações e respostas da consultoria E&Y; e) o depoimento prestado pelo sócio da consultoria E&Y durante a diligência; f) as ECF dos anos-calendários de 2015 e 2016 (ECF de 2015 retificadora transmitida em 20/08/2018, às 18:14; e ECF de 2016 retificadora transmitida em 5/02/2018, às 18:08).

3.14 Diante de toda a argumentação acima e das provas coletadas durante o procedimento de fiscalização, é de se concluir que a fiscalizada descumpriu o comando legal e se utilizou de dedução indevida de custos de intermediação sobre os preços parâmetros no cálculo dos preços de transferência pelo método Pecex para os produtos minério de ferro, pelota, manganês e cobre.

4- BASE DE CÁLCULO E LANÇAMENTO DE OFÍCIO

4.1 - Os valores que compõem as bases de cálculo dos ajustes ao lucro real e à base de cálculo da contribuição social, ora lançadas de ofício, foram obtidos a partir dos documentos informados pela própria fiscalizada: ECF e planilhas eletrônicas entregues durante o procedimento de fiscalização.

4.2 Em razão da infração relatada neste termo, foram elaboradas novas planilhas e apurados novos valores de ajustes de preços de transferência a serem adicionados às bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. As novas planilhas são idênticas àquelas fornecidas pela fiscalizada com exceção da dedução do ajuste a título de custos de intermediação. Em cada uma das planilhas dos produtos exportados pela fiscalizada foram eliminados os valores correspondentes às colunas com o

percentual de 5,5% e o respectivo ajuste em Reais. Com essa glosa, foram obtidos novos preços parâmetros que comparados aos preços praticados elevaram os ajustes de preços de transferência a serem adicionados ao lucro para efeito do lucro real e ao resultado ajustado para cômputo da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido. As planilhas que são base para a autuação têm os mesmos nomes das planilhas entregues pela fiscalizada com a adição do termo “_AUTUAÇÃO” no final da descrição e estão juntadas ao processo administrativo deste auto de infração.

4.3 A fiscalizada declarou na ECF correspondente ao ano-calendário de 2015 (linha 11 do registro M300) adição ao Lucro Líquido para cômputo do lucro real referente a ajustes de preços de transferência o valor de R\$ 1.357.540.589,45. O mesmo valor foi lançado como adição no cômputo da base de cálculo da CSLL (linha 11 do registro M350). Desse total, R\$ 1.349.987.214,22 correspondem aos ajustes das operações de exportação e que foram discriminados no registro X300 da ECF.

4.4 Já na ECF correspondente ao ano-calendário de 2016 a adição a título de ajustes de preços de transferência às bases do IRPJ e CSLL foi de R\$ 560.315.487,46 (cf. linha 11 dos registros M300 e M350). Desse total, R\$ 551.869.824,95 correspondem aos ajustes das operações de exportação que foram discriminadas no registro X300 da ECF do ano-calendário de 2016.

4.5 De acordo com as apurações dos novos preços de transferência com a glosa dos custos de intermediação, foram calculados valores a serem adicionados às bases, ou seja, a partir da diferença entre a coluna “Total de Ajustes com a glosa dos Custos de Intermediação” e a coluna Total de Ajustes de exportação na ECF” do quadro demonstrativo a seguir. Assim, foram adicionados de ofício, a título de ajustes de preços de transferência na exportação, os valores de R\$3.271.465,18 nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL no ano calendário de 2015, e de R\$ 3.071.723.865,17, no ano-calendário de 2016, conforme o quadro demonstrativo a seguir.

Inconformada com a autuação, a interessada apresentou Impugnação apresentando preliminares de nulidade e argumentos de mérito que não foram acolhidos pela autoridade julgadora de 1ª instância, à vista da emente a seguir:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2015, 2016

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.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2015, 2016

NORMA INFRALEGAL. MODIFICAÇÃO DE CRITÉRIOS COM EFEITOS ONERATIVOS. EFICÁCIA SIMILAR À DE ALTERAÇÃO LEGAL. SÚMULA STF 584.

A alteração de critérios jurídicos por norma infralegal segue, por analogia, o entendimento expresso na Súmula STF 584, o que significa a aplicabilidade do texto vigente no último dia do ano civil a todos os negócios e atos jurídicos ocorridos no ano-base.

Portanto, no caso do ano-base de 2015, as regras para apuração de ajustes de preços de transferência sob as regras do Pecex serão aquelas constantes da IN nº1.312/2012, com as alterações introduzidas pela IN nº1.568/2015.

ARGUIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. LIMITES DE COMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS.

Alegações de inconstitucionalidade quanto à aplicação da legislação tributária não podem ser oponíveis na esfera administrativa, por ultrapassar os limites da sua competência legal. Cabe à autoridade administrativa cumprir a determinação legal, aplicando o ordenamento vigente às infrações concretamente constatadas.

O mesmo se aplica às alegações de ofensa a princípios consagrados, implícita ou explicitamente, na Carta Magna. Tais princípios dirigem-se aos órgãos legiferantes e, portanto, deve-se pressupô-los devidamente observados nas normas vigentes.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2015, 2016 **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.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Intimada da decisão de 1ª instância em 17/06/2020 (e-Fls. 10.349), a interessada apresentou Recurso Voluntário (e-Fls 10.352 e ss) em 16/07/2020.

Em sede de recurso, a contribuinte apresenta os seguintes tópicos, no extenso instrumento petitiório, que serão enfrentados no voto:

I.1 – DAS NULIDADES DOS AUTOS DE INFRAÇÃO LAVRADOS (IRPJ E CSLL) BEM COMO DO ACÓRDÃO OBJETO DO PRESENTE RECURSO

I.1.1 - DAS NULIDADES EM VIRTUDE DE VÍCIOS INSANÁVEIS DURANTE O PROCEDIMENTO DE FISCALIZAÇÃO;

I.1.2 – DA ALTERAÇÃO DE CRITÉRIO JURÍDICO-VIOLAÇÃO AO ARTIGO 146 CTN

I.1.3 – DA NULIDADE DA R. DECISÃO RECORRIDA POR FALTA DE MOTIVAÇÃO E CERCEAMENTO DO DIREITO DA RECORRENTE À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO

I.1.4 – DA NECESSIDADE DA CONTRATAÇÃO DA VISA PARA VIABILIZAÇÃO DAS ATIVIDADES DA RECORRENTE

II – DA LEGALIDADE DOS MÉTODOS E CRITÉRIOS UTILIZADOS PELA RECORRENTE PARA AFERIÇÃO DOS PREÇOS PARÂMETROS – DA CORRETA DEDUÇÃO DOS CUSTOS DE INTERMEDIACÃO

II.1 – DA NECESSIDADE DESTE E. CARF AFASTAR A APLICAÇÃO DA INSTRUÇÃO NORMATIVA QUE DESBORDA DAS DISPOSIÇÕES LEGAIS REGULAMENTADORAS DA MATÉRIA

II.2 – DA IMPOSSIBILIDADE DE INSTRUÇÃO NORMATIVA DESBORDAR O TEXTO LEGAL, A EXEMPLO DO QUE FEZ A IN Nº 1.568.15

II.3 – DO FUNDAMENTO LEGAL DA DEDUTIBILIDADE DE CUSTOS DE INTERMEDIACÃO. DO CONCEITO DE PRÊMIO DE MERCADO E A EXTENSÃO DO MÉTODO DE COMMODITIES

II.4 – DA INOBSERVÂNCIA DO ART. 43, CAPUT E INCISOS I E II, DO CTN, BEM COMO DO ART. 2º, DA LEI Nº 7.689/90 – DO CONCEITO LEGAL DE RENDA

II.5 – DOS FUNDAMENTOS DA DEDUTIBILIDADE E DOS CUSTOS DE INTERMEDIÇÃO A PARTIR DA CONFORMAÇÃO INTERNACIONAL DO PRINCÍPIO DO ARM'S LENGTH

III – DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE DECORRENTE DA APLICAÇÃO DA IN Nº 1.568/15 AO ANO CALENDÁRIO DE 2015

IV – DO CARÁTER SUGESTIVO DOS MÉTODOS DE PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

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

V – DA LEGITIMIDADE DO PARECER EMITIDO PELA EY E DA ADEQUAÇÃO E ADERÊNCIA DO RESULTADO OBTIDO À SITUAÇÃO DA RECORRENTE

V.I – DA INSUBSISTÊNCIA DAS SUPOSTAS INADEQUAÇÕES AVENTADAS PELA FISCALIZAÇÃO

VI – DO EQUÍVOCO DOS CÁLCULOS ELABORADOS PELA FISCALIZAÇÃO

VI.1 – DA DESCONSIDERAÇÃO DOS INCENTIVOS FISCAIS A QUE A IMPUGNANTE FAZ JUS, REDUTORES DA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ

VI.2 – DA DESCONSIDERAÇÃO DOS VALORES DOS CUSTOS DE INTERMEDIÇÃO COBRADOS PELAS BOLSAS DE MERCADORIAS E FUTUROS

VII – DA IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA DE MULTA NO PERCENTUAL DE 75%

Em seguida, a doutra PGFN fora intimada para apresentar contrarrazões recursais, tendo se manifestado em petição de e-Fls. 10.495 e ss, na qual contesta todos os argumentos da recorrente, pugnando pela improcedência do recurso.

No dia 18/09/2020, a recorrente apresenta uma nova petição, requerendo a juntada de um novo Laudo Técnico, dessa vez elaborado pela CRU International Ltda. Aduz que, após exame do caso concreto, a CRU aferiu que os custos de intermediação para o ano de 2015

seria entre 2,7 e 8,4% (o que gera um percentual médio de 5,55%), e, no ano de 2016, entre 2,7 e 7,1% (percentual médio de 4,9%, o que se aproxima do laudo da EY.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro **Andressa Paula Senna Lísias**, Relatora ad hoc

Como Relatora *ad hoc*, sirvo-me da minuta do voto elaborada pelo relator original, Conselheiro André Severo Chaves, a qual havia sido inserida no diretório corporativo deste C. CARF e foi submetida à votação no Colegiado, não refletindo a minha convicção a respeito dos temas abordados, com exceção à alegação quanto à redução do incentivo fiscal:

Ao compulsar os autos, verifico que o presente Recurso Voluntário é tempestivo, e atende aos requisitos de admissibilidade do Processo Administrativo Fiscal, previstos no Decreto nº 70.235/72. Razão, pela qual, dele conheço.

PRELIMINARES DE NULIDADE

- **Da arguição de nulidade do auto de infração em razão da realização de diligências junto a empresa de auditoria**

Um dos argumentos preliminares apresentados pela recorrente, trata-se da arguição de nulidade do auto de infração em decorrência das diligências realizadas diretamente à empresa de auditoria EY.

A recorrente argumenta que o agente fiscal teria excedido seus poderes legais de investigação ao intimar a empresa de consultoria Ernest&Young a apresentar documentação e justificar o relatório de sua lavra que serviu de base para o cálculo do “custo de intermediação”. Faz referência ao rol de entidades referidas no art. 197 do Código Tributário Nacional as quais estariam obrigadas a “*prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros*”.

Como já destacado na decisão recorrida, o procedimento adotado encontra respaldo legal no art. 2º do Decreto-Lei nº 1.718/1979, que assim dispõe:

Art 2º Continuam obrigados a auxiliar a fiscalização dos tributos sob a administração do Ministério da Fazenda, ou, quando solicitados, a prestar informações, os estabelecimentos bancários, inclusive as Caixas Econômicas, os Tabeliães e Oficiais de Registro, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial, as Juntas Comerciais ou as repartições e autoridades que as substituírem, as Bolsas de Valores e as empresas corretoras, as Caixas de Assistência, as Associações e Organizações Sindicais, as companhias de seguros, **e demais entidades, pessoas ou empresas que possam, por qualquer forma, esclarecer situações de interesse para a mesma fiscalização.**

Carece de fundamento lógico e jurídico afirmar que o Decreto-lei que baseia o Regulamento do Imposto de renda não poderia flexibilizar o rol taxativo previsto no artigo 197, do CTN, diploma ao qual foi conferido status de Lei Complementar”.

Isso porque, basta a simples leitura do art. 197, VII, CTN, para constatar que o dispositivo remete expressamente à legislação ordinária a ampliação do rol previsto nos incisos anteriores, concluindo-se, pois, que a enumeração não é taxativa e sua ampliação não requer Lei Complementar.

No contexto do procedimento fiscal, infere-se que a empresa de consultoria em questão se enquadrava no subconjunto das *“demais entidades, pessoas ou empresas que possam, por qualquer forma, esclarecer situações de interesse para a mesma fiscalização”*, portanto, não há qualquer ilegalidade no procedimento.

Portanto, rejeito a preliminar de nulidade.

- **Da arguição de nulidade por alteração do critério jurídico**

Em seguida, a recorrente alega que teria havido alteração de critério jurídico, haja vista que em procedimento fiscal anterior, que analisou fatos geradores relativos ao período de 2013 e 2014 – quando a empresa adotava os mesmos procedimentos –, houve a conclusão sem lançamento de ofício. Invoca violação ao disposto no art. 146 do CTN.

Penso que tal alegação também não merece prosperar.

Inicialmente, cabe recordar que as operações de venda de *commodities* foram realizadas em diferentes momentos no tempo. Cada uma das operações constituiu um negócio jurídico e cada exercício financeiro constituiu um fato gerador do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica.

No caso, não houve qualquer afronta ao art. 146, do CTN.

A referida norma tem por escopo proteger o contribuinte de alterações que possam advir ao lançamento tributário já efetuado, provocadas pela adoção por parte da Administração Tributária de nova interpretação jurídica em torno do fato gerador e seus elementos, tudo com base no princípio da proteção da confiança do cidadão (contribuinte), que acredita e confia nas orientações e normas expedidas pela máquina administrativa e seus agentes.

Os procedimentos fiscais cuidam de fatos geradores ocorridos em anos-calendário diversos, sendo este feito competente para o exercício mais recente. Destarte, ainda que se pudesse extrair qualquer critério daqueles procedimentos de investigação, não haveria vedação à mudança de critério no lançamento referente a fatos geradores posteriores ao encerramento das ações fiscais mencionadas pela autuada.

Ademais, óbice intransponível à pretensão da recorrente reside na constatação de que objetiva derivar a expressão de um critério jurídico de uma inação, da ausência de lançamento.

A impossibilidade de se extrair qualquer consequência jurídica da inação é particularmente relevante na esfera tributária, uma vez que a Administração Tributária atua sob a égide da legalidade estrita e tem o dever de motivação dos seus atos, o que não se coaduna com o estabelecimento de vínculo jurídico baseado em ausência de manifestação de vontade.

Portanto, também rejeito esta preliminar de nulidade arguida.

- **Da arguição de nulidade da decisão recorrida por cerceamento do direito de defesa**

Outra arguição de nulidade pleiteada pela recorrente trata da suposta falta de motivação e cerceamento do direito de defesa, em razão das seguintes omissões no acórdão recorrido: “i) não houve análise do Parecer elaborado pela Ernest & Young, estudo essencial para a

compreensão do presente caso; ii) não houve exame dos argumentos relativos à ilegalidade da IN RFB nº 1.568/2015, a qual impôs condições que desbordam o texto legal e acarretam majoração indevida de tributo; iii) não houve manifestação quanto ao ponto veiculado pela Recorrente, no sentido de que apenas o percentual que exceder o valor de 3% poderá ser tributado.”.

Quanto ao item “i”, foi explicitado na decisão que o exame do parecer elaborado pela empresa de consultoria teria a sua análise prejudicada, uma vez que se prestava a subsidiar ajuste não autorizado pela legislação. Ou seja, no entendimento da autoridade julgadora, não haveria que se realizar exames aprofundados do parecer, haja vista que partiu da premissa de que o ajuste era indevido. Entendo, portanto, que a questão foi enfrentada, tendo o julgador exposto argumentos capazes de infirmar uma conclusão.

No tocante aos argumentos relativos à ilegalidade da IN RFB nº 1.568/2015, verifica-se que o relator esclarece que *“falece a essa jurisdição competência para análise de matérias desse jaez”*. Assim, verifica-se que a matéria também foi enfrentada. Ademais, correto o entendimento da autoridade julgadora da DRJ, que é vinculada às instruções normativas da Receita Federal.

Já no que se refere ao item “iii”, vejamos o que alegou a contribuinte na Impugnação:

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

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

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

Trata-se de norma que dispensa tratamento distinto a contribuintes que se encontram na mesma situação e, por tal motivo, não merece prevalecer, devendo ser atribuído o tratamento mais benéfico (margem de 5%) a todos os contribuintes.

Mas ainda que se aplicasse a margem de apenas 3% ao caso de Impugnante, o que não se espera, revela-se sobremodo desproporcional e desarrazoado que nas operações em que a divergência seja de 2.9% nada seja tributado, ao passo que nas operações em que a divergência seja de 3.1% a integralidade do valor seja objeto de tributação. Ora, dúvidas não restam de que apenas o percentual que exceder o valor de 3% poderá ser tributado (no exemplo em questão, apenas 0,1% e não 3,1%).

Adicionar o valor dos 3% em questão ao montante que ultrapassar tal percentual se revela tributação indevida, justamente por ferir a razoabilidade, a isonomia e a proporcionalidade, além violar frontalmente o artigo 51, § 2º, da Instrução Normativa 1.312/12.

(...)

E ao final requer:

- 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;

Quanto a este ponto, em que pese a DRJ não ter se manifestado expressamente, entendo que não se trata de uma causa de cerceamento do direito de defesa, haja vista que pelo posicionamento adotado pela autoridade julgadora de que entendeu como indevido o ajuste no percentual de 5,5%, tal matéria torna-se prejudicial, sendo prescindível para o deslinde o exame do argumento subsidiário.

Ademais, como será abordado adiante no mérito, a margem de divergência serve como um filtro de eficiência para que a fiscalização não promova ajustes em casos em que a divergência seja pequena. Contudo, quando ultrapassado esse percentual, o ajuste deve ser realizado de forma integral, não havendo que se falar tributação do valor remanescente, pois não se trata de uma norma de isenção, mas de uma norma de praticabilidade.

Portanto, rejeito a preliminar de nulidade da decisão recorrida.

DO MÉRITO

- **Método Preço sob Cotação na Exportação – PECEX. Considerações Iniciais.**

Antes de iniciar a as alegações da recorrente, cumpre apresentar alguns esclarecimentos iniciais sobre a sistemática de Preços de Transferências e especialmente sobre o método de cálculo denominado Preço sob Cotação na Exportação - PECEX.

O controle dos preços de transferência objetiva regular as operações de exportação e importação entre entidades vinculadas ou que estejam domiciliadas em paraísos fiscais ou em localidades com tributação favorecida, visto que tais preços não são negociados em ambiente de mercado livre e, portanto, podem desviar-se daqueles que seriam acertados entre parceiros comerciais independentes em transações comparáveis nas mesmas circunstâncias.

O desvio de preços pode trazer repercussões significativas nas esferas do direito societário, concorrencial e tributário. No âmbito fiscal, as manipulações de preços nas transações realizadas podem dar ensejo a *profit shifting* e, pois, à erosão da base tributária, o que explica a ampla previsão, nas diferentes jurisdições nacionais, de normas regulatórias, bem como a extensa dedicação da OCDE ao tema.

As normas de controle de preço de transferência se orientam pela finalidade de assegurar que as empresas, em transações com partes vinculadas, sejam tributadas do mesmo modo que aquelas que se relacionam como partes independentes, em condições de mercado. É esse o critério de justiça adotado.

O controle se instrumentaliza pela estipulação de critérios em Lei para encontrar preços parâmetro, e, por comparação com os preços efetivamente praticados, aferir se as transações foram precificadas dentro de limites que podem ser considerados consentâneos com preços de mercado (preços encontrados em operações entre partes independentes em livre negociação em mercado). Em caso negativo, o preço deve ser ajustado conforme critérios legais, para que os tributos sejam calculados sobre a base de incidência ajustada.

No Brasil, o tratamento dos preços de transferência se iniciou com a promulgação da Lei n. 9.430/96, que fixou os seguintes métodos aplicáveis às exportações: (i) método de venda nas exportações (PVEx); (ii) Método de venda por atacado no país de destino, diminuído do lucro (PVA), (iii) Método de Preço de Venda a Varejo no país de destino, diminuído do lucro (PVV) e (iv) Método de Custo de Aquisição ou de Produção mais tributos e Lucros (CAP).

A Lei n. 12.715/12, oriunda da conversão da MP 563/2012, modificou a Lei n. 9.430/96, impondo os métodos Preço sob Cotação na Importação - PCI e Preço sob Cotação na Exportação - PECEX, respectivamente, para a importação e exportação de commodities, conforme disciplina os artigos 19, § 9º e 19-A, ambos da Lei nº 9.430/96.

Passa-se, agora, ao exame das alegações.

- **Das Alegações Principais de Mérito**

Inicialmente no tópico “I.1.4 - DA NECESSIDADE DA CONTRATAÇÃO DA VISA PARA VIABILIZAÇÃO DAS ATIVIDADES DA RECORRENTE”, a recorrente busca detalhar, antes de pugnar pela correta adequação dos preços de transferência, as atividades desempenhadas pela VISA e o motivo dessa se mostrar imprescindível para viabilizar a atividade desenvolvida pela Requerente.

Apresenta longa explanação sobre a importância da VISA como um distribuidor de pleno direito que desempenha diversas funções e assume inúmeros riscos atrelados ao negócio de distribuição e negociação (marketing, preço, garantia, estoque, crédito etc).

Aduz que é completamente incoerente desconsiderar o seu relevante custo de intermediação, ao tratar a VISA como um mero operador de bolsa de mercadorias, que não assumiria risco algum, não empregaria nenhum ativo e cujas funções seriam efetivamente limitadas.

Ratifica que a logística das operações em comento não foi adequadamente analisada no acórdão Recorrido, quer seja pelo Relator, que nenhuma consideração teceu sobre a VISA, quer seja pelo i. Julgador Eduardo Fogaça, que realizou abordagem deveras superficial, sendo que ambos ignoraram o laudo da EY, o qual possui papel de fundamental relevo para demonstrar a imprescindibilidade da utilização da VISA.

Penso que tal argumenta não merece prosperar.

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

Desse modo, o reforço argumentativo da recorrente em insistir pela imprescindibilidade da VISA nas operações da recorrente, no meu sentir, e salvo melhor juízo, não

traz qualquer impacto na presente autuação, vez que o cerne da questão encontra-se na permissão e consistência dos ajustes realizados. Tanto que foi nesse ponto que a decisão recorrida se ateve. Contudo, mais a frente, a questão da VISA ainda será reabordada.

Prosseguindo, a recorrente defende, ainda, que o direito ao ajuste em razão dos custos de intermediação decorreria diretamente da Lei n. 9.430/96. Segundo afirma, tais ajustes comporiam necessariamente os ajustes do “prêmio médio de mercado” previsto no art. 19-A, §1º da Lei.

A argumentação se desenvolve a partir de longa apresentação sobre o conceito de prêmio, ao fim da qual conclui: *‘Adaptando-se essa noção ao conceito legal, que trata de ajustes para mais ou para menos, o prêmio seria praticamente equivalente ao termo “ajuste”.’* E ainda: *“Com base nisso, pode-se afirmar que o conceito de “prêmio médio de mercado” que melhor se adequa ao texto legal é o de: ajustes para mais ou para menos do preço cotado que reflitam as práticas de partes não relacionadas, em transações realizadas no mercado de commodities em negociações em bolsa ou fora dela.”*.

Após definir que **prêmio equivale** a *ajustes*, prossegue defendendo que esses ajustes devem compreender não apenas aqueles decorrentes de negociações em bolsa de valores, mas também os descontos e sobrepreços que costumam ocorrer entre partes não relacionadas em outros foros de negociação, por exemplo, exportações realizadas por intermédio de *trading companies* ou distribuidores.

Diz que a necessidade de contemplar ajustes de operações fora de bolsa é uma decorrência inexorável da aplicação do método PECEX a produtos que não tem cotação na bolsa, o que infere do § 5º do mesmo dispositivo, que faz remissão ao § 1º. Assim, arremata: *“se o regime de preços de transferência também considera como parâmetro para fins de obrigatoriedade da aplicação do PECEX, operações realizadas fora da bolsa, inclusive relativas a bens não cotados em bolsas de mercadorias e futuros, não há sentido em restringir-se o conceito de “prêmio médio de mercado” aos ajustes realizados em negociação em bolsa, sobretudo no que tange à Recorrente, que se encontra na condição de price taker.”*.

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

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

Em reforço a sua tese, alega que a IN RFB n. 1.568/2015 estaria em desacordo com o conceito legal de renda que se extrai do art. 43, caput e incisos I e II, do CTN e do art. 2º da Lei n. 7.689/88, pois importaria atribuir a pessoa jurídica receitas que levem a uma renda ou lucro que efetivamente não é seu.

Também pugna pela configuração de ofensa a isonomia, defendendo que não cabe igualar o contribuinte que exporta para *trader* vinculada ao contribuinte que exporta a consumidor final por meio de bolsa de mercadorias e futuros. Prossegue, aduzindo que operações de exportação realizadas por meio de bolsas de mercadorias e valores e por meio de *traders* qualificados como distribuidores de pleno direito (*full fledged distributor*) são incomparáveis, pois a bolsa não se sujeita a qualquer risco, uma vez que sempre tem segura sua taxa remuneratória do serviço, enquanto o *trader* toma a propriedade do ativo, passando a submeter-se a todos os riscos de prejuízos, decorrentes da demanda, do preço e da eventual vinculação de contratos a índices futuros.

Destaca reiteradas vezes que a VISA figura em condição muito mais abrangente do que a de um simples *trader*, tratando-se efetivamente de uma distribuidora de pleno direito (*full flat distributor*), motivo pelo qual os riscos assumidos são ainda mais significativos.

Pois bem.

Inicialmente, sobre a suposta inovação restritiva trazida pela IN n. 1.568/15, cumpre recordar que a redação original da IN n. 1.213/12 não estipulava ajustes por custos de intermediação. Somente veio a prevê-los a partir da alteração introduzida pela IN n. 1.395/13. Assim, por consectário lógico, não cabe dizer que a IN n. 1.568/15 trouxe restrição inédita.

Como a própria recorrente reproduziu em sua manifestação, a IN n. 1.312/12, editada para dar cumprimento ao art. 19-A, §6º da Lei n. 9.430/96, previa duas modalidades de ajustes. No parágrafo 7º, do art. 34, cuidou de avaliação de mercado sobre a *commodity* negociada, inclusive, as variações na *qualidade*, nas *características* e no *teor da substância* do bem vendido, que repercutem no preço, ensejando prêmio negativo ou positivo. Já no parágrafo 9º dispôs sobre ajustes relativos “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”.

A leitura dos dispositivos evidencia que as duas classes de variáveis aptas a ensejarem ajustes eram vinculadas a cotações em bolsa de valores ou em instituições de pesquisa setoriais.

Destarte, a aventada “restrição” existia desde a origem da regulamentação, afastando-se a alegada de inovação por parte da IN n. 1.568/15.

Não se olvide que o parágrafo 10, do art. 34, da Instrução Normativa, em todas as suas redações, se reportava e, ainda se reporta expressamente ao parágrafo 9º. *In verbis*: As variáveis que podem ser consideradas nos **ajustes mencionados no § 9º** são (...).

Uma vez que a leitura do parágrafo 10 deve-se fazer a partir da previsão do parágrafo 9º, que se refere a “**variáveis que são consideradas na cotação específica da commodity**” em bolsa ou em instituição de pesquisa setorial, a conclusão é de que os ajustes devem relacionar-se com as negociações em ambiente bursátil.

Por derradeiro, observe-se que a redação original era ainda mais restritiva que a previsão da IN n. 1.568/15, que enumerava taxativamente as variáveis relevantes: *o custo de transporte ao porto de destino e as influências climáticas nas características do bem*.

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

A interpretação defendida pela recorrente, portanto, não encontra fundamento nem mesmo na redação conferida pela IN n. 1.395/13, pois resulta de leitura isolada do parágrafo 10. Seria ainda menos compatível com a redação original, que enumerou exaustivamente as variáveis aptas a determinar ajustes.

Nesse mesmo sentido, cumpre mencionar o trecho da Declaração de Voto do Julgador Eduardo Gabriel De Goes Vieira Ferreira Fogaça, da decisão recorrida, cuja análise é precisa:

Esta declaração de voto tem por escopo esclarecer quanto à argumentação da contribuinte de que foi a IN RFB nº 1.568, de 2015, que a teria impedido de deduzir do preço de transferência o que ela denominou “custo de transação”. Entendo que a lei nunca deu guarida à dedução por ela pretendida e, portanto, a regulação da IN RFB nº 1.312, de 2012, e suas alterações, deve ser lida neste contexto. Transcreve-se a lei:

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

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

I - pessoas físicas ou jurídicas vinculadas;

II - residentes ou domiciliadas em países ou dependências com tributação favorecida; ou III - pessoas físicas ou jurídicas beneficiadas por regimes fiscais privilegiados.

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

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

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

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

I - com os obtidos a partir de fontes de dados independentes fornecidas por instituições de pesquisa setoriais internacionalmente reconhecidas; ou II - com os preços definidos por agências ou órgãos reguladores e publicados no Diário Oficial da União.

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

2. O método Pecex é aplicável exclusivamente aos bens ou direitos que estejam: (i) sujeitos a preços públicos (ii), cotados em bolsas de mercadorias e futuros e (iii) que tais bolsas tenham reconhecimento internacional. Esse é o caso das commodities exportadas pela contribuinte. O § 6º trouxe previsão específica para regulação da matéria pela RFB.

3. Na regulação da IN 1.312 o ajuste ao prêmio médio de cotação está no § 9º, cuja redação (seja na original, seja nas retificadas posteriormente) sempre se referiu a especificações do contrato subjacente à mercadoria exportada. Na redação dada pela IN RFB nº 1.458, de 2014, ficou explícito que a variável se referia a “condições específicas de negócios, condições de venda - Incoterm, de conteúdo e de natureza física”. A meu ver há que se ter uma vinculação direta entre o custo diretamente ligado ao preço pago no curso da transação.

§ 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. - redação original

§ 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) – vigente nos anos de 2015 e 2016

§ 9º Além do valor do prêmio de que trata o § 7º, o valor da commodity poderá sofrer ajustes correspondentes às diferenças entre o preço praticado e **as especificações do contrato padrão estabelecidas pela bolsa de mercadorias e futuros** a que se refere o caput, ou em instituições de pesquisa

setoriais, conforme os termos do 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 1870, de 29 de janeiro de 2019) - atualmente vigente 4.

O § 10 citou as variáveis a serem consideradas. Em todas as redações da IN este dispositivo fez referência ao § 9º. As variáveis nele citadas não podem ser retiradas do contexto da regra do § 9º. Elas devem sempre estar diretamente ligadas aos custos da transação efetuada; como exemplo: prazo de pagamento, acondicionamento, frete, custos de embarque. Fazendo um paralelo ao regime contábil, seriam variáveis que ajustariam o custo da mercadoria vendida. E é nesse contexto que o § 10 se insere.

§ 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. - **original**

§ 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) - vigente

5. No caso aqui discutido a transação jurídica controlada é aquela entre a Vale Brasil e a Vale Suíça. Esta transação deve ser isolada daquela que envolve a exportação da mercadoria da Vale Suíça para os adquirentes finais (segunda transação jurídica). O que a contribuinte denominou custo de transação se refere a despesas inerentes à estrutura por ela criada na Suíça para a segunda transação jurídica que ela efetua, não como compradora (primeira transação, controlada), mas como vendedora. Trata-se, portanto, de despesas (ou custos, como quer a contribuinte) estranhas à transação controlada, cuja auditoria tributária a RFB nem teria jurisdição.

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

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

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

Ademais, a conclusão supra prejudica o exame da alegação de ofensa ao princípio da anterioridade, relativo ao ano-calendário 2015, pois não há que se falar em inovação, nem, tampouco, em majoração de tributo, afastando-se, destarte, a aplicação do art. 97 do CTN.

Prosseguindo, a recorrente argumenta que a modificação introduzida pela IN 1.568/15, que limitou os custos de intermediação *àqueles cobrados pelas bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas*, gerou uma antinomia no âmbito da própria IN nº 1.312/2012, uma vez que colide com o texto do art. 22 da mesma IN, cuja regra abarca todos os métodos, inclusive o PECEX.

Ao contrário do que defende a recorrente, o art. 22 da IN 1.312/12 não se aplica ao método PECEX. As normas gerais trazidas na Seção I *Das Disposições Comuns às Operações de Exportação* não se aplicam ao PECEX em razão do caráter específico do método.

Nessa linha, e de forma coerente com a singularidade do PECEX, a leitura das disposições do art. 34 da Instrução Normativa, que regulamenta o PECEX, evidencia que as regras específicas do PECEX sobre os ajustes cobrem os mesmos assuntos tratados pelas regras gerais trazidas no art. 22. Basta o exame dos parágrafos 9º a 13 do art. 34 da Instrução Normativa para que reste claro o tratamento exaustivo dos ajustes no âmbito do PECEX. Ante a completude das normas específicas, devem elas prevalecer, prescindindo o operador do direito do recurso às normas gerais.

Por fim, registre-se que a tentativa de compatibilizar a aplicação do artigo 22 da Lei ao PECEX mediante menção ao pronunciamento da COSIT não subsiste, pois a Solução de Consulta colacionada não se manifesta sobre a aplicação do art. 22 da Instrução Normativa ao PECEX, apenas menciona de forma genérica os dispositivos aplicáveis. Seu objeto e a obrigatoriedade de utilização do referido método para transações envolvendo *commodities* em contraposição aos demais métodos gerais, aos quais se aplica o art. 22 do normativo, pode explicar a menção do dispositivo entre as regras relacionadas a Solução de Consulta.

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

Penso que não assiste razão.

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

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

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

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

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

Ainda nessa linha, note-se que as instruções normativas não definem o que é prêmio de mercado, nem buscam correlacionar os ajustes ao preço parâmetro à noção de prêmio. A técnica empregada pela Autoridade Fiscal ao regulamentar o art. 19-A, §2º e seguintes baseou-se em enumerar as variáveis a serem ponderadas nos ajustes. Assim, o ponto principal é

determinar quais as **variáveis** a serem consideradas na determinação dos ajustes aos preços de mercado encontrados pelo método PECEX, bem como quais variáveis ajustarão o prêmio das mercadorias negociadas pelos contribuintes e, portanto, seu preço.

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

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

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

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

Extraí-se dos comandos legais que o parâmetro de referência do método PECEX são *commodities* **cotadas em bolsa ou em sistemas de pesquisa setoriais** (art. 19); o **método** consiste em aplicar valores médios diários da cotação de bens precificados em bolsa (art. 19-A) e os **ajustes** previstos no parágrafo primeiro se darão **em função dos preços de cotação dos bens em bolsa** e ajustados em função do prêmio de mercado da bolsa (art. 19-A, §2º), ou seja, os três dispositivos são expressos em adotar as bolsas de mercadorias e futuro como referência para estabelecer o **objeto** das normas, a **metodologia** para aferir os preços parâmetro e para determinar os **ajustes**.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Portanto, entendo que tais argumentos também não merecem prosperar.

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

Sobre essa linha argumentativa, cumpre, primeiramente, reiterar o fundamento da Declaração de Voto acima transcrita. A metodologia para calcular o ajuste afere a margem de lucro da VISA sem distinguir entre as transações de aquisição de produtos, que são as aqui discutidas, e as demais atividades comerciais. A resposta da consultoria ao questionamento da

fiscalização bem demonstra que a chamada análise funcional compreende atividades de venda e comércio de *commodities*.

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

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

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

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

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

Outro ponto subsidiário, refere-se à irresignação quanto à indevidas limitações que não são estabelecidas para outros métodos de apuração de preços de transferência. Especificamente argumenta que o art. 51, IN nº 1.312/12 estabelece que nenhum ajuste será realizado quando o preço ajustado diverja em até 5% daqueles constantes dos documentos de

importação e exportação. Entretanto, contesta que sem nenhuma justificativa plausível, a IN limita apenas a 3% a margem de divergência para o método PECEX. Aduz, ainda, que somente pode ser tributado aquilo que ultrapassar a margem de divergência.

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

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

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

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

ARGUMENTOS SUBSIDIÁRIOS

Quanto a outros argumentos subsidiários, observa-se inicialmente na peça recursal que a recorrente alega que, ao calcular os ajustes ao lucro real, não se considerou seu direito a redução de 75% do imposto sobre a renda a que faz jus no tocante ao lucro da exploração decorrente das atividades incentivadas no âmbito da Sudam/Sudene, art. 1º da MP 2.199-14/01, com redação então conferida pela Lei 11.196/05.

Invoca o art. 28, parágrafo único, da IN 1.312/12 para defender que o incentivo da redução do imposto deve incidir sobre a parcela do ajuste dos preços de transferência.

Sobre esta alegação, tenho por concordar com o exame realizado pela autoridade julgadora de 1ª instância, conforme excerto a seguir:

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

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

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

Ademais, o gozo de isenção ou redução de tributos sujeitos ao Lucro da Exploração, como no presente caso, certamente depende de contabilidade mantida em plena regularidade e a inclusão de valores em tal cálculo efetivamente sujeitos à benesse. Uma vez revelada irregularidade pelo lançamento de ofício, não há, igualmente, previsão legal para o reajuste do cálculo inicialmente procedido pelo contribuinte.

Nesse mesmo sentido, é o que vem prevalecendo nos seguintes julgados do CARF:

Número do processo: 10314.721064/2016-33

Turma: Segunda Turma Ordinária da Quarta Câmara da Primeira Seção

Data da sessão: 18 de setembro de 2019

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

Ano-calendário: 2011

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

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

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

O disposto nos artigos 9º e 10 da Lei Complementar nº 160/17 tem aplicação imediata aos processos ainda em curso, retroativamente em relação aos fatos geradores, devendo ser também consideradas as normas vigentes ao tempo das circunstâncias colhidas na análise de regularidade da conduta do contribuinte. Após tal alteração legislativa, a averiguação do efetivo cumprimento dos requisitos e exigências trazidos no Parecer Normativo CST nº 112/78, agora legalmente superado, é irrelevante para o desfecho da demanda. À luz do §4º do art. 30 da Lei nº 12.973/14, veiculado pela Lei Complementar nº 160/17, para o reconhecimento de uma benesse estadual como subvenção de investimento, bastaria a intenção do Ente estatal de estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos, com a sua devida escrituração em conta de Reserva de Lucros, podendo ser utilizada para a absorção de prejuízos (após o exaurimento dos demais valores, também alocados em Reserva de Lucros) ou para o aumento do capital social, sendo vedada seu cômputo na base de cálculo de dividendos obrigatórios e a sua redução em favor dos sócios, direta ou indiretamente, por outras manobras societárias. Tratando-se de subvenção, efetivada por meio de créditos de ICMS, concedida por estado da Federação à revelia do CONFAZ e suas regras, uma vez trazida aos autos a prova do registro e do depósito abrangendo a benesse sob análise, nos termos das Cláusulas do Convênio ICMS nº 190/17, resta atendido o art. 10 da Lei Complementar nº 160/17. INCENTIVOS FISCAIS. SUDENE. ART. 13 DA LEI Nº 4.239/63. INEXISTÊNCIA DE EXIGÊNCIA LEGAL DE RECONHECIMENTO DO DIREITO PELA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Em relação aos benefícios concedidos com base no art. 13 da Lei nº 4.239/63, e alterações posteriores (inclusive a MP nº 2.199-14/01), não existe qualquer exigência legal de que seja formalizado pedido de reconhecimento do direito ao incentivo perante a Receita Federal do Brasil, provando-se a prerrogativa do gozo a tal benesse apenas com a apresentação do laudo constitutivo emitido pelo órgão regional competente, ressalvada prerrogativa da Fazenda Nacional de fiscalizar o cumprimento dos requisitos e a correção desse aproveitamento fiscal.

LUCRO DA EXPLORAÇÃO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. RECOMPOSIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. No caso de lançamento de ofício, não é admitida a

recomposição do Lucro da Exploração referente ao período abrangido pela Autuação, para fins de novo cálculo dos incentivos de isenção ou redução.

MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA COM MULTA DE OFÍCIO, POSSIBILIDADE.

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

Numero da decisão: 1402-004.059

Nome do relator: CAIO CESAR NADER QUINTELLA

Rejeito, portanto, a alegação da recorrente.

Outro ponto alegado pela contribuinte, refere-se à desconsideração dos valores dos custos de intermediação cobrados pelas bolsas de mercadorias e futuros.

Quanto a este ponto, cumpre destacar que o método PECEX requer cálculos diários, conforme art. 19-A da Lei n. 9.430/96 e art. 34 da IN RFB n. 1.312/2012. Assim, resta evidente que a tabela acostada à fl. 132 do recurso voluntário não atende a exigência legal, pois se limita a apresentar um cálculo global por ano sem discriminar operações e produtos.

Com efeito, a referida tabela não especifica o produto a que se refere enquanto a VALE, além do minério de ferro, transaciona com outros produtos, como cobre e manganês (fino e granulado).

Para esses, **não houve qualquer apresentação dos custos de intermediação cobrados pelas bolsas.**

Como se não bastasse, a tabela contém informação sobre o marketplace Global Ore, para o qual indica valor de USD 0,05 por tonelada, mas a recorrente se omite quanto aos dados referentes a CBMX, que foram utilizados nos preços de transferência de 2016.

Cuida-se, portanto, de alegação genérica, que não atende as exigências de detalhamento da legislação de preços de transferência. Por conseguinte, não há que se falar em erro na base de cálculo, pois a autuada não se desincumbiu do ônus probatório a seu encargo, deixando de apresentar as informações mínimas para que esse ajuste pudesse ser realizado.

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

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

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

Conclusão

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do Recurso Voluntário, rejeitar as preliminares de nulidade do auto de infração e da decisão de 1ª instância para, no mérito, negar-lhe provimento.

É como voto.

Assinado Digitalmente

Andressa Paula Senna Lísias (Relatora ad hoc)

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheiro Daniel Ribeiro Silva.

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

No mérito, me parece claro que a desconsideração integral dos custos de intermediação incorridos pela Recorrente importam em grave distorção e afeta diretamente a competitividade da empresa em condições normais de mercado. Isto porque, a utilização de intermediadora internacional que garanta maior proximidade e agilidade nas transações é

realidade que na prática se impõe a praticamente todos os grandes exportadores, ainda mais tratando-se de commodities comercializadas na bolsa.

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

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

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

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

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

Por sua vez, tal redação foi alterada:

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

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

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

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

Isto porque, assim dispunham os § 13 e 14:

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

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

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

Entendo, portanto, que ao afastar a aplicação dos ajustes indicados no § 10 para pessoas não vinculadas, interpretando-se de forma conjunta o §9 com o § 14 da referida IN, os custos a serem ajustados no preço passam a ser suportados através de laudos técnicos. A Recorrente agiu de forma acertada e cautelosa aplicando, inclusive, percentual inferior.

Em razão disso entendi como insubsistente o lançamento.

No que se refere aos demais argumentos subsidiários, como fui vencido em meus argumentos, também encaminhei meu voto para acatar as razões recursais no que se refere à aplicação do princípio da anterioridade na aplicação da IN 1.558/2015 que, claramente restringiu a forma de apuração do preço e, por consequência, afetou a carga tributária incidente na operação, tudo isso no meio de um exercício fiscal. Exatamente isso que o princípio constitucional da anterioridade visa coibir. Não se trata de mero esclarecimento ou ajuste de redação, antes se permitia ajustar custos de intermediação de forma geral e após a alteração esses custos passaram a ser limitados aos cobrados pela bolsa.

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

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

E para tal fim, ajustes que seriam feitos dentro da margem indicada pela Receita (3%) seriam considerados como comprovados. Ou seja, se a Recorrente tivesse aplicado 3% não

haveria lançamento. Como ela aplicou 5,5% amparado por estudos técnicos que a permitiriam aplicar percentual ainda maior, a Recorrente teve glosada a integralidade dos seus custos com intermediação, algo que não se afigura minimamente razoável e proporcional.

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

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

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

É como voto.

(assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva