

LUÍS EDUARDO SCHOUERI

**PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA
NO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO**

(3ª edição, revista e atualizada)

DIALÉTICA

São Paulo - 2013

© Luís Eduardo Schoueri

DIALETICA é marca registrada de
Oliveira Rocha - Comércio e Serviços Ltda.

Todos os direitos desta edição reservados a
Oliveira Rocha - Comércio e Serviços Ltda.

Rua Sena Madureira, 34
CEP 04021-000 - São Paulo - SP
e-mail: atendimento@dialetica.com.br
Fone/Fax (11) 5084-4544

www.dialetica.com.br

ISBN nº 978-85-7500-233-9

Na capa, reproduz-se, em destaque,
obra de **Marola Omartem**.

Editoração: nsm

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Schoueri, Luís Eduardo
Preços de transferência no direito tributário
brasileiro / Luís Eduardo Schoueri. -- 3. ed.
rev. e atual. -- São Paulo : Dialética, 2013.

Bibliografia
ISBN 978-85-7500-233-9

1. Direito tributário - Brasil 2. Direito
tributário internacional - Brasil 3. Preços de
transferência 4. Preços de transferência - Brasil
I. Título.

13-02986

CDU-34:336.2:338.5(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Preços de transferência : Direito
tributário 34:336.2:338.5(81)

Para meu pai, Robert Schoueri, inspiração para temas internacionais

Para Denise, com amor, sempre

Para Ana Carolina e Luís Roberto, por quem tudo vale a pena.

Sumário

1. Introdução	9
2. Os Estudos da OCDE na Interpretação e na Aplicação da Legislação Brasileira	21
3. O Princípio <i>Arm's Length</i>	29
4. A Disciplina dos Preços de Transferência no Direito Brasileiro e no Direito Comparado. Aspecto Subjetivo	61
5. Métodos para Apuração de Transações <i>Arm's Length</i>	97
6. Método dos Preços Independentes Comparados	179
7. Método do Preço de Revenda.....	203
8. Método do Custo mais Lucro.....	307
9. Problemas na Aplicação dos Métodos	323
10. <i>Transfer Pricing</i> e os Juros	337
11. <i>Transfer Pricing</i> e os Intangíveis	359
12. <i>Transfer Pricing</i> e as Regras <i>Safe Harbour</i>	379
13. Sistemática Brasileira de <i>Transfer Pricing</i> e os Acordos Assinados pelo Brasil para evitar a Bitributação.....	409
14. Conclusões.....	443
Índice Sistemático.....	455
Referências Bibliográficas	461

1. Introdução

Plano de Estudo

1.1 Introduzido em nosso ordenamento no final de 1996, o tema dos preços de transferência demorou a merecer atenção da doutrina brasileira. Em seus primórdios, o assunto oferecia especial dificuldade, seja porque era recente mesmo em foros internacionais, seja porque o legislador brasileiro desviara-se do consenso que então se vinha formando, especialmente no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE.

1.1.1 Na prática empresarial, desde o início verificou-se grande quantidade de empresas mobilizando exércitos de profissionais para tratarem da fixação e disciplina dos preços de transferência entre empresas ligadas. As dificuldades enfrentadas tornavam-se patentes, de um lado, pela escassez de apoio doutrinário pátrio e, de outro, porque as peculiaridades da legislação brasileira tornavam difícil o diálogo entre as empresas locais e suas vinculadas no exterior.

1.1.2 À perplexidade empresarial contrapôs-se uma fiscalização federal eficiente, marcada pela instituição de delegacias para assuntos internacionais, cujo enfoque revelou-se serem as questões de *transfer pricing*, dando-se início, já no ano de 1998, a procedimentos fiscalizatórios específicos sobre o tema, com desfechos vultosos. O assunto é hoje tratado pela Delegacia de Maiores Contribuintes, com igual atenção. Atualmente, os preços de transferência são matéria corriqueira na doutrina tributária. Vários estudos vêm sendo publicados e a jurisprudência, especialmente na esfera administrativa, tem trazido grande contribuição para os debates.

1.1.3 Permanece como característica da legislação brasileira afastar-se, em diversos pontos, do consenso que parece surgir na OCDE.

1.1.3.1 Essa circunstância, que no início mereceu severas críticas, hoje vem sendo reavaliada. Afinal, quando se verifica que as propostas da OCDE apresentam falhas graves, a existência de uma solução alternativa pode ser de grande valia, para efeito de comparação, a fim de identificar soluções viáveis para a questão.

1.1.3.2 Não é diferente o caso deste autor. A honestidade científica impõe que se revejam opiniões anteriormente externadas, buscando posicionamento atualizado sobre a matéria.

1.1.4 Este estudo visa fornecer subsídios teóricos atualizados a questões encontradas na prática da advocacia empresarial, quando se enfrenta o tema do *transfer pricing*.

1.1.5 O plano de trabalho será a análise das principais questões que o tema propõe, sempre apresentando a disciplina vigente no texto legal e sua

extensão por conta dos atos normativos que o seguiram. O enfoque será, na medida do possível, não apenas uma tentativa de elucidar o conteúdo das normas, mas principalmente um confronto crítico, quando for o caso, discutindo a eventual extrapolação praticada pelos autores dos atos normativos apontados.

1.1.6 Tendo em vista as várias alterações na legislação, opta-se por não apenas apresentar as normas ora em vigor, mas também retratam-se polêmicas hoje superadas na legislação. Tal registro não tem mera função histórica (o que já seria suficiente, por auxiliar na compreensão da *ratio* por trás das medidas legais); assume-se que a larga extensão do período de decadência tributária, somada à morosidade dos processos administrativos, impõe que profissionais e julgadores encontrem referência sobre períodos passados, ainda atuais para sua atuação. Ademais, não se pode negar a importância do aspecto histórico na construção de institutos jurídicos.

1.1.7 Em cada tópico encontrar-se-á um exame crítico da legislação pertinente, à luz da disciplina da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE. Daí ser conveniente iniciar a discussão a partir das razões que fundamentam a necessidade da pesquisa das normas e interpretações da OCDE para o caso brasileiro.

1.1.7.1 Conforme se verá com mais vagar, o posicionamento da OCDE nem sempre foi seguido pelo legislador brasileiro; sua inspiração naquele modelo, entretanto, é notória. Daí que mesmo quando a solução legal divirja dos padrões internacionais, a compreensão dos últimos será útil para o conhecimento do modelo brasileiro.

1.1.7.2 Também relevante será conhecer as propostas desenvolvidas no âmbito do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas, já que seu Comitê de Especialistas em Matéria Fiscal¹ constituiu um subcomitê voltado à matéria dos preços de transferência, dali resultando a edição de um "Manual Prático", onde se encontram reflexões úteis para a compreensão da matéria, em especial tendo em vista as peculiaridades dos países em desenvolvimento.

1.1.8 Não tem este estudo a pretensão de esgotar todas as questões que o tema dos preços de transferência vem provocando no debate internacional. Não se tratará, por exemplo, dos procedimentos administrativos específicos para a matéria, em especial os acordos prévios de preços da prática internacional (*advance pricing agreements*). O estudo daquela prática po-

¹ Cf. United Nations, *UN Practical Manual for Developing Countries* (atualizado até outubro de 2012), disponível em http://www.un.org/esa/ffd/tax/documents/bgrd_tp.htm.

derá colaborar para a evolução doutrinária acerca do entendimento entre Fisco e contribuintes, diante de questões complexas.

Considerações Propedêuticas: Preços de Transferência e o Conceito de Renda

1.2 Versando o presente estudo sobre os preços de transferência, parece acertado apresentar, em linhas gerais, os contornos da problemática.

1.2.1 Por preço de transferência entende-se o valor cobrado por uma empresa na venda ou transferência de bens, serviços ou propriedade intangível, a empresa a ela relacionada. Tratando-se de preços que não se negociaram em um mercado livre e aberto, podem eles se desviar daqueles que teriam sido acertados entre parceiros comerciais não relacionados, em transações comparáveis nas mesmas circunstâncias².

1.2.1.1 Inserindo-se a disciplina dos preços de transferência no âmbito da legislação do imposto de renda, encontra-se como imediato limite a própria existência de renda a ser tributada, já que, afinal, qualquer norma que restrinja a dedutibilidade de despesas, ou que exija o reconhecimento tributário de receitas não contabilizadas, gera a suspeita de distorção de um resultado, afastando-se do conceito de renda.

1.2.1.2 A suspeita acima se fundamenta na ideia preconcebida de que é a contabilidade a ferramenta por excelência para a apuração do lucro de uma pessoa jurídica e esse, por sua vez, o parâmetro correto para a aferição da renda.

1.2.1.3 Não é esta a oportunidade para tecerem-se digressões acerca do conceito de renda³. Apenas se traz em consideração que, do ponto de vista histórico, nem sempre foi o lucro contábil, tal como hoje apurado, julgado o mais adequado para o cálculo da renda tributável. Basta lembrar, por exemplo, que a introdução do regime de competência, para a apuração do lucro tributável das empresas, não foi pacífica, gerando, na época, calorosos debates em que se sustentava ser impossível a tributação de valores que, afinal, não haviam sido realizados financeiramente⁴. Hoje, poucos ou-

² Cf. "Transfer pricing [Intercompany pricing]" (verbete), in Julie Rogers-Glabush (edit.), *International Tax Glossary*, 6ª edição, Amsterdã: International Bureau of Fiscal Documentation, 2009, p. 449.

³ Sobre o conceito de renda, ver, principalmente, Horacio A. García Belsunce, *El Concepto de Reddito en la Doctrina y en el Derecho Tributario*, Buenos Aires: Depalma, 1967. Mais recente, cf. a obra de Kevin Holmes, *The Concept of Income. A Multi-Disciplinary Analysis*, Amsterdã: IBFD, 2001.

⁴ Neste sentido a opinião de Ruy Barbosa Nogueira. Cf. "A Disponibilidade Econômica ou Jurídica para os Efeitos da Incidência", *Imposto de Renda*, VVAA, São Paulo: IBDT/Resenha Tributária, 1981, pp. 138-190.

sam afirmar que incorre acréscimo patrimonial quando uma empresa efetua uma venda, ainda que a prazo.

1.2.1.4 As recentes alterações no padrão contábil, que não foram integralmente acompanhadas pela legislação do imposto de renda, servem de prova cabal para a análise crítica dessa matéria.

1.2.1.5 Com efeito, ainda é corriqueira a ideia de que o artigo 43 do Código Tributário Nacional exigiria efetivo acréscimo patrimonial, para que houvesse a tributação da renda. Essa ideia merece ser revista, quando se considera que o “lucro real” não reflete, necessariamente, acréscimos ou decréscimos de direitos e obrigações. Ilustrativos são os casos em que a legislação prevê ser a despesa indedutível: posto que implicando uma redução do lucro contábil e, portanto, do patrimônio, não afeta a base de cálculo do imposto de renda, já que revela renda consumida e, como tal, insere-se no conceito econômico de renda, doutrinariamente conhecido a partir dos estudos de Schanz, Haig e Simons (SHS)⁵. Daí ser válido afirmar que a renda contemplada pela legislação do imposto de renda não se limita a mutações patrimoniais (no sentido de direito privado). Ademais, ao se referir à disponibilidade econômica de renda, o artigo 43 do Código Tributário Nacional ultrapassa tais limites, admitindo que o legislador ordinário (insista-se: o legislador, não o aplicador da lei que faz as vezes de corretor da legislação) exija a busca da realidade econômica, identificando renda disponível, mesmo que não revelada pelas categorias próprias do direito privado. Por isso mesmo, uma liberalidade, posto que reduza o patrimônio (privado) da empresa, revela aplicação de renda e, por isso, disponibilidade.

1.2.1.6 É sob esta perspectiva que se deve considerar a legislação sobre preços de transferência: será ela constitucional - porque compatível com o conceito de renda, hoje positivado pelo artigo 43 do Código Tributário Nacional - se os ajustes por ela impostos servirem para corrigir eventuais distorções do lucro contábil da pessoa jurídica, aproximando o resultado, destarte, da efetiva renda da empresa, *i.e.*, da aquisição de sua disponibilidade econômica ou jurídica.

1.2.1.7 Neste sentido, cabe ponderar em que cenário se insere a legislação de preços de transferência. Trata ela de transações entre partes vinculadas. Estas transações diferenciam-se daquelas praticadas por partes independentes pela ausência do mercado como árbitro da distribuição de riquezas.

⁵ Sobre o assunto e seus desdobramentos, cf. Luís Eduardo Schoueri, “O Mito do Lucro Real na Passagem da Disponibilidade Jurídica para a Disponibilidade Econômica”, in Alexsandro Broedel Lopes e Roberto Quiroga Mosquera (coords.), *Controvérsias Jurídico-contábeis (Aproximações e Distanciamentos)*, vol. 1, São Paulo, Dialética, 2012, p. 241.

1.2.1.8 Com efeito, num mercado em que partes independentes relacionam-se comercialmente, é razoável admitir que cada qual busca trazer para si as maiores vantagens possíveis, e que da tensão dialética que exsurge a cada transação, resulta um preço, denominado “preço de mercado”, que nada mais é do que o parâmetro para distribuir a riqueza (ou a renda) entre as partes.

1.2.1.9 Não ingressando na polêmica acerca do fenômeno da globalização e seus múltiplos significados, pode-se constatar uma mudança nas relações comerciais internacionais: se antes a empresa, para expansão de seus mercados, instalava-se em diversos países, mantendo em cada qual uma unidade econômica distinta e concorrente, hoje os grupos transnacionais optam por concentrar suas atividades em grandes unidades, que transacionam mundialmente.

1.2.1.10 Exemplificativamente, antes uma empresa que quisesse explorar, internacionalmente, o ramo de sapatos, instalaria, em cada mercado relevante, uma fábrica que produziria localmente e exploraria seu mercado. O lucro ou prejuízo de cada unidade seria, assim, facilmente apurado. Na concentração acima mencionada, o grupo opta por ter apenas uma unidade produtora de solados, enquanto outra se encarrega da costura e assim sucessivamente. Tem-se, assim, um evidente ganho de escala, decorrente da especialização. Afinal, o custo fixo dilui-se por uma quantidade imensa de produtos, em vista do mercado globalizado, reduzindo o custo individual de fabricação de cada item. Entretanto, perde-se, com a nova estrutura, o parâmetro do mercado, como árbitro para a distribuição da riqueza, já que, no exemplo citado, a unidade produtora de solados terá lucro ou prejuízo conforme os preços que sejam decididos internamente pelo grupo, onde, no lugar do parâmetro do mercado, podem surgir outros interesses, como os políticos (possivelmente a unidade dirigida por um integrante com maior influência no *board* obterá vantagens maiores) ou, mesmo, tributários.

1.2.1.11 Compreende-se, assim, por que razão o lucro contábil deixa de ser um parâmetro necessariamente confiável para a apuração da riqueza gerada pela pessoa jurídica: sendo o resultado aritmético das transações efetuadas, apenas servirá ele de medida da renda se os negócios se celebrarem entre partes independentes. Desta forma, a ideia de que o lucro contábil serviria de ferramenta adequada para apurar a renda ganha uma condicionante: desde que o lucro reflita preços de mercado.

1.2.1.12 Que fazer quando as transações se efetuaram entre partes ligadas? Do mesmo modo, o lucro contábil servirá como medida da renda da pessoa jurídica se os preços ali computados forem os de mercado. Não o sendo, substituem-se os valores das transações concretas pelos preços de mercado, e chegar-se-á a um lucro, diverso do contábil, que melhor refletirá a renda da pessoa jurídica.

1.2.1.13 Assim, entende-se que ao substituir os preços das transações entre partes ligadas pelos preços de mercado, a legislação sobre preços de transferência nada mais busca, senão aferir com maior exatidão a riqueza gerada pela empresa.

1.2.1.14 À luz do conceito de renda, portanto, a legislação sobre preços de transferência será aceita - e até exigida - quando, privilegiando os preços de mercado, apurar com exatidão a riqueza e, portanto, a renda tributável. Em consequência, apenas se tolera a substituição dos preços praticados em uma transação se em seu lugar se registrarem valores que representem com maior exatidão os preços de mercado.

A Questão da Igualdade

1.3 A conclusão acima encontra, também, respaldo quando se considera a aplicação do Princípio da Igualdade em matéria tributária e seu correlário, expresso na capacidade contributiva.

1.3.1 Com efeito, a inclusão do Princípio da Igualdade entre as limitações constitucionais ao poder de tributar - artigo 150 da Constituição Federal - a par da previsão genérica da isonomia, incluída no artigo 5º do mesmo texto constitucional - impõe ao jurista a conclusão de que o nosso constituinte deu especial relevância a este princípio, verdadeiro pilar do Estado de Direito.

1.3.2 Do texto constitucional, por sua vez, verifica-se que não se impõe o tratamento igual a pessoas que se encontrem em situação *idêntica*, mas àqueles contribuintes que se encontrem em situação *equivalente*. Extrai-se, daí, que o constituinte reconheceu que a igualdade é sempre relativa. É, aliás, o que já ensina Klaus Tipke:

“A igualdade, que se distingue da identidade, é sempre relativa. O que é completamente igual é idêntico. O princípio de que o igual deve ser tratado igualmente não quer dizer idêntico, mas relativamente igual. Quando se pretende aplicar corretamente o Princípio da Igualdade, deve-se apurar a exata relação, perguntando-se: igual em relação a quê (em que relação)? Quaisquer diferenças podem, pois, não justificar o tratamento desigual. Para a comparação relativa torna-se necessário um critério de comparação. Logra-se extrair um critério concreto de comparação do princípio de sistematização, isto é, do motivo ou da valoração que constitui o fundamento da lei. O princípio é o critério de comparação ou de Justiça estabelecido compulsoriamente pelo legislador para determinados assuntos legalmente disciplinados.”⁶

⁶ Cf. Klaus Tipke, “Princípio de Igualdade e Idéia de Sistema no Direito Tributário”, in Brandão Machado (coord.), *Direito Tributário. Estudos em Homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira*, São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 515-527 (520).

1.3.3 Vê-se, pois, da lição do professor emérito da Universidade de Colônia, que a aplicação do Princípio da Igualdade impõe que se pautem o legislador por certos parâmetros (critérios de comparação) para diferenciar aqueles contribuintes que não se encontrem “em situação equivalente”.

1.3.4 Em seu tratado (três volumes) versando sobre o ordenamento tributário, Tipke voltou a demonstrar que o Princípio da Igualdade exige a aplicação coerente dos parâmetros adotados pelo legislador.

1.3.5 Tratando-se de obra de fôlego, Tipke debruçou-se sobre a questão que interessa ao presente caso: não se põe dúvida de que a liberdade do legislador, em matéria tributária, é bastante ampla; o que importa saber é se, uma vez tendo o legislador eleito certos critérios, pode ele aplicá-los aleatoriamente ou, ao contrário, impõe-se sua adoção consistente.

1.3.6 Note-se que Tipke já não se limita a dizer que o aplicador da lei deve tratar igualmente a todos os contribuintes. Ele discute até mesmo a liberdade do legislador, na criação de normas tributárias. Vale a pena, assim, ler o que ensina o catedrático emérito de Colônia, conforme se traduz livremente:

“A idéia da generalidade do conceito de justiça fundamenta-se no princípio da igualdade. Por isso, o Princípio da Igualdade exige substancialmente *consequência valorativa ou coerência*. O legislador deve seguir até o fim os princípios materiais pelos quais ele se decidiu com coerência sistêmica ou valorativa; uma vez tendo ele tomado decisões valorativas, *deve ele mantê-las coerentemente*. Inconsequência é medir com duas medidas, é uma ruptura sistêmica e leva a tratamento desigual de grupos que se encontram em situação equivalente, se medidas de acordo com os critérios materiais que servem para a comparação.”⁷ (g.n.)

1.3.7 Embora escrita sob as premissas do direito alemão, não há como deixar de estender as conclusões ao direito pátrio, tendo em vista que optou nosso constituinte por repetir, no âmbito tributário, o Princípio da Igualdade.

⁷ No original: “Im Gleichheitssatz wurzelt der Gedanke der Generalität des Gerechtigkeitsgedankens. Daher verlangt der Gleichheitssatz wesentlich *wertungsmässige Konsequenz oder Folgerichtigkeit*. Der Gesetzgeber muß das sachgerechte Prinzip, für das er sich entschieden hat, system- oder wertungskonsequent zu ende ausführen, er muß seine einmal getroffene Wertentscheidung folgerichtig durchhalten. Inkonsequenz ist Messen mit zweierlei Maß, ist Systembruch und führt zu Ungleichbehandlung mehrerer Gruppen, die sich in gleichen relevanten - d.h. gemessen an dem als Vergleichsmaßstab dienenden sachgerechten Prinzip gleichen - Verhältnissen befinden.” (Cf. Klaus Tipke, *Die Steuerrechtsordnung*, vol. I, Colônia: Dr. Otto Schmidt, 1993, p. 354)

1.3.8 Vê-se, assim, que uma vez eleitos os princípios básicos (critérios, parâmetros) para a instituição de determinado imposto, fica o legislador obrigado a aplicar coerentemente os princípios que ele mesmo elegeu, sob pena de ferir o Princípio da Igualdade. Confira-se:

“Sem a adoção de princípios, não há como comparar, carecendo a aplicação do Princípio da Igualdade de uma medida e, portanto, de uma fundamentação. Só à luz dos princípios abrangentes e relevantes é que se pode dizer se o princípio da igualdade foi observado ou ferido. Entretanto, pela falta de um parâmetro de comparação, a inexistência de princípios, o caos jurídico, não provoca uma ofensa ao Princípio da Igualdade e, pois, à justiça. Ao contrário, a inexistência de princípios constitui abuso, por parte do legislador, de seu poder discricionário, ou arbítrio e, pois, uma ofensa básica ao Princípio da Igualdade e, ao mesmo tempo, à justiça.” (Grifos no original)⁸

1.3.9 É, pois, sob pena de caracterizar o arbítrio, que o legislador se vê obrigado a eleger princípios (critérios, parâmetros) e, uma vez escolhidos, aplicá-los consistentemente.

1.3.10 Especificamente na matéria tributária, surge como primeiro critério ou parâmetro, escolhido pelo próprio constituinte, a capacidade contributiva. Nesse sentido, deve a tributação partir de uma comparação das capacidades econômicas dos potenciais contribuintes, exigindo-se tributo igual de contribuinte em equivalente situação. Por óbvio, tal princípio somente se concretiza quando é possível compararem-se os contribuintes.

1.3.11 No caso de transações entre pessoas vinculadas, entretanto, as realidades econômicas são diversas, frustrando-se qualquer comparação.

1.3.12 A diversidade acima apontada resulta da circunstância de as transações entre partes vinculadas não terem passado pelo mercado, como o fizeram as empresas independentes.

1.3.13 Assim, pode-se dizer que enquanto a moeda constante nas contas das empresas com transações controladas está expressa em unidades “reais de grupo”, empresas independentes têm seus resultados expressos em “reais de mercado”.

⁸ No original: *“Ohne ein Prinzip ist Vergleichung nicht möglich, fehlt der Anwendung des Gleichheitssatzes der Maßstab und damit die Grundlage, ob der Gleichheitssatz beachtet oder verletzt worden ist, kann nur auf Grund des inselhägigen, relevanten Prinzips beurteilt werden. Prinzipienlosigkeit, rechtliches Chaos, bewirkt jedoch nicht mangels eines Vergleichsmaßstabs die Verneinung eines Verstoßes gegen den Gleichheitssatz und damit gegen die Gerechtigkeit. Vielmehr ist Prinzipienlosigkeit Mißbrauch der gesetzgeberischen Gestaltungsmacht oder Willkür und damit ein Grundverstoß gegen den Gleichheitssatz und zugleich gegen die Gerechtigkeit.”* (Cf. Klaus Tipke, *op. cit.* (nota 7), p. 345)

1.3.14 Nesta perspectiva, o papel da legislação de preços de transferência é apenas “converter” valores expressos em “reais de grupo” para “reais de mercado”, possibilitando, daí, uma efetiva comparação entre contribuintes com igual capacidade econômica.

1.3.15 Neste sentido, verifica-se que a legislação de preços de transferência não distorce resultados da empresa. Apenas “converte” para uma mesma unidade de referência (“reais de mercado”) a mesma realidade expressa noutra unidade.

1.3.16 Nesse contexto, as disposições de controle de preços de transferência da Lei nº 9.430/96 se justificam ao corroborarem essa conversão acima referida, o que se dá mediante a aplicação do princípio *arm's length*, que será verificado mais profundamente nos capítulos posteriores. Vale dizer, caso a aplicação da lei ou de sua regulamentação em um caso concreto extrapole os limites dessa conversão, isso deverá ser considerado como desvio da capacidade contributiva (não será mera correção de “reais de grupo” para “reais de mercado”) e, portanto, a aplicação nesse caso deverá encontrar fundamento em outro critério igualmente prestigiado, sob pena de inconstitucionalidade.

1.3.17 Na doutrina nacional, há até mesmo quem considere que a não positividade expressa do princípio *arm's length* leva à conclusão de que a Lei nº 9.430/96 fere de início a Constituição⁹. Não é este o entendimento que aqui se defenderá. A aplicação do princípio é decorrência imediata do Princípio da Igualdade e da capacidade contributiva e, portanto, não parece haver a necessidade de que este seja expressamente previsto na Lei nº 9.430/96, embora seja seu pressuposto de validade e, portanto, a sua aplicação deve ser considerada em cada caso concreto.

1.3.18 Ao mesmo tempo, reconhecer-se-á que a aplicação do referido princípio se faz em conjunto com outros princípios constitucionais, o que explicará certas divergências entre a legislação brasileira e a prática internacional.

⁹ Paulo Ayres Barreto entende que a mera citação do princípio *arm's length* na exposição de motivos da Lei nº 9.430/96 não é causa suficiente para que se entenda que este foi recebido no país. Além disso, justifica que o Brasil não segue a regra de não favoritismo (tradução de Brandão Machado para o princípio), já que não é permitido às empresas indicar margem de lucro diversa daquelas previstas na legislação, o que resulta em duas inconstitucionalidades: cerceamento de direito de defesa e criação de hipótese de incidência sobre fato presumido. O princípio só estaria positivado nos casos em que o Brasil tivesse tratado para evitar a bitributação como o país da empresa vinculada considerada no caso concreto. Cf. *Imposto sobre a Renda e Preços de Transferência*, São Paulo: Dialética, 2001, pp. 153, 157, 171 e 172.

Outras Considerações sobre os Preços de Transferência

1.4 A importância da fixação de preços de transferência adequados é matéria que deve interessar até mesmo ao próprio grupo: uma eventual cobrança a maior ou a menor implicará desvio de lucros, distorcendo os resultados globais do grupo. A consequência poderá criar empecilhos à Administração central, que pode vir a entender como pouco produtiva uma unidade que, a preços de mercado, seria altamente competitiva, enquanto poderá estar mantendo em atividade uma empresa cujos resultados contábeis se apresentem satisfatórios, mas cujas demonstrações financeiras - se fossem descontados os desvios provocados na fixação dos preços de transferência - revelariam a necessidade de profunda intervenção, senão até mesmo o fechamento da unidade¹⁰.

1.4.1 À Administração Tributária não podem passar despercebidas as consequências de tal distorção, principalmente quando se tratar de transações entre empresa nacional e empresa estrangeira.

1.4.2 A uma, porque esta distorção poderá estar implicando super ou subfaturamento, dali decorrendo possível evasão na esfera dos tributos aduaneiros. Trata-se de assunto que foi objeto de negociações já no âmbito do antigo GATT, de onde resultou o Código de Valoração Aduaneira, já ratificado pelo Brasil.

1.4.3 A duas, por conta da distorção nos resultados da empresa, seja porque se lançou a resultado gasto (custo, despesa ou depreciação) maior que o necessário para a atividade normal da empresa (ato anormal de gestão), seja porque se deixou de alocar ao país resultado ali produzido.

1.4.3.1 No Brasil, Alberto Xavier referiu-se ao fenômeno como transferência indireta de lucros, por se tratar da possível "ampliação ou redução dos componentes positivos ou negativos do lucro que dada pessoa deve auferir, influenciando o preço das operações que para ele concorrem"¹¹.

1.4.3.2 Do mesmo modo, Heleno Tôrres refere-se à "alteração dos preços das operações patrocinadas no interior dos grupos de sociedades e nas relações entre empresas por qualquer modo conexas, com a inequívoca finalidade de desfrutar das diferenças existentes entre os regimes tributários envolvidos, otimizando a alocação dos fatores tributáveis entre as unidades operacionais de produção, com a pretensão de redução de custos (subvaloração) ou aumento de lucros (superfaturação), transferindo rendas do Esta-

¹⁰ Cf. Robert G. Eccles, *The Transfer Pricing Problem. A Theory for Practice*, Massachusetts/Toronto: Lexington Books, 1985, p. 10.

¹¹ Cf. Alberto Xavier, *Direito Tributário Internacional do Brasil*, 6ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 363.

do de produção para países que se utilizem de menores alíquotas ou ofereçam isenções ao elemento reidual"¹².

1.4.3.3 Hermes Marcelo Huck põe ênfase, em sua definição, ao agente dos preços de transferência: "denomina-se preço de transferência o preço de um produto (ou de serviços), preço esse manipulado para mais ou para menos, nas operações de compra e venda internacionais, quando um mesmo agente é capaz de controlar ambas as pontas da operação, tanto a vendedora como a compradora"¹³.

Transfer Pricing e Valoração Aduaneira

1.5 Embora se trate de figuras afins, a problemática dos preços de transferência não se confunde com a da valoração aduaneira¹⁴⁻¹⁵.

1.5.1 Com efeito, na valoração aduaneira o enfoque é o valor do produto. Sendo a base de cálculo dos tributos aduaneiros o valor da mercadoria, os métodos para a valoração aduaneira visam buscar o preço normal daquele bem.

1.5.2 No caso dos preços de transferência, a pesquisa visa saber se uma das partes na transação obteve vantagem ou desvantagem no negócio, implicando desvio de lucros.

1.5.3 Assim, a título de exemplo, imaginem-se duas empresas ligadas que trocam mercadorias em transações separadas, sendo que em cada caso uma das empresas concorda em sofrer prejuízo de igual monta.

1.5.3.1 Do ponto de vista da valoração aduaneira, examinam-se as duas transações em separado: constatado o subfaturamento na primeira,

¹² Cf. Heleno Taveira Tôrres, *Pluritributação Internacional sobre as Rendias de Empresas*, São Paulo: RT, 1997, pp. 264-265.

¹³ Cf. Hermes Marcelo Huck, *Evasão e Elisão: Rotas Nacionais e Internacionais do Planejamento Tributário*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 291.

¹⁴ Tampouco coincidem, necessariamente, as preocupações, em matéria de preços de transferência, das autoridades fiscais, dos administradores das empresas envolvidas e da contabilidade. Para uma comparação de tais enfoques, cf. Sylvain Plasschaert, "Transfer Pricing for Managerial Purposes in Relation to Fiscal Parameters", *International Transfer Pricing Journal* n° 5, vol. 4, setembro/outubro de 1997, pp. 198-203.

¹⁵ Nesse sentido, cf. Solução de Consulta Cosit n° 18, de 30/05/2008. Também é esta a opinião de Antenori Trevisan Neto. Cf. *Aplicação do Acordo sobre Valoração Aduaneira no Brasil*, São Paulo: Aduaneiras, 2010, pp. 34-35. Discordam desse entendimento Miguel Hilú Neto, "Preços de Transferência e Valor Aduaneiro - A Questão da Vinculação à Luz dos Princípios Tributários", in Luís Eduardo Schoueri e Valdir de Oliveira Rocha (coords.), *Tributos e Preços de Transferência*, vol. 2, São Paulo: Dialética, 1999, pp. 259-276 e Renato Vilela Faria, "Ensaio sobre uma Possível Convergência entre Valoração Aduaneira e Regras de Preços de Transferência", *Revista de Direito Tributário Internacional* vol. 13, ano 5, São Paulo: Quartier Latin, dezembro de 2009, pp. 125-158.

nasce a necessidade do lançamento tributário, que nada terá a ver com eventual ganho noutra transação. O enfoque não é o ganho ou a perda da empresa.

1.5.3.2 Sob o enfoque dos preços de transferência, ver-se-á que da transação não resultou ganho ou perda para qualquer das partes, sendo lícito, daí, compensarem-se as perdas, sem qualquer lançamento tributário¹⁶.

1.5.4 Decorre daí a afirmação de inexistir incompatibilidade entre a circunstância de a legislação sobre valoração aduaneira atingir um certo valor, que não seja coincidente com o resultado dos preços de transferência.

1.5.4.1 Essa hipótese é ainda mais válida no caso brasileiro. Com efeito, verificar-se-á, no decorrer deste estudo, que a legislação sobre preços de transferência admite a aplicação de diversos métodos, sendo bastante possível que cada qual chegue a resultado diverso. Na sistemática brasileira, o contribuinte pode utilizar-se do método que lhe for mais favorável. Isso não ocorre no caso da valoração aduaneira, onde há uma ordem sequencial na aplicação dos métodos, não tendo o contribuinte a liberdade de escolher o que mais lhe convém, fora da ordem legal. Embora, em princípio, o resultado da valoração aduaneira deva estar inserido dentro da faixa estabelecida entre o método mais conveniente e o menos conveniente para a apuração dos preços de transferência, a legislação deste último tomará o nível inferior ou superior daquela faixa, que não necessariamente coincidirá com o resultado da valoração aduaneira.

¹⁶ Cf. parágrafos 5.5.7 e ss. deste estudo.

2. Os Estudos da OCDE e da ONU na Interpretação e na Aplicação da Legislação Brasileira

País não é Filiado à OCDE

2.1 Numa análise superficial, o intérprete poderia acreditar ser inútil, ou pelo menos não mandatária, a pesquisa das normas da OCDE para o entendimento da legislação brasileira acerca do *transfer pricing*. Este posicionamento basear-se-ia no fato de não ser o Brasil membro daquela organização e, portanto, não estar obrigado por qualquer de suas resoluções. Neste sentido, dir-se-á, com razão, que as normas expedidas pela OCDE não produzem efeito no Brasil.

Exposição de Motivos

2.2 Essa conclusão não afasta, entretanto, o reconhecimento de que nossa legislação acerca do *transfer pricing* não é pioneira. Ao contrário, na exposição de motivos que encaminhou o projeto de lei que veio a se tornar a Lei nº 9.430/96, o Ministro da Fazenda já se manifestava:

“12. As normas contidas nos arts. 18 a 24 representam significativo avanço da legislação nacional face ao ingente processo de globalização experimentado pelas economias contemporâneas. No caso específico, em conformidade com regras adotadas nos países integrantes da OCDE, são propostas normas que possibilitam o controle dos denominados ‘Preços de Transferência’, de forma a evitar a prática, lesiva aos interesses nacionais, de transferências de recursos para o Exterior, mediante a manipulação dos preços pactuados nas importações ou exportações de bens, serviços ou direitos, em operações com pessoas vinculadas, residentes ou domiciliadas no Exterior.” (g.n.)

2.2.1 Inegável, pois, a tentativa, da parte do legislador nacional, desde o início, de seguir os parâmetros da OCDE. Daí, pois, uma primeira razão para investigar se, efetivamente, o texto legal em vigor encontra-se “em conformidade com regras adotadas nos países integrantes da OCDE”.

2.2.2 De imediato, deve-se notar que serão apontadas divergências entre a prática brasileira e as diretrizes da OCDE. Tais diferenças não podem ser desprezadas nem tampouco se pode pleitear, sem maior cuidado, a aplicação daquelas diretrizes. Afinal, não existem regras propostas ou adotadas pela OCDE; o excerto acima refere-se a regras adotadas por países que integram aquela organização. Atualmente, são 34 países, cujas legislações são bastante variadas. Conquanto todas girem em torno das diretrizes da OCDE, estas não substituem ordenamentos jurídicos.

A Participação Brasileira nos Estudos da ONU confirma o Compromisso do País com a Prática Internacional

2.3 O padrão *arm's length* não se limita aos países integrantes da OCDE. Sua aceitação generalizou-se de modo tão amplo que quando os especialistas nas Nações Unidas se reuniram para propor a redação de um "Manual Prático"¹⁷ voltado à implementação de uma legislação de preços de transferência em países em desenvolvimento, não se hesitou em adotar o mesmo padrão.

2.3.1 Como o nome diz, o "Manual Prático" não se propõe a fixar um posicionamento das Nações Unidas, ou de seu Comitê de Assuntos Econômicos e Sociais, sobre a matéria de preços de transferência. A publicação tem, antes, um caráter didático. Seu preâmbulo (*foreword*) não se refere a diretrizes (*guidelines*), mas a guia (*guidance*).

2.3.2 O caráter didático da publicação revela-se pela linguagem simples e pela quantidade de exemplos oferecidos, evidenciando-se que a publicação será útil até mesmo como primeira leitura para o administrador público, ou formulador de políticas públicas, jejuo na matéria.

2.3.3 Nem por isso perde o Manual sua importância na discussão de temas mais delicados, já que, ao firmar posicionamento acerca do padrão *arm's length* e sua extensão, já não mais se tem o entendimento de um pequeno grupo de países relativamente homogêneos. Ao contrário, lê-se em seu preâmbulo que o Manual, enquanto produto do Comitê de Especialistas das Nações Unidas para a Cooperação Internacional em Assuntos Fiscais, tem um papel especial ao refletir a diversidade dos membros das Nações Unidas e ao colocar os preços de transferência em sua perspectiva desenvolvimentista. Afinal, como afirma logo a seguir, não há ali apenas o reconhecimento da importância para o desenvolvimento de sistemas tributários justos e eficientes, mas também o fato de que investimentos estrangeiros, em termos adequados, são vistos pela maioria dos países como um passo importante para o desenvolvimento¹⁸.

2.3.4 Embora os autores do Manual tenham atuado em sua capacidade pessoal (e por isso não representam oficialmente as visões de seus governos), é inegável que o próprio processo de sua escolha (indicação pelas Administrações Tributárias) dá importância a seu texto, por refletir, pelo menos, aquilo que parece ser consenso entre as Administrações Tributárias.

¹⁷ Cf. United Nations, *UN Practical Manual for Developing Countries* (atualizado até outubro de 2012), disponível em http://www.un.org/esa/ffd/tax/documents/bgrd_tp.htm.

¹⁸ Cf. Foreword, United Nations *UN Practical Manual for Developing Countries* (atualizado até outubro de 2012), disponível em http://www.un.org/esa/ffd/tax/documents/bgrd_tp.htm.

2.3.5 No caso brasileiro, tem-se, nesse sentido, uma fonte interessante para conhecer o modo de pensar da Administração Pública. Não se trata - insista-se - de posicionamento oficial; nem por isso é irrelevante o que ali se afirma.

2.3.6 Também ganha importância, para o Brasil, o fato de o Manual espelhar, em seu último capítulo, algumas legislações de preços de transferência. Tendo em vista o caráter confessadamente didático do Manual, o fato de o sistema brasileiro ter sido escolhido entre aqueles estudados reflete que algumas das soluções brasileiras podem vir a servir de modelo para outras legislações.

2.3.7 Não se deve deixar de lado, outrossim, que o Manual não se limita a expor a sistemática brasileira (e outras jurisdições selecionadas); o texto cuida de apontar as peculiaridades da legislação e alguns perigos que as opções brasileiras - notadamente as margens de lucro predeterminadas - podem oferecer. Assim sendo, seria falso afirmar que as Nações Unidas - *rectius*: seu subcomitê - teriam endossado a prática brasileira. Esta é, sim, estudada e não é imediatamente rejeitada. As críticas que ali se fazem não podem, entretanto, passar desapercibidas.

Aproximação Sistemática: a Existência de Princípios Norteadores decorre da Igualdade

2.4 Parece importante adicionar a ponderação acima, que toma por foco o Princípio da Igualdade.

2.4.1 Já se mostrou, com efeito, que é o Princípio da Igualdade que, adotando como parâmetro a capacidade contributiva, exige que os balanços de empresas com idêntica capacidade econômica sejam levantados com iguais critérios, resultando no processo que identificamos como conversão de "reais de grupo" em "reais de mercado".

2.4.2 Revelou-se, ademais, que a conversão acima se faz por meio da aplicação consistente do princípio *arm's length*. Como corolário, a aplicação do princípio referido se revela exigência decorrente do próprio Princípio da Igualdade.

2.4.3 Ora, a consistência exigida pelo Princípio da Igualdade exige que cada decisão, primeiramente do legislador, na escolha dos métodos e, posteriormente, da autoridade tributária, na sua aplicação, seja suportada por estudos que evidenciem a concretização do princípio eleito. Neste sentido, a OCDE surge como foro onde o princípio *arm's length* vem recebendo um tratamento científico aprofundado, não se podendo, pelo menos, deixar de levar em conta as conclusões ali trazidas. Nem mesmo o Manual da ONU desconsidera ou contraria as diretrizes traçadas pela OCDE. Nesse sentido, se é verdade que estas não são vinculantes enquanto norma cogente, são, inegavelmente, resultado de estudos aprofundados. Um legisla-

dor que se balize pelo Princípio da Igualdade não pode conviver com a pecha do arbítrio; sua decisão deve ser consistente com o princípio que elegeu. Afastar-se das linhas seguras ofertadas pela OCDE implica exigência maior de coerência na decisão do legislador, que haverá de tornar claras as razões por que não seguiu a recomendação da OCDE, devendo restar patente que, ao assim agir, não desconsiderou o princípio *arm's length*, por ele eleito.

2.4.4 Não se confunde com arbítrio, entretanto, o afastamento do princípio assim eleito, se justificada a decisão do legislador.

2.4.4.1 Afinal, reconhecida ao parâmetro *arm's length* a natureza de verdadeiro princípio¹⁹, a ele se aplica a necessidade de ponderação com outros princípios igualmente válidos no ordenamento. Isso não afasta a aplicação do primeiro; apenas a conforma.

2.4.4.2 É comum o raciocínio de que na ponderação de princípios, haveria um jogo de pesos, de modo que em cada situação, prevaleceria um. Embora incensurável a ideia da ponderação, não deve ela levar à crença de que os demais princípios seriam desprezados. Afinal, como admitir que norma válida seja deixada de lado?

2.4.4.3 Mais adequado é compreender os princípios como um feixe de forças, com vetores e intensidades diversos, atuando sobre um mesmo corpo. Tal como na física, o movimento do corpo será a resultante desse confronto, o mesmo se dá no campo jurídico. Não há como negar a importância de cada uma das forças na formação da resultante. Fosse ela desprezada, então outra seria a resultante. Esta, insista-se, compreende a atuação simultânea de todas as forças. No campo da ponderação dos princípios não é diferente: cada princípio terá sua intensidade (daí a ponderação), mas a resultante não negará qualquer deles; ao contrário, aplica-los-á simultaneamente.

2.4.4.4 Assim, ao lado do princípio *arm's length*, reconhecer-se-á a atuação de outros princípios, como os da ordem econômica, a incentivar, por exemplo, o processo produtivo local, em detrimento de meras operações comerciais. A praticabilidade terá, igualmente, seu papel, na construção da norma de preços de transferência.

2.4.4.5 Daí que o reconhecimento do princípio *arm's length* e sua validade no ordenamento jurídico brasileiro não pode dar-se sem considerar a existência de outros princípios, também relevantes, com intensidades diversas (a ponderação, a cada caso, revelará a força). Em nenhum caso, se admitirá que o *arm's length* seja deixado de lado; nem por isso, será ele o único a atuar.

¹⁹ Cf. parágrafo 3.6.3.2, *infra*.

A OCDE e a ONU oferecem o *Arm's Length* como Princípio Norteador para a Aplicação das Normas de *Transfer Pricing*

2.5 A OCDE aponta o princípio *arm's length* como norteador para a questão do *transfer pricing*.

2.5.1 Os países integrantes da OCDE formaram um comitê de estudos tributários ("Committee on Fiscal Affairs"), o qual fez publicar, já em 1979, um relatório sobre o tema do *transfer pricing*²⁰, hoje atualizado e consolidando relatórios posteriores, desta feita sob a forma de publicação de folhas soltas²¹⁻²².

2.5.2 O "Manual Prático" da ONU também adota igual parâmetro. No seu preâmbulo, lê-se que o mandato do Subcomitê encarregado de sua redação exigia consistência com as Diretrizes da OCDE.

2.5.3 Todo o primeiro capítulo da publicação da OCDE versa sobre o conteúdo do princípio internacionalmente conhecido pela expressão inglesa *the arm's length principle*, cuja importância para o estudo do tema do *transfer pricing* exige grande atenção, motivo pelo qual a este princípio será dedicado o próximo capítulo do presente estudo. Por ora, vale mencionar apenas que a OCDE, ao sugerir o emprego de seus métodos de apuração de preços de transferência, apresenta-os como formas de aplicação do princípio *arm's length*²³. Mais do que isso, tal organização não hesita em afirmar que os métodos apresentados não são cogentes, tendo as empresas

²⁰ Cf. OCDE, *Transfer Pricing and Multinational Enterprises: Report of the OECD Committee on Fiscal Affairs*, Paris: OCDE, 1979.

²¹ Cf. OCDE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Paris: OCDE, 2010. Em 2010, foi publicada uma versão revisada dos capítulos I a III dos *Guidelines*, bem como foi introduzido um capítulo IX, que trata dos preços de transferência nas reorganizações societárias. As menções aos *Guidelines* da OCDE feitas nesse livro estão atualizadas de acordo com essa nova versão. Para uma versão no vernáculo, autorizada pela OCDE, cf. OCDE, *Diretrizes da OCDE sobre Preços de Transferência para Empresas Multinacionais e Administrações Fiscais*, Ernst & Young Terço (tradução). s. l.: International Tax Institute (www.itinet.org). 2011. Para informações sobre os trabalhos que precederam tal revisão, cf. Mayra O. Lucas Mas e Giammarco Cottani, "OECD Proposed Revision of Chapters I-III of the OECD Transfer Pricing Guidelines: Business Comments on Selected Issues", *International Transfer Pricing Journal* nº 4, vol. 17, julho/agosto de 2010, pp. 239-248.

²² Cumpre lembrar que a ONU vem trabalhando na discussão de alternativas aos *Guidelines* da OCDE para guiar os países não desenvolvidos na aplicação dos métodos de preços de transferência. Sobre esse assunto, cf. Tatiana Falcão, "Contributing a Developing Country's Perspective to International Taxation: United Nations tender for Development of a Transfer Pricing Manual", *Intertax* nº 10, v. 38, 2010, pp. 502-508.

²³ No original: "2.12 This part provides a detailed description of traditional transaction methods that are used to apply the arm's length principle." Cf. *op. cit.*, nota 21.

a liberdade de adotar outros métodos, desde que os preços assim obtidos satisfaçam o princípio *arm's length*²⁴.

2.5.4 Extraí-se, daí, uma linha comum aos métodos propostos pela OCDE, enquanto formas de concretização do princípio *arm's length*: dir-se-á que um sistema normativo está de acordo com o princípio do *arm's length* na medida em que do conjunto de normas em análise extraíam-se métodos coincidentes com aqueles propostos pela OCDE e ratificado pelos especialistas da ONU.

2.5.5 Ocorrendo, outrossim, qualquer discrepância entre os métodos que decorrerem do sistema normativo analisado e aqueles propostos pela OCDE, então cabe verificar se se está diante de um novo método, que a própria doutrina internacional reconhece possível, que, ainda assim, segue o princípio *arm's length*. Não sendo esse o caso, então se concluirá pelo afastamento do princípio *arm's length*, o que exigirá esforço adicional na busca de sua justificação.

2.5.6 Conclui-se, também por esta via, ser de todo aplicável à análise da disciplina do *transfer pricing* no direito brasileiro sua comparação com os métodos propostos pela OCDE, como forma de constatação da aplicação do princípio *arm's length*.

Os Acordos de Bitributação

2.6 Uma terceira razão para o confronto das normas brasileiras com as regras da OCDE encontra-se no fato de o País haver celebrado algumas dezenas de acordos de bitributação, sendo possível deles inferir o pressuposto da aplicação do princípio *arm's length*, reconhecido pelo Fisco. O tema será retomado no final desta obra.

O Arm's Length na OMC

2.7 Também será visto com mais vagar que o princípio *arm's length* possui reflexos em compromissos internacionais firmados pelo País, merecendo destaque sua referência expressa no Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias celebrado no âmbito da OMC. Veja-se o teor da nota de rodapé 59 daquele Acordo:

“Os Membros reafirmam o princípio segundo o qual os preços de bens praticados em transações entre empresas exportadoras e compradoras estrangeiras controlados pelas primeiras, ou ambos sob o mesmo controle, devem, para fins tributários, ser os mesmos

²⁴ No original: “2.9 Moreover, MNE groups retain the freedom to apply methods not described in these Guidelines (hereafter ‘other methods’) to establish prices provided those prices satisfy the arm’s length principle in accordance with these Guidelines.” Cf. *op. cit.*, nota 21.

que se praticariam entre empresas independentes umas das outras em condições de livre concorrência. Qualquer Membro pode chamar a atenção de outro para práticas administrativas ou outras que contradigam esse princípio e que resultem em expressiva economia em impostos direitos aplicáveis a transações de exportação. Em tais circunstâncias, os Membros tentarão normalmente resolver suas diferenças pelas vias previstas em tratados bilaterais existentes em matéria fiscal ou por meio de outros mecanismos internacionais específicos, sem prejuízo dos direitos e das obrigações que para os Membros derivam do GATT 1994, entre os quais o direito de consulta criado no período precedente.”

2.7.1 Embora essa passagem venha a ser retomada quando se examinar a questão indutora dos preços de transferência, no Capítulo 5, merece destaque, neste momento, o fato de que se encontra uma referência expressa ao “princípio”, que surge como garantia de ausência de subsídios às exportações, além da referência à livre concorrência.

3. O Princípio *Arm's Length*

Geral

3.1 No primeiro capítulo deste livro, viu-se que o papel da legislação de preços de transferência é apenas “converter” valores expressos em “reais de grupo” (assim entendidos como a moeda constante nas contas das empresas com transações controladas) em “reais de mercado”, os quais seriam a moeda que expressa o resultado entre terceiros independentes. Sustentou-se, em seguida, que a adoção daquele princípio, a par de coadunar-se com o conceito vigente de renda e com as exigências do Princípio da Igualdade, tem ainda o mérito de corresponder à prática internacional e aos acordos de bitributação assinados pelo Brasil.

3.1.1 O princípio *arm's length* é o parâmetro escolhido pelos países integrantes da OCDE a ser empregado por grupos multinacionais e pelas administrações tributárias para a transformação das citadas moedas de grupo em moedas de mercado. O “Manual Prático” elaborado pelos especialistas da ONU confirma ter-se proliferado o princípio além dos integrantes da primeira organização, reconhecendo-se, daí, ser consenso internacional.

3.1.2 Enquanto princípio, sua aplicação se dá a partir de uma perspectiva de ponderação com outros princípios do Ordenamento. Cabe, nesse momento, conhecer seu teor, no plano meramente principiológico, sem que se descure do fato de que sua aplicação, conforme se insiste, se dará em conjunto com outros princípios igualmente prestigiados pelo Ordenamento.

Plano

3.2 Não parece possível, entretanto, compreender o princípio *arm's length* sem que se faça uma breve digressão, visando examinar em que contexto surgiu o interesse, em matéria tributária, na fixação de um parâmetro para os preços de transferência.

Antecedentes

3.3 Já em estudos do início do último século pode-se encontrar referências aos preços de transferência em matéria tributária, valendo notar, neste tema, tese de docência apresentada à Universidade de Colônia, em 1903, por Schmalenbach, que já se referia aos preços de transferência²⁵.

²⁵ Cf. Eugen Schmalenbach, tese de docência (“Habilitationsschrift”) apresentada à Universidade de Colônia em 1903, não publicada, *apud* Eugen Schmalenbach, “Über Verrechnungspreise”, *Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung*

Noticia-se que as primeiras legislações sobre preços de transferência datam de 1915, no Reino Unido e 1917, nos Estados Unidos²⁶. Entretanto, como bem observa Bellstedt, naquela época a expressão tinha uma abrangência muito menor do que a atual, já que contemplava apenas o tema da valorização de prestações entre divisões de uma mesma empresa, sem alcançar transações entre pessoas jurídicas ligadas por laços societários²⁷.

3.3.1 Do mesmo modo, nos trabalhos sobre a bitributação patrocinados pela Liga das Nações e iniciados em 1921, o tema dos preços de transferência entre empresas pertencentes a um mesmo grupo não foi enfrentado de modo direto, conquanto este quesito já tenha aparecido no questionário adotado pelo comitê fiscal daquela liga, durante a primeira sessão de trabalhos em Genebra, em 1929. Sobre este tema, a sessão italiana da Câmara de Comércio Internacional já advertia quanto ao perigo de as mercadorias serem faturadas às sucursais no exterior a preços superiores aos dos correntes no mercado, possibilitando subtrair os rendimentos da tributação nos países onde efetivamente se produzem²⁸.

3.3.2 Entretanto, na Convenção-Modelo de 1927, proposta pela Liga das Nações, não se enfrentava o tema dos preços de transferência entre empresas independentes, dando-se a estas, no artigo 5º, o tratamento de estabelecimentos permanentes (dependentes). Assim, o tema dos preços de transferência passava a se confundir com a temática da repartição dos lucros de uma empresa (entre o país onde ocorre a venda e o país da produção), variando conforme acertado em cada acordo específico²⁹.

3.3.2.1 Essa assemelhação das temáticas de valores de transferência entre estabelecimentos permanentes de uma mesma empresa aos preços de

1908/1909, pp. 165 e ss. Não especificamente no tema tributário, é possível referir a estudos de 1833, nos quais já se dizia que o consumo "interno" de produtos deveria ser tratado "by the fiction of supposing the producer to sell to himself at the market-rate". Cf. Sidgwick, *The Principles of Political Economy*, apud Eccles, *op. cit.* (nota 10), p. 15.

²⁶ Cf. United Nations, *UN Practical Manual for Developing Countries*, Capítulo 3, parágrafo 3.1 (atualizado até outubro de 2012), disponível em http://www.un.org/esa/ffd/tax/documents/bgrrd_tp.htm.

²⁷ Cf. Christoph Bellstedt, *Anspruchsgrundlagen zur Korrektur von "Verrechnungspreisen" unter Doppelbesteuerungsabkommen*, Hamburgo: Institut für Ausländisches und Internationales Finanz- und Steuerwesen (Universität Hamburg), 1989.

²⁸ No original: "Per le succursali di vendita di merci all'estero, deve essere considerato, per il Fisco, il pericolo che le merci stesse siano fatturate alla succursale a prezzi superiori a quelli correnti sul mercato, facendo così comparire come prodotti all'estero, in quanto convenga, una buona parte degli utili e sottraendoli all'imposizione nel Paese in cui il reddito effettivamente si produce." Cf. Guglielmo Maisto, *Il "Transfer Price" nel Diritto Tributario Italiano e Comparato*, Pádua: Cedam, 1985, p. 26.

²⁹ Cf. Maisto, *op. cit. supra* (nota 28), p. 29.

transferência de empresas independentes pertencentes a um grupo econômico, ainda que explicável à luz do estágio primitivo dos estudos de então, não deixa de ser criticável, em virtude das distorções que daí podem decorrer. Com efeito, no que tange à primeira espécie, a aproximação é de repartição dos resultados de uma mesma empresa, *i.e.*, examina-se globalmente o resultado da empresa e procura-se aferir a que país deve ser imputada cada parcela do lucro, enquanto no segundo caso o que importa é saber se a empresa independente, individualmente considerada (e portanto independente dos eventuais reveses de outras unidades negociais em outros países), está oferecendo à tributação o resultado oriundo de sua operação.

3.3.2.2 Da distorção apontada resultou a evolução, que se reflete na comparação entre as Convenções-Modelo de 1928 e de 1933, da adoção da *unitary entity theory* (diversas empresas ligadas por vínculos de caráter financeiro ou de capital são consideradas como um único sujeito e o lucro global é repartido entre as várias unidades segundo parâmetros adrede fixados), superada pela aceitação, em 1933, da *separate accounting theory* (cada unidade é considerada autonomamente, inclusive para fins de determinação do lucro influenciado por operações entre as várias unidades do grupo)³⁰. Entre 1928 e 1933, vale notar, fora assinado o acordo de bitributação entre os Estados Unidos e a França, em 1932, cujo artigo IV já trazia redação próxima daquela que surgiria no modelo de 1933, o que permite inferir que a mudança teria sido inspirada naquele acordo. Vale notar, como evidência adicional, que do lado norte-americano, o negociador daquele acordo fora Mitchell B. Carroll o qual, como se verá em seguida, foi o autor do estudo elaborado na mesma época sobre a matéria, que inspiraria a revisão de 1933³¹. Cumpre notar que já nesse momento, a *separate accounting theory* não era adotada com todo o rigor, já que se admitira a adoção subsidiária de fórmulas predeterminadas, inspiradas na *formulary apportionment theory*, o que produziu reflexos até tempos recentes³².

3.3.2.3 Conforme anota Ricardo Marozzi Gregório, a adoção da *separate accounting theory* surgiu a partir de um estudo enviado pelo americano Mitchell B. Carroll, o qual elaborou um relatório sobre os métodos utilizados por 35 países para a alocação de lucros de estabelecimentos permanentes. Naquele relatório, o método da separação contábil tinha a preferência, mas outros dois métodos também se identificavam, posto que menos frequentes: o método empírico (consistente na estimativa da renda a

³⁰ Cf. Maisto, *op. cit.* (nota 28), p. 31.

³¹ Cf. Jens Wittendorf, *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle in International Tax Law*, Austin, Boston et al.: Wolter Kluwer, 2010, pp. 76 e 93.

³² Cf. Ricardo M. Gregório, *Preços de Transferência. Arm's Length e Praticabilidade*, São Paulo: IBDT, Quartier Latin, 2011, p. 52.

partir de empresas similares localizadas no mesmo país) e o das fórmulas predeterminadas, geralmente de emprego subsidiário à separação contábil. A adoção preferencial do método da separação contábil, portanto, se justificava apenas por ser o mais frequente, sendo o preferido pela maior parte dos governos, empresas representadas na Câmara Internacional de Comércio e por outros grupos³³.

3.3.2.4 Seguiram-se a esse estágio inicial as *Convenções-Modelo do México*, de 1943 (que representava uma conciliação dos modelos de 1928 e 1933), e de Londres, que voltavam a tratar das transferências entre estabelecimentos permanentes, confirmando a adoção da *separate accounting theory*, ao propor a ficção jurídica do seu tratamento como se fossem empresas independentes, exigindo, assim, que se lhes atribuísem os lucros que teriam sido conseguidos se exercessem autonomamente atividades similares nas mesmas condições³⁴.

3.3.3 O artigo VII do Protocolo de ambos os modelos, repisando a formulação do artigo VI da convenção, introduziu nestes o conceito da normalidade dos preços entre empresas associadas. A este passo seguiu-se a Convenção-Modelo de 1963, da OCDE, cujo artigo 9º já tratava da possibilidade de os Estados contratantes ajustarem os lucros de empresas independentes ali situadas, para refletir implicações decorrentes de transações entre empresas ligadas. A separação entre o tratamento conferido à alocação de lucros entre estabelecimentos permanentes (artigo 7º) e empresas associadas (artigo 9º) não foi neutra, já que, para os últimos, o método das fórmulas predeterminadas não foi concebido, sequer em caráter subsidiário.

3.3.4 A disciplina dos preços de transferência e a consolidação do princípio *arm's length* ganhou maior força com os trabalhos da OCDE, que culminaram nas suas diretrizes, publicadas em 1995, depois de relatórios elaborados pela mesma organização em 1979 e 1984.

3.3.4.1 Interessante anotar, como o faz Wittendorf³⁵, a batalha que se deu, em seguida, quando os governos de alguns estados norte-americanos

³³ Cf. Ricardo M. Gregório, *op. cit.* (nota 32), p. 53.

³⁴ Era esse o texto do artigo VI-A do Protocolo anexo às convenções: "If an enterprise with its fiscal domicile in one contracting State has a permanent establishment in the other contracting State, there shall be attributed to each permanent establishment the net business income which it might be expected to derive, if it were an independent enterprise engaged in the same conditions. Such net income will, in principle, be determined on the basis of the separate accounts pertaining to such establishment. According to the provisions of the Convention, such income shall be taxed in accordance with the legislation and agreements of the State in which such establishment is situated." (Cf. Maisto, *op. cit.* (nota 28), p. 33)

³⁵ Cf. Jens Wittendorf, *op. cit.* (nota 31), p. 102.

insistiram na adoção do método unitário e do *formulary approach*, bem como a reação de outros Estados a tal prática. Segundo o autor, em 1986, a OCDE viu-se envolvida numa disputa sobre a matéria, já que o *formulary approach* poderia levar a bitributação da renda de transações internacionais. O Reino Unido tentara resolver o problema, já em 1975, incluindo, no artigo 9 (4) de seu tratado com os Estados Unidos a proibição daquele tratamento unitário no caso de multinacionais britânicas. Entretanto, quando o Senado norte-americano ratificou o tratado, foi feita uma reserva quanto a tal dispositivo, o que levou 40 empresas de origem britânica a formarem um *lobby*, chamado *The Unitary Tax Campaign*, contrário a *formulary apportionment*. O alvo da disputa era a legislação da Califórnia. Entretanto, conforme relata o autor, a Corte Suprema dos Estados Unidos decidiu, em 1983, que não era inconstitucional a adoção daquele *formulary apportionment* em face de multinacionais britânicas. Aponta Wittendorf que o tema passou à esfera política, envolvendo diretamente a Primeira Ministra Thatcher e o Presidente Reagan, o que levou à instalação de um grupo de trabalho nomeado pelo Tesouro americano que propôs uma saída para a questão (*water edge election*). Em 1984, a OCDE interveio, por meio de seu Comitê de Assuntos Fiscais, criticando as regras norte-americanas que estavam em conflito com seu Relatório de 1979. A pressão tornou-se ainda maior, conforme Wittendorf, quando, em 1985, o Parlamento britânico editou lei, contrária ao acordo de bitributação com os Estados Unidos, autorizando o governo a recusar-se a devolver valores pagos por empresas norte-americanas que tivessem atividade significativa nos estados norte-americanos que adotassem o *formulary apportionment*. A pressão foi suficiente para que, finalmente, em 1986, a Califórnia introduzisse norma adotando a chamada *water edge election*. Vale anotar, por fim, como o faz Wittendorf, a relevância de um comunicado conjunto entre os países da União Europeia, Canadá, Japão e Suíça, rejeitando o *formulary apportionment*.

3.3.5 Também relevantes são os trabalhos da Comissão Europeia, versando sobre a alocação de renda entre os integrantes de grupos multinacionais que atuam naquela região, que avançam em temas como uma base de tributação comum consolidada e tributação no Estado de residência³⁶. Merece nota que, não obstante o que se disse acima acerca da crítica europeia à prática norte-americana, tais estudos destoam do consenso acerca do princípio *arm's length*, ao adotar critérios que lembram o *formulary approach*.

3.3.6 Finalmente, nas Nações Unidas, depois de um relatório sobre "International Income Taxation and Developing Countries", publicado em

³⁶ Cf. http://eu.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/common_tax_base/index_en.htm.

1988 e do relatório da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), de 1999, o tema reassumiu importância com a publicação do "Manual Prático" já noticiado.

A Ficção de Independência e o Princípio *Arm's Length*

3.4 A ficção jurídica acima referida³⁷, denominada na doutrina de fala alemã "ficção de independência" (*Selbstständigkeitsfiktion*), acabou, entretanto, por sofrer limitações em sua aplicação prática em diversos casos (por exemplo, juros e *royalties*), falando-se, hoje, em independência limitada (*eingeschränkte Selbstständigkeit*)³⁸.

Ficção de Independência e Filiais

3.5 Na análise de Schröder, não há diferença entre a "ficção de independência", acima referida, e o que a doutrina de fala inglesa denominou princípio *arm's length*³⁹.

3.5.1 O mesmo autor anota, entretanto, que a "ficção de independência" aplicada às filiais não pode ter o mesmo efeito que se observa na aplicação do princípio *arm's length* para empresas (independentes) vinculadas por laços societários.

3.5.2 No raciocínio do autor, no que tange a filiais, fossem estas vistas como empresas independentes, então muitas vezes seriam elas inviáveis economicamente. É esta a razão pela qual para as filiais o ponto de partida deve ser, sempre, o lucro total da empresa, distribuindo-o entre seus estabelecimentos. Fala-se, portanto, em lucro parcial (*Teilgewinn*), ou parte do lucro total da empresa que deve ser imputado ao estabelecimento. Daí por que a aplicação da *separate accounting theory* nas filiais exige duas etapas: primeiramente, apura-se o lucro total da empresa (no país e no exterior, como um todo) e, em um segundo passo, distribui-se aquele lucro entre cada estabelecimento, a partir de sua efetiva colaboração⁴⁰. A ideia do *Teilgewinn* aproxima-se, até mesmo gramaticalmente, do *Teilwert* do direito alemão, positivado, neste sistema, para expressar o modo de valorização de ativos de uma empresa. Dispõe o parágrafo 10 da lei de avaliações ale-

³⁷ Parágrafo 3.3.2.4, *supra*.

³⁸ Cf. Jörg Manfred Mössner, *Rechtsprechungs-Report Internationales Steuerrecht: Rechtsprechung der Jahre 1980-1989 mit Kommentierung und zusätzlichen Hinweisen auf die Rechtsprechung ab 1925*, Berlin: Neuw Wirtschaftsbriefe, 1991, p. 134 (Rz. 239).

³⁹ Cf. Siegfried Schröder, "Gewinnermittlung bei Betriebsstätten", in Jörg M. Mössner et al., *Steuerrecht international tätiger Unternehmen: Handbuch der Besteuerung von Auslandsaktivitäten inländischer Unternehmen und von Inlandsaktivitäten ausländischer Unternehmen*, Colônia: Otto Schmidt, 1992, p. 185 (Rz C-10).

⁴⁰ Cf. Schröder, *op. cit. supra* (nota 39), p. 187 (Rz C-17).

mã que o *Teilwert*, ou valor parcial, é a importância que um adquirente de toda a empresa, ao apurar o preço total, pagaria por aquele determinado bem, admitindo-se que o adquirente pretenda continuar a operação do estabelecimento⁴¹.

3.5.3 A ideia de Schröder, por outro lado, implica a necessidade de se encarar o princípio *arm's length* de modo diverso, conforme se trate de filial ou de empresa independente, já que somente no primeiro caso é que seria adequado pensar-se em um único lucro da empresa, a ser repartido entre as unidades, enquanto no segundo cada empresa apura um lucro decorrente de suas operações, o qual é meramente ajustado em virtude de distorções decorrentes das transações com empresas ligadas.

3.5.3.1 Com efeito - e esse pensamento parece relevante para a compreensão das consequências do raciocínio do autor - no caso de estabelecimentos de uma mesma empresa, há um único negócio, uma unidade econômica atuando em diversos países. Neste caso, o tema do *transfer pricing* concentrar-se-ia apenas em encontrar um critério de *rateio* do lucro, que, em vez de ser baseado em percentuais adrede fixados (método indireto), passaria a ser dividido a partir da ficção de independência (método direto)⁴².

3.5.3.2 Para as empresas ligadas, por outro lado, o critério básico é o lucro da própria empresa examinada, o qual pode estar - ou não - afetado por efeitos decorrentes de transações com outras empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico.

3.5.4 Vê-se, assim, que pode parecer que o mesmo princípio *arm's length* regeria situações diversas, implicando sua aplicação, em cada caso, uma consequência diferente: tratando-se de filiais ou sucursais, o ponto de partida poderia ser o lucro global da empresa, sendo a ficção de independência mero critério de distribuição daquela grandeza; para empresas ligadas, não se tomaria em consideração o lucro do grupo, mas o lucro da própria empresa, que seria ajustado a partir das considerações acerca das condições que se praticariam entre empresas independentes.

3.5.4.1 Esta conclusão não está infensa a críticas. Neste sentido, é interessante o raciocínio de Klaus Vogel, o qual, examinando a Convenção-Modelo da OCDE para os acordos de bitributação, nota, no que toca às filiais, que o parágrafo 2º do artigo 7º impõe que se computem os custos

⁴¹ "§ 10 (2) Bewertungsgesetz: Teilwert ist der Betrag, den ein Erwerber des ganzen Unternehmens im Rahmen des Gesamtkaufpreises für das einzelne Wirtschaftsgut ansetzen würde. Dabei ist davon auszugehen, dass der Erwerber das Unternehmen fortführt."

⁴² Sobre os métodos direto e indireto, cf. Luís Eduardo Schoueri, "Preços de Transferência e Acordos de Bitributação", in Valdir de Oliveira Rocha (coord.), *Tributos e Preços de Transferência*, São Paulo: Dialética, 1997, pp. 55-70 (59-64).

como se os estabelecimentos fossem empresas distintas e separadas. Entre empresas separadas, não se usa o *Teilwert*, mas o *Marktwert* (valor de mercado). Não sendo possível sua determinação, aplicar-se-iam as regras, válidas para as empresas independentes sob controle comum, de que trata o artigo 9º da Convenção-Modelo⁴³.

3.5.4.2 Ademais, há que se considerar que a ficção da independência é adotada pela maioria dos ordenamentos nacionais para considerar a filial sujeita ao regime de tributação estendido às empresas sediadas no país. Neste sentido, para idênticos regimes tributários seria intolerável a adoção de princípios diferentes.

3.5.5 Ainda, releva notar que no caso das filiais não há, propriamente, uma transação comercial a ser considerada e, eventualmente, desqualificada para fins contábeis, já que, afinal, não há sentido em falar-se em transação comercial entre estabelecimentos de uma mesma empresa. Versando sobre empresas ligadas, outrossim, ter-se-ão transações comerciais, implicando, aí sim, preços de transferência, que poderão ser questionados pela Administração e, eventualmente, desconsiderados quando não atenderem aos reclamos do princípio *arm's length*.

3.5.6 Ressalte-se, outrossim, que, mesmo que se aceitasse o *Teilwert* para as filiais, o princípio não mudaria, nem tampouco seriam diferentes os métodos para qualificar uma transação como *arm's length* em cada caso. O cuidado estaria na aplicação casuística do ajuste, que exigiria, ou não, a consideração do resultado global do grupo.

3.5.7 A polêmica ganhou novas cores quando a OCDE, firmando posicionamento sobre o assunto, decidiu por levar às últimas consequências a ficção de independência. Esse entendimento, denominado "Authorized OECD Approach" - AOA, impõe que, na atribuição de lucros a estabelecimentos permanentes, se considerem as filiais como se fossem empresas independentes⁴⁴.

3.5.8 De um ponto de vista sistemático, a adoção da AOA tem a seu favor conferir tratamento absolutamente igual, do ponto de vista dos preços de transferência, às empresas cuja presença internacional se dá por meio de filiais e às outras que se estruturam por meio de pessoas jurídicas. Uma e

outras devem apurar a base de cálculo de seu imposto segundo o princípio *arm's length*.

3.5.9 Por outro lado, a extensão irrestrita do *arm's length* às filiais revela a fragilidade do próprio princípio, já que exige que se dê tratamento tributário independente a estruturas que não o são; ganhos de escala e de sinergia são desprezados, embora sejam eles os que, no mais das vezes, explicam boa parte dos lucros das empresas multinacionais. Essa crítica pode ser mais aprofundada quando se examinar, a seguir, o princípio *arm's length*.

O Princípio *Arm's Length*

3.6 A OCDE dedica todo o primeiro capítulo de seu relatório sobre *transfer pricing* à tentativa de explicar em que consiste o princípio *arm's length*.

3.6.1 Premissa para a compreensão do princípio é que enquanto empresas independentes celebrando negócios geralmente mantêm condições de relacionamento comercial e financeiro (compreendendo o preço das mercadorias ou serviços, bem como as condições para a venda ou para a prestação de serviços) determinadas pelas forças do mercado, as condições comerciais e financeiras dos negócios celebrados entre empresas associadas podem não sofrer igual pressão das forças externas do mercado, por mais que essas empresas procurem reproduzi-las⁴⁵.

3.6.2 O princípio *arm's length* consiste, sinteticamente, em tratar os membros de um grupo multinacional como se eles atuassem como entidades separadas, não como partes inseparáveis de um negócio único. Devendo-se tratá-los como entidades separadas (*separate entity approach*), a atenção volta-se à natureza dos negócios celebrados entre os membros daquele grupo⁴⁶.

3.6.2.1 Configura-se, daí, a clara opção da OCDE pelo tratamento como entidades separadas e a repulsa ao tratamento unitário⁴⁷. Há muitas razões para tanto, assim resumidas: em primeiro lugar, porque se aceita que as forças de oferta e demanda do mercado são o melhor meio para alocar recursos e premiar esforços; ademais, o princípio *arm's length* oferece um tratamento igual a empresas pertencentes a grupos multinacionais e empresas independentes, de modo a evitar vantagens tributárias que decorreriam da concentração do poder econômico em enormes grupos multinacionais. A última vantagem que lhe é atribuída é que sua aplicação tem sido feita com sucesso pela maioria dos países.

⁴³ Cf. Klaus Vogel, *Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen. Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen*, 3ª edição, Munique: Beck, 1996, p. 613.

⁴⁴ Cf. OECD, *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, aprovado pelo Comitê de Assuntos Fiscais em 24 de junho de 2008 e pelo Conselho em 17 de julho de 2008, bem como uma versão atualizada do mesmo relatório, de 2010, aprovada pelo Comitê de Assuntos Fiscais em 22 de junho de 2010 e pelo Conselho em 22 de julho de 2010.

⁴⁵ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), parágrafo 1.2.

⁴⁶ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), parágrafo 1.6.

⁴⁷ Cf. parágrafos 9.2.3 a 9.2.6, *infra*.

3.6.2.2 Ao mesmo tempo, a rejeição ao tratamento unitário, que se lhe opõe, decorre da arbitrariedade que dali decorre, já que qualquer fundamento de divisão dos lucros em bases predeterminadas não guarda relação com a realidade; a isso se acrescem as discussões a respeito dos critérios de valorização de ativos (tendo em vista que um dos critérios geralmente usados para o rateio do lucro, no método unitário, consiste na avaliação dos recursos - ativos - empregados pelas empresas participantes); finalmente, um critério unitário de distribuição de lucros seria mais propício à bitributação, já que dificilmente os países concordariam acerca de um critério harmônico para o rateio dos lucros⁴⁸.

3.6.2.3 Como já adiantado acima, o princípio *arm's length* não está, tampouco, isento de críticas. Afinal, ao impor o tratamento como se fossem entidades independentes, desconhece o fato de que empresas vinculadas celebram negócios que jamais se reproduziriam no mercado, e isso nada tem a ver com favorecimento, mas com a própria peculiaridade de sua estrutura. Um bom exemplo são os ganhos de escala e de sinergia que grupos multinacionais têm. Esses ganhos surgem a partir da oportunidade de as empresas trabalharem juntas, o que dificilmente ocorreria entre empresas não vinculadas. Há um ir e vir de experiências que não constituem prestações de serviços, propriamente ditas, mas antes “trocas de figurinhas” entre pessoas que, ao redor do mundo, pensam um mesmo negócio. Essa sinergia gera um ganho que não se reproduziria se o negócio fosse feito entre partes independentes. Entre os economistas, tais ganhos costumam incluir a redução dos custos de transação, certamente muito maiores entre empresas independentes. Com efeito, esses custos compreendem os gastos que partes independentes têm desde a identificação de um parceiro comercial, que possa entregar produtos de qualidade aceitável, em prazos adequados, até os diversos custos jurídicos, que vão da assessoria na elaboração dos contratos até as provisões para inadimplência e custos de cobrança. Tais custos são extremamente reduzidos ou inexistentes entre integrantes de um grupo multinacional. Como lembra Lange, ao discutir o tema na legislação alemã, a exigência de comparação de uma transação entre partes independentes com outra entre partes relacionadas pode não fazer sentido; isso não impede a comparação, mas exige que se adote outro parâmetro: comparar a transação com outra feita por outra empresa, no mesmo ramo, em seu relacionamento com seus sócios, a fim de aferir sua razoabilidade (*Angemessenheitsprüfung*)⁴⁹.

⁴⁸ Cf. Diane Hay, Frances Horner e Jeffrey Owens, “Past and Present Work in the OECD on Transfer Pricing and Selected Issues”, *Bulletin for International Fiscal Documentation*, outubro de 1994, pp. 508-520.

⁴⁹ Cf. Joachim Lange, *Verdeckte Gewinnausschüttung. Systematische Darstellung der*

3.6.2.4 Essa “falha conceitual” não era desconhecida já nos idos de 1986, quando, nos Estados Unidos, se demonstrava a impossibilidade de aplicação do padrão *arm's length* no caso de grupos multinacionais altamente integrados, propondo-se o método da divisão de lucros (*profit split*), que será visto abaixo⁵⁰.

3.6.2.5 Em relevante contribuição acerca do futuro do princípio, Jeffrey Owens, então Diretor do Centro de Política Tributária e Administração da OCDE, já apontava as falhas do princípio, fazendo notar que empresas multinacionais negociam de modo diverso de empresas independentes (por exemplo, na alocação de riscos), além das referidas economias de escala e sinergias, o que dificulta o encontro de comparáveis⁵¹.

3.6.2.6 Conforme se verá no Capítulo II desta obra, o tema se torna ainda mais incômodo quando se consideram os intangíveis. Basta, por ora, reproduzir o seguinte trecho de artigo publicado por Yariv Brauner, catedrático da Universidade da Flórida, que bem resume o dilema, ao se referir a preços de algo que não possui preço:

“É possível estabelecer um preço sobre algo que não possui preço?

A resposta prática deve ser sim, diante do fato de que os contribuintes são obrigados, de acordo com as regras de preços de transferência, a atribuir valor à intangíveis a partes relacionadas. O crescente mercado de avaliação de intangíveis indica claramente a crença na possibilidade de sua realização.”⁵²

3.6.3 A OCDE define o preço *arm's length* como aquele que teria sido acordado entre partes não relacionadas, envolvidas nas mesmas transações ou em transações similares, nas mesmas condições ou em condições semelhantes, no mercado aberto⁵³. Como visto acima, será este o parâmetro para a conversão de valores expressos em “reais de grupo” para os “reais de mercado”.

3.6.3.1 Da definição, proposta pela OCDE, podem-se extrair seis características fundamentais para a compreensão do princípio⁵⁴:

Voraussetzungen und Auswirkungen, 8ª edição, atualizada por Bernhard Janssen, Herne/Berlin: Neue Wirtschaftsbriefe, p. 65.

⁵⁰ Cf. Ricardo M. Gregório, *op. cit.* (nota 32), p. 60.

⁵¹ Cf. Jeffrey Owens, “Should the Arm's Length Principle Retire?”. *International Transfer Pricing Journal*, maio/junho de 2005, pp. 99-102 (100).

⁵² Cf. Yariv Brauner, “O Valor segundo o Espectador: a Avaliação de Intangíveis para Fins de Preços de Transferência”, in Luís Eduardo Schoueri (coord.), *Tributos e Preços de Transferência*, 3º vol., São Paulo: Dialética, 2009, pp. 267-303 (267).

⁵³ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), p. 32.

⁵⁴ Cf. Guglielmo Maisto, “General Report”, International Fiscal Association, *Transfer Pricing in the Absence of Comparable Market Prices, Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. LXXCIIa, Deventer: Kluwer, 1992, pp. 19 a 75 (28-29).

- *Análise transacional*: o preço *arm's length* deve ser estabelecido a partir de uma transação identificada (ou de um grupo de transações relacionadas) - neste sentido, não se podem considerar conformes ao princípio *arm's length* aqueles métodos que deixem de lado as transações, propriamente ditas, partindo para rateios de resultados globais; por outro lado, a ideia de "transação" é mais ampla do que a de "operação", sendo possível que uma série de operações (por exemplo: peças importadas separadamente para formar um único produto - *kit*) constitua uma única transação.

- *Comparação (ou similaridade)*: a transação identificada (ou o grupo de transações identificado) deve ser comparada com outra transação, similar ou idêntica, hipotética ou real, com características idênticas ou similares - a similaridade ou identidade deve ser suficiente para que se entenda que, afastada a relação entre as partes, na transação controlada, ausente na transação utilizada como parâmetro, inexistam outras diferenças significativas, seja nos produtos propriamente ditos, seja nas condições comerciais.

- *Contrato de direito privado*: o preço *arm's length* deve levar em conta quaisquer obrigações legais assumidas pelas partes contratantes e, portanto, os efeitos jurídicos da transação não podem (em princípio) ser desconsiderados. Não cabem, daí, os chamados "ajustes transacionais, *i.e.*, não há espaço para desconsiderar a transação efetivamente ocorrida, substituindo por outra que, a ver do julgador, poderia ter ocorrido"⁵⁵.

- *Características de mercado aberto*: o preço *arm's length* deve se basear em condições de mercado, refletindo, assim, práticas comerciais normais⁵⁶. Como corolário, o preço *arm's length* somente

⁵⁵ Cf. Wittendorf, Jens, *op. cit.* (nota 31), p. 151.

⁵⁶ Nesse sentido, mencione-se o artigo 31 da IN nº 243/02, correspondente ao artigo 44 da atual IN nº 1.312/12, que trata das chamadas "operações atípicas", as quais, por não se referirem a práticas normais de mercado, não podem ser utilizadas como base para o cálculo do preço-parâmetro. Eis a redação do referido artigo: "Em nenhuma hipótese será admitido o uso, como parâmetro, de preços de bens, serviços e direitos praticados em operações de compra e venda atípicas, tais como nas liquidações de estoque, nos encerramentos de atividades ou nas vendas com subsídios governamentais". O CARF, por meio dos Acórdãos nº 101-95.211, de 19/10/05, e nº 108-09.763, de 13/11/08, abordou o tema das operações atípicas. Na decisão de outubro de 2005, o Relator Paulo Roberto Cortez afirmou que "a norma legal estabelece a exclusão das operações realizadas em caráter extraordinário que não demonstrem a real situação do mercado", e que "não se encaixam, nesse caso, aquelas operações efetuadas com objetivo de estratégia mercadológica, as quais são consideradas como operações normais, independentemente da natureza e da quantidade comercializada". Por sua vez, a decisão de novembro de 2008 cuida de observar que as vendas decor-

pode ser estabelecido com base em informações que sejam disponíveis ou acessíveis ao contribuinte no momento em que ocorre a transação. Este é o elemento que implica críticas à prática de diversas administrações tributárias - inclusive a brasileira - de utilizar-se de dados desconhecidos do contribuinte - *secret comparables*: se o que se espera das partes vinculadas é que elas atuem como partes independentes, então devem elas fixar seus preços segundo as práticas correntes no mercado (tal qual um terceiro independente agiria). Havendo práticas no mercado que não são (ou não poderiam ser) conhecidas, então elas não influenciariam a decisão de terceiros independentes na fixação de seus preços. De igual modo, não se pode exigir que tais práticas influenciem a decisão de preços das partes relacionadas⁵⁷.

- *Características subjetivas*: o preço *arm's length* deve levar em conta as circunstâncias particulares que caracterizam a transação. Por esta razão, por exemplo, haverá casos em que não se poderá comparar o preço *arm's length* com o preço de mercado, pois o primeiro deve levar em conta, dentre outros fatores, que um fornecedor pode estar tentando aumentar sua participação no mercado e por isso estabelece preços inferiores aos do mercado.

- *Análise funcional*: a determinação do preço *arm's length* deve levar em conta as funções desempenhadas pelas empresas associadas. A análise funcional é importante para estabelecer se uma transação entre partes independentes é efetivamente comparável; tal análise é ainda mais importante quando não se encontram transações comparáveis, sendo necessário que o contribuinte ou as autoridades fiscais desenvolvam outros métodos para encontrar um preço *arm's length*.

3.6.3.2 Depois de sustentar a recepção do princípio *arm's length* no direito brasileiro, Ricardo Lobo Torres demonstra tratar-se de vero princípio jurídico, já que, além de se consubstanciar como cláusula geral, exhibe as seguintes características próprias dos princípios⁵⁸:

rentes de licitações, embora tenham o Estado como comprador, não deverão ser consideradas como operações atípicas. No mesmo sentido, a Solução de Consulta COSIT nº 01, de 30/04/07. Sobre operações atípicas, cf. também Acórdão nº 16-24.028, de 20/01/10, da 5ª Turma da DRJ/SP e Solução de Consulta COSIT nº 11, de 01/11/07.

⁵⁷ Sobre o assunto, cf. Luís Eduardo Schoueri, "Considerações sobre o Princípio *Arm's Length* e os *Secret Comparables*", in Luís Eduardo Schoueri (coord.), *Direito Tributário. Homenagem a Paulo de Barros Carvalho*, São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 833-845.

⁵⁸ Cf. Ricardo Lobo Torres, "O Princípio *Arm's Length*, os Preços de Transferência e

- *generalidade*, pois seus métodos e as normas subalternas devem guardar conformidade com seu enunciado;
- *abstração*, já que indica a necessidade de comparação entre preços praticados por pessoas vinculadas e os preços de mercado;
- *abertura*, visto que seu objetivo fundamental é garantir o preço justo (*fair price*), categoria que remonta à ética medieval; a aporia imanente ao *arm's length*, que torna extremamente difícil determinar o preço de mercado nas transações entre empresas associadas, demonstra tratar-se de princípio;
- *analogia*, porque se baseia essencialmente na comparação com os preços praticados por empresas independentes, ou seja, procura permanentemente o *tertium comparationis*;
- *vinculação a valores*, uma vez que está ligado à justiça e à capacidade contributiva;
- *concretização*, já que se abre para várias normas ou métodos de apuração do preço de transferência;
- *ponderação*, por se abrir à ponderação com os princípios vinculados à segurança jurídica, como a legalidade, a proteção da confiança do contribuinte, plena produção de provas, ampla defesa etc.

3.6.4 Na Convenção-Modelo proposta pela OCDE, faz-se referência ao princípio *arm's length* no artigo 9º, o qual versa sobre empresas associadas que estejam "ligadas, nas suas relações comerciais ou financeiras, por condições aceitas ou impostas que difiram das que se estabeleceriam entre empresas independentes". Em tais casos, "os lucros que, na ausência dessas condições, teriam sido obtidos por uma dessas empresas, mas que não o foram devido a tais condições, podem ser incluídos nos lucros dessa empresa, e como tais tributados"⁵⁹.

Princípio *Arm's Length* no Direito Comparado

3.7 No direito comparado, verifica-se que, de regra, o princípio *arm's length* foi recebido, em lei ou por atos administrativos, na generalidade dos países que dispõem de normas sobre *transfer pricing*⁶⁰.

a Teoria da Interpretação do Direito Tributário", *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 48, setembro de 1999, pp. 122-135 (128 a 131).

⁵⁹ O texto no vernáculo, extraído do acordo de bitributação celebrado entre Brasil e o Reino dos Países Baixos (Decreto nº 355/91), coincide com o proposto na Convenção-Modelo da OCDE.

⁶⁰ Em levantamento de 1985, Maisto chegou a afirmar que "Il principio del prezzo di libera concorrenza è recepito, a livello legislativo o amministrativo, da tutti i Paesi che dispongono di una normativa 'ad hoc' sul prezzo di trasferimento." Cf. Guglielmo Maisto, *op. cit.* (nota 28), p. 86.

3.7.1 Na Itália, embora inexistente regra escrita positivando o princípio *arm's length*, encontra-se o artigo 9 do Decreto do Presidente da República nº 527/73, cujo texto permite que se constate a conformidade com aquele princípio⁶¹, segundo o qual se entende "por valor normal o preço médio praticado para os bens e serviços da mesma espécie ou similares, em condições de livre concorrência e no mesmo estágio de comercialização, no tempo e no lugar em que os bens ou serviços foram adquiridos ou prestados e, em sua falta, no tempo e no lugar mais próximos. Para a determinação do valor normal, tomam-se como referência, tanto quanto possível, as listas ou tarifas, do sujeito que forneceu os bens ou os serviços e, em sua falta, as listas das câmaras de comércio e as tarifas profissionais, levando-se em conta os descontos de praxe. Para os bens e serviços sujeitos à disciplina de preços, tomam-se como referência os provimentos oficiais em vigor"⁶².

3.7.1.1 No exemplo italiano, vê-se que o legislador, ao referir-se ao "valor normal", conforma-se com a existência de dificuldades para encontrar-se uma operação que tenha por objeto bens ou serviços da mesma espécie, ou equiparáveis, em condições de livre-concorrência, acabando por expressar sua preferência pelo chamado "confronto interno". Deste modo, a primeira "pedra de comparação", como denomina Villani, deve compreender as condições geralmente praticadas pela mesma empresa em cujo confronto se opera o lançamento. Eis a razão porque o legislador exige que se faça referência "tanto quanto possível às listas ou às tarifas do sujeito que forneceu os bens ou serviços" e apenas na falta desses elementos "às listas das câmaras de comércio e às tarifas profissionais"⁶³.

3.7.1.2 Confirmando, por outro lado, a adoção do princípio *arm's length* no direito italiano, pode-se citar a Circular Ministerial de 22/09/80, que já indica procedimentos alternativos, de modo que o confronto com o "valor normal" seja "pouco mais que uma indicação máxima". Neste sentido, a Circular faz referências aos métodos aconselhados no Relatório da OCDE de 16/05/79, dos quais trataremos abaixo⁶⁴.

3.7.2 Na Alemanha, o tema do *transfer pricing* não foi tratado por texto de lei, o que não impediu que a ele se aplicassem as normas do *Fremdvergleich* (comparação com terceiros), o qual decorre dos institutos

⁶¹ Cf. Guglielmo Maisto, "Transfer Pricing in Italy", *The Tax Treatment of Transfer Pricing*, Amsterdã: International Bureau of Fiscal Documentation, folhas soltas, suplemento nº 10, setembro de 1992.

⁶² A tradução para o vernáculo, de Brandão Machado, se encontra em Piero Villani, "Preço de Transferência de Bens entre Empresas Afiliadas e seu Controle no Direito Italiano", *Revista de Direito Tributário* nº 51, ano 14, janeiro/março de 1990, pp. 29-43 (36).

⁶³ Cf. *op. cit.* (nota 62), p. 37.

⁶⁴ Cf. Piero Villani, *op. cit.* (nota 62), p. 38.

da distribuição disfarçada de lucros, da capitalização disfarçada, da lei sobre tributação de resultados no exterior (*Aussensteuergesetz*) e dos acordos de bitributação⁶⁵.

3.7.2.1 Em 23 de fevereiro de 1983, o Ministério das Finanças da Alemanha editou uma Circular versando sobre o tema, confirmando, em âmbito interno, a aplicação do método da comparação com terceiros na fixação dos preços de transferência⁶⁶. Este método é apresentado na Circular como a prova, para fins fiscais, de que as partes comportaram-se como terceiros independentes, valendo como medida de comparação as relações que se estabelecem na livre concorrência. Contudo, o governo alemão surpreendeu ao modificar a legislação de preços de transferência, propondo penalidades pela primeira vez, além de modificar as exigências de documentação para a comprovação dos preços praticados. Em 11 de abril de 2003, o Parlamento Alemão (*Bundestag*) e o Conselho Federal (*Bundesrat*) aprovaram as mudanças na Ordenação Tributária acerca de documentação e penalidades no que diz respeito aos preços de transferência.

3.7.2.2 Na lição de Baumhoff, fundada, entre outros, em Strobl e Bähr, encontra-se a explicitação do princípio da comparação com terceiros: baseia-se este princípio na independência jurídica (efetiva) e econômica (fictícia) de cada pessoa jurídica. Deste modo, a apuração do lucro passa a se orientar exclusivamente a partir do ponto de vista do contribuinte isolado, ignorando-se a ligação fática que se verifica do ponto de vista econômico. Com isso, pretende-se alcançar a contribuição "objetiva" para o resultado, efetuada pelo contribuinte isoladamente considerado. Assim, as autoridades fiscais nacionais colocar-se-iam na posição de ter o direito de tributar aquela parte do lucro que caberia aos respectivos estados, pelo ponto de vista do princípio da pertinência econômica. Esclarece, ainda, Baumhoff, que a limitação dos lucros baseada no princípio da comparação com terceiros implica uma valoração das prestações e contraprestações, que de regra orientam-se pelas regras do livre mercado e, portanto, determinam-se a partir do conflito de interesses natural entre parceiros autônomos no mercado, de tal modo que em uma valoração exata deve prevalecer a equivalência entre prestação e contraprestação. Assim, em uma valoração adequada, as relações de troca entre pessoas ligadas não as colocam em posi-

ção nem melhor nem pior do que outras empresas independentes comparáveis⁶⁷.

3.7.2.3 Parecem coincidir, pois, a comparação com terceiros, do direito alemão, e o princípio *arm's length*.

3.7.3 Nos Estados Unidos, o tema do *transfer pricing* encontra-se hoje fundamentado na Seção 482 do Código de Rendias Internas, segundo a qual, "no caso de duas ou mais organizações, comércios ou negócios (...) pertencentes ou controlados direta ou indiretamente pelos mesmos interesses, (o *Internal Revenue Service*) pode distribuir, apropriar ou alocar a renda bruta, as deduções, os créditos ou outros direitos, se entender que tal distribuição, apropriação ou alocação é necessária para afastar a evasão tributária ou para refletir com clareza a renda de qualquer delas".

3.7.3.1 As origens desse dispositivo legal são apontadas já na Lei de Receita de 1921. Entretanto, tendo em vista a abrangência do texto legal, o *Internal Revenue Service* entendeu que o poder que lhe fora conferido era de difícil aplicação prática sem outras regras de base. Esta dificuldade foi reconhecida por alguns membros do Congresso, em 1962, que propuseram que a própria lei deveria determinar um método de distribuição dos resultados. Desejava-se, assim, que a lei dispusesse que a renda tributável combinada nascida de tais transações fosse dividida entre as duas partes contratantes, usando uma fórmula de três fatores, que levaria em conta os seguintes elementos de cada entidade: ativo (imobilizado e propriedade pessoal tangível, excluindo mercadorias), compensação e despesas de vendas (incluindo publicidade e promoção de vendas). Os fatores seriam aplicáveis apenas quando diretamente relacionados com a fabricação e distribuição dos produtos cuja renda estava sendo distribuída. Entretanto, o Senado dos Estados Unidos opôs-se à introdução daquela norma legal, entendendo que os objetivos da proposta poderiam ser bem melhor atingidos mediante a promulgação de regulamentos do texto legal. Este entendimento acabou prevalecendo, delegando-se ao Departamento do Tesouro e ao *Internal Revenue Service* a responsabilidade para desenvolver e expedir normas para a disciplina da venda de mercadorias entre empresas. A resposta do Tesouro veio apenas em 1966, com uma série de sugestões de regras, baixando-se normas definitivas apenas em 1968, quando se fixaram os três métodos conhecidos para a apuração do *transfer price* (cujo conteúdo discutiremos abaixo), além do chamado "quarto método"⁶⁸. Em 1986, como parte da

⁶⁵ Cf. Humbertus Baumhoff, "Einkunftsabgrenzung bei international verbundenen Unternehmen", in Jörg Manfred Mössner et al., *Steuerrecht internationalitätiger Unternehmen. Handbuch der Besteuerung von Auslandsaktivitäten inländischer Unternehmen und von Inlandsaktivitäten ausländischer Unternehmen*, Colônia: Otto Schmidt, 1992, pp. 184-374 (265-266).

⁶⁶ Cf. *Bundessteuerblatt I*, p. 218 (BMF IV C 5 - S 1341-4/83).

⁶⁷ Cf. *op. cit.* (nota 65), p. 265.

⁶⁸ Sobre o histórico, cf. Richard M. Hammer, "Fixação de Preço para a Transferência de Mercadorias em Face do Código de Impostos dos Estados Unidos", Brandão Machado (trad.), in Agostinho Toffoli Tavoraro, Brandão Machado e Ives Gandra da Silva Martins (coords.), *Princípios Tributários no Direito Brasileiro e Comparado*.

reforma tributária, o Congresso determinou que o *Internal Revenue Service* estudasse os mecanismos de *transfer pricing*, em particular no que se refere à exploração de propriedade intangível. O resultado foi a publicação, em 1988, de um estudo denominado "A Study of Intercompany Pricing under Section 482 of the Code" (geralmente denominado "Section 482 White Paper"), o que gerou intensos debates, provocando novas normas, cuja forma final foi publicada entre 1994 e 1996⁶⁹.

3.7.3.2 O princípio *arm's length* é explicitado, na regulamentação do Tesouro, ao esclarecer-se que "na determinação da verdadeira renda tributável de um contribuinte sob controle, o padrão a ser aplicado em qualquer caso é o do contribuinte que negocia à distância de um braço com um contribuinte não controlado"⁷⁰.

3.7.3.3 Enquanto no passado as regulamentações dispunham sobre uma ordem de aplicação dos métodos para a apuração do preço *arm's length*, no presente exige-se que o resultado *arm's length* determine-se pelo método que, diante dos fatos e circunstâncias, apresente a medida mais confiável de um resultado *arm's length*, gerando-se, assim, naquele país, a regra do melhor método (*best method rule*)⁷¹. É interessante notar que a aplicação do *best method rule* exige da autoridade fiscal americana uma interação muito maior com o contribuinte fiscalizado, para buscar, perante ele e diante das informações fornecidas, o melhor método para o caso⁷².

3.7.4 Embora a Argentina preveja inicialmente a eleição pelo contribuinte do método a ser aplicado, sustenta-se que houve a adoção do *best method rule*, a exemplo dos Estados Unidos, tendo em vista que a lei argentina considera obrigatória a aplicação do mais adequado dos métodos. A lei do *Impuesto a Las Ganancias* dispõe também que novos métodos podem ser determinados pelo agente regulamentador, a fim de alcançar a comparabilidade com um terceiro independente⁷³.

Estudos em Homenagem a Gilberto de Ulhôa Canto, Rio de Janeiro: Forense, 1988, pp. 603 a 623.

⁶⁹ Cf. Charles H. Gustafson, Robert J. Peroni e Richard Crawford Pugh, *Taxation of International Transactions. Materials, Text and Problems. American Casebook Series*, São Paulo/Minnesota: West Publishing, Co., 1997, pp. 500-501.

⁷⁰ Cf. Reg. § 1.482-1(b)(1).

⁷¹ Cf. Reg. § 1.482-1(c)(1).

⁷² Em entrevista à *Tax Management Inc.*, uma subsidiária do Bureau of National Affairs Inc., o auditor do Internal Revenue Service (EUA) M. Picariello ressaltou que o Fisco americano move grandes esforços para entender a operação da empresa, com o intuito de descobrir o melhor método de cálculo, realizando visitas ao estabelecimento e entrevistas com funcionários. "IRS Transfer Pricing Specialist Outlines Auditor Approach to Cost Sharing", *Tax Management. Transfer Pricing*, nº 1, vol. 10, BNA, p. 23.

⁷³ Cf. P. S. Varela, "Precios de Transferencia. Una Breve Aproximación", *Revista Tri-*

3.7.4.1 Dada a regulamentação argentina de preços de transferência advinda em 1998, cabe questionar se uma harmonização da legislação de preços de transferência no Mercosul não seria de utilidade para os Países-membros. Assim, os Estados envolvidos balizariam suas ações de acordo com os princípios legislativos estabelecidos pelos acordos fixados, visando à harmonização no campo tributário (em especial, no que se refere aos preços de transferência).

3.7.5 Na França, o artigo 57 do Código Geral de Impostos prevê uma regra geral para o tema dos *preços de transferência*, a qual, semelhantemente ao caso brasileiro, estende-se não só a transações com pessoas ligadas, como também para pessoas não ligadas, localizadas em paraísos fiscais. A este dispositivo, acresce-se o artigo 238-A, que trata de transações específicas com pessoas ou empresas situadas em paraísos fiscais. A par destas normas e das instruções administrativas editadas para sua implementação, também são levadas em conta as regras que se extraem do relatório da OCDE⁷⁴. A referência às normas da OCDE permite que se conclua pela aplicabilidade, na França, do princípio *arm's length*, tal como entendido por tal organização internacional.

3.7.6 Também no Japão, após uma resolução do comitê de assuntos internacionais do parlamento japonês, em 1977, apontando para a necessidade de medidas para evitar o uso de paraísos fiscais e outras economias tributárias por meio da manipulação dos preços de transferência, editou-se, em 1978, norma versando sobre paraísos fiscais. Em 1981, a mesma comissão editou resolução exigindo da Administração normas adequadas para a transferência de renda para o exterior. Em 1985, um grupo de *experts* apresentou um relatório ao diretor geral da repartição fiscal, recomendando a adoção das normas internacionais de *transfer pricing*. Em 1985, a Comissão Tributária, órgão consultivo do Primeiro Ministro, baixou resolução recomendando a criação de medidas que tratassem do tema. Com base nesta recomendação, promulgou-se o Artigo 66-5 (posteriormente 66-4) da Lei de Medidas Tributárias Especiais, de 28 de março de 1986, com dois propósitos principais: tratar da transferência de rendas para o exterior e colocar o sistema tributário japonês em consonância com os de outros paí-

butária e de Finanças Públicas nº 36, 2001, p. 27.

⁷⁴ Cf. J.C. Goldsmith, "Transfer Pricing in France", *The Tax Treatment of Transfer Pricing*, Amsterdã: International Bureau of Fiscal Documentation, folhas soltas, suplemento nº 18, julho de 1996, p. France 13.

ses. Estas normas basearam-se nas disposições da OCDE, adotando, destarte, o princípio *arm's length*⁷⁵⁻⁷⁶.

3.7.7 Embora não se trate de lista exaustiva, os exemplos citados já servem para a conclusão de que, no direito comparado, há uma adoção generalizada do princípio *arm's length*, inspirado ou refletido nas diretrizes da OCDE⁷⁷. A tendência é confirmada no "Manual Prático" editado pelas Nações Unidas, que compreende tantos países desenvolvidos como em desenvolvimento⁷⁸. Ao mesmo tempo, nota-se que a aplicação concreta dos métodos para a sua apuração é, por vezes, diferente para cada país, mas nunca fugindo do princípio norteador⁷⁹.

O Princípio *Arm's Length* e os Métodos Desenvolvidos para sua Compreensão: a Função dos Métodos e os seus Limites

3.8 A compreensão do conteúdo do princípio *arm's length*, ao mesmo tempo em que se revela ferramenta útil na aplicação da disciplina do *transfer pricing*, não pode ser apresentada como instrumento suficiente para a compreensão da matéria. Com efeito, já foi indicado, na análise da evolução das disciplinas legislativas em diversos países, que a mera existência de cláusulas gerais referentes aos preços de transferência não permitiam uma atuação eficaz das administrações tributárias em casos concretos.

3.8.1 Fazer referência ao princípio *arm's length* é colocar o aplicador da lei em terreno movediço: à primeira vista, tem-se a impressão de uma superfície plana, que oferece a quem nela se aventura a impressão de um passeio firme. Os primeiros passos no terreno já revelam a dura realidade de incertezas que nunca permitem que se tenha a segurança desejada para a conclusão do problema enfrentado. Neste sentido, o princípio *arm's length*

⁷⁵ Cf. Toshio Miyatake, "Transfer Pricing in Japan", *The Tax Treatment of Transfer Pricing*, Amsterdã: International Bureau of Fiscal Documentation, folhas soltas, suplemento nº 18, julho de 1996, pp. Japan 16-17.

⁷⁶ Sobre o aumento do número de autuações em matéria de preços de transferência verificado nos últimos anos no Japão, cf. Atsushi Fujieda e Yushi Hegawa, "Transfer Pricing Developments in Japan", *Bulletin for International Taxation*, IFA Issue, setembro/outubro de 2007, pp. 426-431.

⁷⁷ Na publicação do International Bureau of Fiscal Documentation, intitulada *The Tax Treatment of Transfer Pricing*, Amsterdã: IBFD, folhas soltas, encontram-se, em cinco volumes, relatórios de dezenas de países, onde se pode comparar efetivamente a disciplina legislativa do tema de *transfer pricing*.

⁷⁸ Cf. United Nations, *UN Practical Manual for Developing Countries* (atualizado até outubro de 2012), disponível em http://www.un.org/esa/ffd/tax/documents/bgrd_tp.htm.

⁷⁹ Cf. Helmut Becker, "The Future of Transfer Pricing", *Bulletin for International Fiscal Documentation*, novembro/dezembro de 1996, pp. 535 a 537.

escorrega pelas mãos daquele que, sem outras ferramentas de apoio, pretende usá-lo.

3.8.2 As ferramentas de apoio ao emprego do princípio *arm's length* são os métodos apresentados pela OCDE e adotados, em maior ou menor grau, pela generalidade dos países que seguem por linha aquele princípio.

3.8.3 Os métodos desenvolvidos pela OCDE baseiam-se na premissa de que a aplicação do princípio *arm's length* implica uma comparação das condições negociais de uma transação entre empresas ligadas (transação controlada - *controlled transaction*) com aquelas prevalecentes em transações entre empresas independentes. Esta comparação somente pode ser de utilidade se as características relevantes das situações que se comparam são suficientemente comparáveis, isto é, se nenhuma das diferenças (se houver) entre ambas as situações comparadas poderia afetar substancialmente o objeto da comparação (o preço ou a margem, conforme o caso), ou se pelo menos fizer-se possível efetuar ajustes suficientes para eliminar as discrepâncias que possam ocorrer⁸⁰.

3.8.4 A própria OCDE reconhece os limites dos métodos que ela apresenta, ao afirmar que nenhum método é aplicável a toda e qualquer situação possível, e que tampouco é necessário que se comprove que não foi possível aplicar algum método em particular. Por esta razão, a mencionada organização internacional afirma que as administrações tributárias não devem hesitar em efetuar pequenos ajustes marginais.

3.8.5 Ao mesmo tempo, a OCDE afirma que as empresas multinacionais *estão liberadas* para a aplicação de métodos diversos dos descritos no seu relatório, desde que os preços assim alcançados satisfaçam o princípio *arm's length*⁸¹.

3.8.6 Vê-se, daí, que na sistemática desenvolvida pela OCDE, há clara prevalência da aplicação do princípio *arm's length* em relação aos métodos. Estes não têm existência ontológica, não se justificando por si mesmos, senão na medida em que sirvam para a finalidade para a qual foram concebidos, qual seja, permitir a concretização do princípio.

3.8.7 Em nenhum momento, insista-se, pretendeu a OCDE ver aplicados os seus métodos fora do contexto do princípio *arm's length*. Tanto assim é, que se admite seja o princípio observado mesmo sem a aplicação daqueles métodos.

3.8.7.1 Este posicionamento se torna mais importante quando se consideram as falhas ínsitas ao princípio *arm's length*, que acabam se refletindo em alguns dos métodos. Com efeito, quando se tomam os métodos de preço de revenda e de custo (a serem estudados com mais vagar no decorrer

⁸⁰ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), parágrafo 1.33.

⁸¹ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), parágrafo 2.9.

desta obra), não se pode deixar de lado que eles buscam, no máximo, a contribuição de cada empresa na produção do lucro, deixando de lado o papel do mercado.

3.8.7.2 Com efeito, o debate acerca dos preços de transferência, num cenário internacional, é um dos aspectos de uma discussão mais ampla, qual seja, em que país se espera que uma renda seja tributada. A discussão, em síntese, é acerca da distribuição da tributação entre os países envolvidos. Os preços de transferência, do ponto de vista do direito tributário internacional, surgem como critério para que se defina a jurisdição com legitimidade para tributar uma renda. Não é demais lembrar que, por isso mesmo, o tema assume importância nos acordos de bitributação.

3.8.7.3 Ora, no contexto dos acordos de bitributação, assume importância a teoria do benefício, enquanto critério para distribuição da tributação.

3.8.7.4 O reconhecimento da teoria do benefício, por outro lado, leva à ideia de que não é o esforço do empresário, apenas, que gera seu lucro; este exige a presença de um mercado⁸². De um modo simplificado, o raciocínio vai no sentido de que de nada adiantaria o talento do empresário, se não tivesse quem pagasse o preço oferecido.

3.8.7.5 Pois bem. Não é preciso aprofundar-se no debate, para ver que o mercado, seja aquele que oferece os fatores de produção (mão de obra, matéria prima etc.), seja aquele onde os produtos são vendidos, é relevante para a produção do lucro. O mesmo esforço empresarial terá resultados diversos, conforme o mercado em questão.

3.8.7.6 Revela-se, daí, crítica a qualquer método que considere apenas uma das partes na transação, já que, exigindo a consideração individual de cada contribuinte, comparando sua margem com a de um terceiro independente, não põe relevo no papel dos mercados em que o grupo atua.

O Desenho do Princípio *Arm's Length* na Disciplina Legislativa dos Preços de Transferência no Brasil: Limitações a sua Regulamentação

3.9 Desde que o regime de controle dos preços de transferência foi introduzido no Brasil pela Lei nº 9.430/96⁸³, algumas normas legais e infralegais foram editadas no intuito de modificar, ajustar ou interpretar o

⁸² A teoria foi defendida por Paul Kirchhof, quando integrou a Corte Constitucional da Alemanha. Sobre o assunto, cf. entre outros trabalhos do autor, Paul Kirchhof, *Die Sanfte Verlust der Freiheit*, Muenchen, Wien: Karl Hanser, 2004.

⁸³ Somente se sujeitam ao controle dos preços de transferência as operações com empresas vinculadas realizadas a partir de 1º de janeiro de 1997. Nesse sentido, ver o Acórdão nº 12-21.448, de 17/10/08, da 9ª Turma da DRJ/RJ, e o Acórdão nº 14-19.477, de 05/06/08, da 3ª Turma da DRJ-Ribeirão Preto/SP.

sistema originalmente criado. A evolução legislativa na matéria dos preços de transferência está refletida no seguinte quadro:

Norma	Data	Eficácia	Assunto (relativo aos preços de transferência)	Situação
Lei nº 9.430/96	27/12/96	01/01/97	introduziu a disciplina de controle dos preços de transferência.	em vigor
IN SRF nº 38/97	30/04/97	publicação	regulamentou e consolidou a disciplina de controle dos preços de transferência.	revogada
Port. MF nº 95/97	30/04/97		estabeleceu normas para o pedido de alteração de margens.	revogada
AD SRF nº 110/98	27/07/98		divulgou lista de países e localidades considerados "paraísos fiscais".	revogada
IN SRF nº 164/99	23/12/99	01/01/00	divulgou lista de países e localidades considerados "paraísos fiscais".	revogada
Lei nº 9.959/00	27/01/00	01/01/00	previu a aplicação do método PRL nos casos de produção local.	em vigor
IN SRF nº 68/00	27/06/00	01/01/00	divulgou lista de países e localidades considerados "paraísos fiscais".	revogada
IN SRF nº 113/00	19/12/00	01/01/00	estabeleceu regras para o cálculo do método PRL.	revogada
IN SRF nº 32/01	30/03/01	publicação	regulamentou e consolidou a disciplina de controle dos preços de transferência.	revogada
IN SRF nº 33/01	30/03/01	publicação	divulgou lista de países e localidades considerados "paraísos fiscais".	revogada
Lei nº 10.451/02	10/05/02	publicação	ampliou o conceito de pessoa vinculada.	em vigor
AD SRF nº 37/02	26/07/02	publicação	desqualificou pesquisa técnica realizada por pessoa jurídica.	em vigor
IN SRF nº 188/02	06/08/02	publicação	divulgou lista de países e localidades considerados "paraísos fiscais".	revogada
IN SRF nº 243/02	11/11/02	publicação	regulamentou e consolidou a disciplina de controle dos preços de transferência.	revogada

IN SRF nº 321/03	14/04/03	publicação	estabeleceu regras para a conversão em reais de preços.	em vigor
Lei nº 10.833/03	29/12/03	publicação	conferiu à Secretaria da Receita Federal o poder de estabelecer normas de simplificação nas exportações.	em vigor
IN SRF nº 382/03	30/12/03	publicação	alterou o artigo 35 da IN SRF nº 243/02.	em vigor
Lei nº 11.196/05	21/11/05	publicação	autorizou o Ministro da Fazenda a instituir mecanismos de ajuste para mitigar os impactos relativos à apreciação da moeda nacional frente a outras moedas.	em vigor
IN SRF nº 602/05	29/12/05	publicação	dispôs sobre mecanismos de ajuste para reduzir os impactos relativos à apreciação da moeda nacional frente a outras moedas, para o ano-calendário de 2005.	em vigor
Port. MF nº 436/05	29/12/05	publicação	instituiu mecanismos de ajuste para reduzir os impactos relativos à apreciação da moeda nacional frente a outras moedas, para o ano-calendário de 2005.	em vigor
Lei nº 11.281/06	20/02/06	publicação	estendeu ao importador e ao encomendante as regras de preços de transferência.	em vigor
Port. MF nº 425/06	28/12/06	publicação	instituiu mecanismos de ajuste para reduzir os impactos relativos à apreciação da moeda nacional frente a outras moedas, para o ano-calendário de 2006.	em vigor
IN SRF nº 703/06	28/12/06	publicação	dispôs sobre mecanismos de ajuste para reduzir os impactos relativos à apreciação da moeda nacional frente a outras moedas, para o ano-calendário de 2006.	em vigor
Port. MF nº 329/07	26/12/07	publicação	instituiu mecanismos de ajuste para reduzir os impactos relativos à apreciação da moeda nacional frente a outras moedas, para o ano-calendário de 2007.	em vigor
IN RFB nº 801/07	27/12/07	publicação	dispôs sobre mecanismos de ajuste para reduzir os impactos relativos à apreciação da moeda nacional frente a outras moedas, para o ano-calendário de 2007.	em vigor

Lei nº 11.727/08	23/06/08	01/01/09	ampliou o conceito de paraísos fiscais.	em vigor
Port. MF nº 222/08	24/09/08	publicação	estabeleceu normas para o pedido de alteração de margens.	em vigor
Port. MF nº 310/08	29/12/08	publicação	instituiu mecanismos de ajuste para reduzir os impactos relativos à apreciação da moeda nacional frente a outras moedas, para o ano-calendário de 2008.	em vigor
IN RFB nº 898/08	29/12/08	publicação	dispôs sobre mecanismos de ajuste para reduzir os impactos relativos à apreciação da moeda nacional frente a outras moedas, para o ano-calendário de 2008.	em vigor
IN RFB nº 1.010	19/02/10	publicação	dispôs sobre mecanismos de ajuste para reduzir os impactos relativos à apreciação da moeda nacional em relação a outras moedas, para o ano-calendário de 2009.	em vigor
IN RFB nº 1.037/10	04/06/10	publicação	divulgou lista de países ou dependências com tributação favorecida e regimes fiscais privilegiados.	em vigor
IN RFB nº 1.045/10	23/06/10	publicação	alterou a IN RFB nº 1.037/10, para dispor sobre pedido de revisão de enquadramento como país ou dependência com tributação favorecida ou detentor de regime fiscal privilegiado.	em vigor
Lei nº 12.249/10	11/06/10	16/12/09 ⁸⁴	instituiu regras de subcapitalização.	em vigor
Portaria MF nº 4/11	13/01/11	publicação	instituiu mecanismos de ajuste para reduzir os impactos relativos à apreciação da moeda nacional frente a outras moedas, para o ano-calendário de 2010.	em vigor

⁸⁴ De acordo com o texto da lei (artigo 139, I, "d"), o qual faz referência à data de publicação da Medida Provisória nº 472/09, posteriormente convertida na Lei nº 12.249/10. Entendemos, no entanto, que em atenção ao princípio da anterioridade, as regras de subcapitalização somente poderiam produzir efeitos no exercício financeiro seguinte (*i.e.*, a partir de 1º de janeiro de 2011), em relação ao IRPJ, e após 90 dias da publicação da referida lei, com relação à CSLL.

IN RFB nº 1.124/11	21/01/11	publicação	dispôs sobre mecanismos de ajuste para reduzir os impactos relativos à apreciação da moeda nacional frente a outras moedas, para o ano-calendário de 2010.	em vigor
Portaria MF nº 563/11	30/12/11	publicação	instituiu mecanismos de ajuste para reduzir os impactos relativos à apreciação da moeda nacional frente a outras moedas, para o ano-calendário de 2011.	em vigor
IN RFB nº 1.233/12	04/01/12	publicação	dispôs sobre mecanismos de ajuste para reduzir os impactos relativos à apreciação da moeda nacional frente a outras moedas, para o ano-calendário de 2011.	em vigor
Medida Provisória nº 563/12	03/04/12	01/01/13	alterou a disciplina de controle dos preços de transferência.	convertida em lei
Lei nº 12.715/12	17/09/12	01/01/13	alterou a disciplina de controle dos preços de transferência.	em vigor
Lei nº 12.766/12	27/12/12	01/01/13	alterou a redação do artigo 22 da Lei nº 9.430/96, tratando do controle de juros.	em vigor
IN RFB nº 1.312/12	28/12/12	publicação	regulamentou e consolidou a disciplina de controle de preços de transferência.	em vigor
IN RFB nº 1.321/13	16/01/13	publicação	dispôs sobre mecanismos de ajuste para reduzir os impactos relativos à apreciação da moeda nacional frente a outras moedas, para o ano-calendário de 2012.	em vigor
IN RFB nº 1.322/13	16/01/13	publicação	alterou a IN RFB nº 1.312/12, para determinar que o novo percentual mínimo de lucratividade e as novas regras para o controle de juros só são aplicáveis para transações e contratos celebrados a partir de 1º de janeiro de 2013.	em vigor

3.9.1 Como se vê, muitas foram as instruções normativas editadas pela Receita Federal do Brasil para regulamentar a questão. Boa parte delas procedeu a uma interpretação extensiva da Lei nº 9.430/96 e de suas modificações.

3.9.2 A constatação de que a Lei nº 9.430/96 foi regulamentada por diversas instruções normativas bastante extensivas leva à indagação sobre os limites da regulamentação. Ou seja: a Lei nº 9.430/96 é autoaplicável? Em caso afirmativo, quais são o papel e os limites das instruções normativas que a regulamentaram? É o que se verá a seguir.

Legalidade e Normas Administrativas

3.10 Dada a profusão de normas administrativas que versam sobre a matéria dos preços de transferência, o que contrasta com a escassa produção legislativa sobre a matéria, importa examinar qual o papel das normas administrativas em matéria tributária.

3.10.1 É, com efeito, corrente a ideia de que a Legalidade apresenta, dentre suas feições, a da conformidade da tributação com seu “fato gerador”, impedindo que a lei deixe ao critério da administração a decisão sobre qualquer dos aspectos necessários à configuração da hipótese tributária. Isso não significa, entretanto, que não possa o legislador (somente o legislador) prever a existência de atos administrativos como condição para o surgimento da obrigação tributária. Noutras palavras, a hipótese tributária pode incluir a manifestação da Administração.

3.10.2 Para que se compreenda a ideia acima, parece conveniente, inicialmente, examinar o conteúdo do conceito de “eficácia”. Conforme a lição de Tércio Sampaio Ferraz Jr., uma norma válida pode já ter sua vigência iniciada, sem que, contudo, seja dotada de eficácia. Ou seja, uma norma jurídica já pertencente ao ordenamento jurídico pode não estar dotada de capacidade de produzir efeitos⁸⁵.

3.10.2.1 A referida capacidade de produzir efeitos depende de determinados requisitos, que podem ser de natureza fática ou técnica-normativa (enlaces entre diversas normas), condições exigíveis para a observância da norma.

3.10.2.2 Neste contexto, pode-se conceituar o termo “eficácia” como a qualidade da norma que se refere à possibilidade de produção concreta de efeitos, quando estão presentes os pressupostos fáticos e técnicos necessários à aplicação da norma aos casos concretos.

3.10.2.3 No que concerne especificamente às normas jurídicas que visam à realização de um objetivo (dotadas, portanto, de uma função eficaz de concretização de um programa), tem-se que elas podem ou não depender de outras normas para que seja iniciada a produção de efeitos⁸⁶.

⁸⁵ Cf. Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao Estudo do Direito*, 3ª edição, São Paulo: Atlas, 2001, pp. 194-195.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 197.

3.10.2.4 Quando a concretização da função eficaz é imediata, não podendo ser restringida sem que se faça necessária a superveniência de regulamento, diz-se que a eficácia é plena. Esta se distingue da eficácia contida (a qual pode ser restringida, sendo plena enquanto não sobrevier a restrição), bem como da limitada (em que há a necessidade de outras normas para a produção de efeitos)⁸⁷.

3.10.2.5 Nesse cenário, a doutrina de direito público classifica as normas jurídicas em autoexecutáveis (ou autoaplicáveis) e não autoexecutáveis (não autoaplicáveis). As primeiras seriam desde logo aplicáveis, porque revestidas de plena eficácia jurídica, regulando diretamente as matérias, situações ou comportamentos de que cogitam⁸⁸.

3.10.3 Num primeiro raciocínio, poder-se-ia, com base na referida ideia da conformação da tributação com a hipótese tributária, concluir que não haveria espaço, em matéria tributária, para normas não autoexecutáveis: seria forma de dizer que à Administração Pública não restaria qualquer papel na criação do tributo.

3.10.3.1 Ora, deve-se diferenciar o papel na criação do tributo (ou na definição de sua hipótese), o que se reserva ao legislador e aquele na criação de condições para que se aplique a lei.

3.10.3.2 Um bom exemplo pode ser visto, na seara tributária, na chamada "Lei Rouanet" (Lei nº 8.313/91). O referido texto legal dispõe acerca de uma série de incentivos fiscais. Ora, para gozar de tais benefícios, o legislador exige, dentre outros requisitos, que o projeto cultural seja apresentado ao Ministério da Cultura, a quem cabe decidir acerca de seu enquadramento no Programa Nacional de Apoio à Cultura (PRONAC).

3.10.3.3 Vê-se que uma das condições de eficácia da lei que concede o incentivo tributário é um ato da própria Administração Pública. Ou seja: é necessária a edição de um ato administrativo para que a lei tributária possa produzir seus efeitos.

3.10.3.4 O exemplo parece suficiente para que se veja que não há confundir a descrição da hipótese tributária (matéria reservada exclusivamente à lei) com o preenchimento das condições previstas pela lei.

3.10.3.5 Mas também ele é importante para que se verifique que não fica ao arbítrio da Administração decidir se o incentivo fiscal deve, ou não, ser concedido. O legislador, por meio de conceitos indeterminados, dispõe

⁸⁷ *Ibidem*, p. 197.

⁸⁸ A doutrina brasileira acerca do tema, inaugurada por Ruy Barbosa, baseia-se nos ensinamentos da doutrina e jurisprudência norte-americana, as quais elaboraram classificação das normas constitucionais em *self-executing* (ou *self-enforcing, self-acting*) e *not self-executing* (ou *not self-enforcing, not self-acting*). Neste sentido, cf. José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, São Paulo: RT, 1968, pp. 66-67.

sobre os requisitos para os incentivos. A Administração, por sua vez, concretiza o conceito, ao reconhecer a presença de tais requisitos.

3.10.3.6 A Legalidade se faz presente quando se vê que se o ato administrativo extrapola a lei (se for enquadrado no PRONAC projeto que não preencha os requisitos), o ato será ilegal, sujeito a revogação.

3.10.3.7 Do mesmo modo, se um projeto preenche tais requisitos mas não consegue o enquadramento, pode-se exigir, em juízo, o enquadramento. Sendo caso de conceito indeterminado (e não de ato discricionário), pode a atuação da Administração ser controlada pelo Judiciário.

3.10.3.8 Note-se, por fim, que o que se pede ao Judiciário é o enquadramento; uma vez presente este (por ato da Administração ou por decisão judicial), dar-se-á por preenchido o requisito da norma tributária.

3.10.4 Como poderia ser enquadrada a disciplina dos preços de transferência inserida na Lei nº 9.430/96 em tal cenário? Para que se possa responder a esta indagação, deve-se aprofundar o exame dos contornos jurídicos do conceito de autoexecutabilidade da lei.

3.10.4.1 A norma autoexecutável fornece uma regra mediante a qual se pode fruir e resguardar o direito outorgado, ou executar o dever imposto. Assim, os mandamentos jurídicos veiculados por estas normas acham-se armados por si mesmos, pela sua própria natureza, dos seus meios de execução e preservação.

3.10.4.2 Já as normas não autoexecutáveis seriam aquelas que não bastam em si mesmas para a produção de efeitos, tendo sua aplicabilidade revestida pela dependência de outras normas. Deste modo, tais normas veiculam mandamentos jurídicos cujo uso deve aguardar regulamento posterior.

Aplicação ao Caso Concreto: Normas Administrativas e Preços de Transferência

3.11 Em certas circunstâncias, a regulamentação dos preços de transferência pode, sim, exigir a edição de ato administrativo para que se torne viável sua aplicação.

3.11.1 É o que se verá na previsão de uma lista de bolsas de valores internacionalmente reconhecidas. Dado o caráter vinculante da norma, a indicação de bolsas com tais requisitos se faz necessária. Ou seja: não haveria como exigir do contribuinte que submetesse à tributação um valor se, antes, não se soubesse quais seriam as bolsas internacionalmente reconhecidas. O ato administrativo, publicado no Diário Oficial, torna público esse reconhecimento, já não sendo lícito alegar ignorância.

3.11.2 O mesmo se verá para a definição de países com tributação favorecida ou regimes fiscais privilegiados. A norma administrativa surge, em tais casos, como requisito previsto pela própria hipótese tributária.

Mais uma vez, alegar-se-á que apenas com a publicação de ato administrativo listando tais países, torna-se a informação pública, passando a lei a ter condições de eficácia.

3.11.3 Num e noutro caso, valem as observações acima efetuadas, quando se viu o exemplo do enquadramento no PRONAC. Se um país foi incluído na lista indevidamente, o ato administrativo é ilegal (não corresponde ao texto da lei) e deve ser revogado: se um país não está na lista e deveria estar, então é possível pleitear ao Judiciário sua inclusão. De qualquer modo, apenas com tal inclusão é que se produzirá o efeito tributário. Do mesmo modo, no caso de bolsas de mercadorias e de futuros: se a Administração Pública não inclui determinado mercado entre os reconhecidos internacionalmente, pode o Judiciário impor o reconhecimento. De qualquer modo, apenas com o reconhecimento é que se terá o efeito tributário.

3.12 Noutros casos, entretanto, já não há que se falar em condição de eficácia: a lei tributária não prevê a edição de ato administrativo e este surge apenas para apresentar a posição da Administração (*rectius*: sua interpretação) acerca da matéria.

3.12.1 Este será o caso da definição dos métodos de preços de transferência, definidos pela Lei nº 9.430/96 e suas alterações. Também definições de conceitos empregados pela lei, como o de *commodities*, caem nessa categoria.

3.12.1.1 Em tais casos, a regulamentação da lei não é dotada de utilidade prática em relação ao plano de eficácia desta. Ou seja, o regulamento não pode estar além ou aquém da lei, hipóteses nas quais seria irritu, havendo a possibilidade de sustentar-se que lhe seria apenas facultada a repetição do texto legal, não modificando em nada a eficácia dos mandamentos contidos na lei. Parte da doutrina chega até mesmo a afirmar que não há sentido jurídico em editar-se um ato normativo inferior que se limita a reproduzir o superior⁸⁹.

3.12.1.2 Mesmo em tais situações, entretanto, não é demais insistir não ser inúcia qualquer tentativa de regulamentação da Lei nº 9.430/96 por parte da Administração Pública.

3.12.2 Com efeito, a mera leitura dos dispositivos que tratam dos preços de transferência na Lei nº 9.430/96 revela que sua disciplina foi bastante enxuta. O legislador limitou-se a definir os métodos aplicáveis e as consequências de os preços praticados superarem os limites legais.

3.12.2.1 Naturalmente, o contribuinte poderá ter dúvidas quanto à forma como os métodos serão aplicados, por exemplo, acerca do modo de

⁸⁹ Cf. Roque Antonio Carrazza, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 19ª edição, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 332.

realizar uma análise funcional, do conceito de bens similares etc. Neste sentido, o Poder Executivo nada mais está fazendo do que instruindo seus funcionários e, simultaneamente, oferecendo ao contribuinte sua interpretação da lei. O contribuinte que concordar com tal interpretação adquire um direito, assegurado pelo parágrafo único do artigo 100 do Código Tributário Nacional, de não ser punido por atuar conforme prescreve a Administração, mesmo quando há erro favorável ao contribuinte, caso em que este se exime de multa e juros moratórios.

3.12.2.2 Obviamente, se a Instrução Normativa extrapolar a lei, será esta, e nunca aquela, que prevalecerá. Mas como saber se a Instrução Normativa ultrapassou a lei?

3.12.3 Surge, aqui, a importância do princípio *arm's length*. Como já ficou esclarecido, é este princípio o bastião de constitucionalidade da Lei nº 9.430/96⁹⁰. Os ajustes impostos por esta lei se consideram constitucionais porque concretizam aquele princípio.

3.12.4 Nesse passo, surge a seguinte regra: a regulamentação da Lei nº 9.430/96 estará conforme a própria lei se estiver concretizando o princípio *arm's length*.

3.12.5 Quando, por outro lado, a regulamentação da Lei nº 9.430/96 emprestar-lhe interpretação que se afaste do referido princípio, então há que investigar a existência de outro princípio que justifique tal construção normativa. O desvio poderá indicar a concretização de outro valor constitucional, igualmente prestigiado pelo Ordenamento. Tal será o caso, por exemplo, quando a norma, desviando-se do princípio *arm's length*, tiver sua justificativa em sua função indutora, ao buscar fomentar o desenvolvimento da economia nacional.

3.12.6 Não se encontrando a norma assim construída apoiada nem no princípio *arm's length* nem em outro fundamento constitucional, então tal interpretação será repudiada, denunciando-se a ilegalidade da Instrução Normativa. Exemplos de tal afastamento não faltam.

3.12.7 De outra parte, também a ausência de regulamentação de algo que seja importante à concretização do referido princípio não retira a obrigação de a Administração considerar esse detalhe. Exige o princípio *arm's length* que o aplicador da lei indague, a todo tempo, qual teria sido o preço praticado entre partes independentes, em circunstâncias semelhantes, mesmo que para isso tenha de promover operação não expressamente prevista na regulamentação. Ora, tomando-se, por exemplo, uma venda de mercadorias em consignação, é claro que o chamado "risco de estoque" ficará por conta do vendedor, que será obrigado a readquirir as mercadorias não

⁹⁰ No mesmo sentido, cf. Ricardo Lobo Torres, *op. cit.* (nota 58), pp. 122-135 (123).

vendidas. Neste sentido, uma análise funcional apontaria que aquele vendedor deveria ter uma margem de lucro suficiente para cobrir seu risco de estoque. Uma venda em consignação, portanto, jamais poderia ser comparada a uma venda pura e simples. Tal análise funcional não é expressamente contemplada pela regulamentação da Lei nº 9.430/96, mas, por concretizar o princípio *arm's length*, deve ser considerada. O afastamento de tal análise apenas pode ser justificado mediante a invocação de outro princípio (como o da praticabilidade), que lhe dê fundamentação.

3.12.8 Portanto, haverá inúmeros casos concretos aos quais a regulamentação infralegal não será aplicável, bem como haverá outros que, por sua especificidade, não terão o seu desenho único previsto em qualquer Instrução Normativa ou Portaria, quando será ainda mais importante que o aplicador da lei considere o princípio *arm's length* para chegar à solução mais adequada.

3.12.9 Eis, em síntese, o entendimento que se sustenta nesta obra: tendo o princípio *arm's length* sido inserido no ordenamento brasileiro por intermédio da Lei nº 9.430/96, os atos administrativos que visam regulamentar aquela lei deverão ser instrumento para a concretização daquele princípio; desvios são admitidos quando justificados em outros princípios identificados no Ordenamento (como o são os que inspiram a função indutora da norma tributária). Não são tais instrumentos, entretanto, exaustivos, já que os princípios têm aplicação ampla e o *arm's length* não foge à regra. Não tendo uma situação sido regulamentada pela autoridade administrativa, nada impede que o aplicador da lei, com base nesta e no princípio que lhe dá suporte, encontre uma solução conforme o último; se o ato administrativo impuser restrição à aplicação do princípio *arm's length* que não se encontre expressa no texto legal, então deve-se investigar com cuidado se outro princípio de igual estatura pode ser contemplado, justificando a ponderação. Não sendo o caso, afasta-se aquele ato administrativo, por ilegalidade.

4. A Disciplina dos Preços de Transferência no Direito Brasileiro e no Direito Comparado. Aspecto Subjetivo

Conceito de Pessoa Vinculada

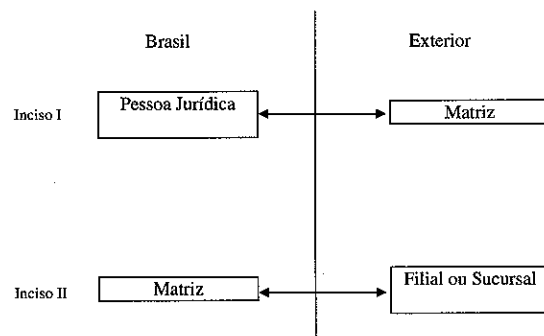
4.1 As normas brasileiras de preços de transferência dirigem-se às transações efetuadas entre "pessoas vinculadas"⁹¹. Convém, assim, estudar as hipóteses contempladas pelo legislador pátrio.

Matriz e Filial

4.2 Versam os dois primeiros incisos do artigo 23 da Lei nº 9.430/96, respectivamente, sobre a matriz da "pessoa jurídica" domiciliada no Brasil ou a sua filial ou sucursal. Estas situações podem ser ilustradas pela figura abaixo⁹²:

⁹¹ Eis alguns exemplos de manifestações sobre empresas vinculadas: Solução de Consulta COSIT nº 01, de 30/01/03: "Exportação à vinculada ao preço de custo. Necessidade de adequação à legislação concernente aos preços de transferência. Pessoa jurídica que realize operação de exportação a empresa vinculada não está dispensada de cumprir as determinações impostas pela legislação concernente aos preços de transferência, uma vez que deve comprovar que os valores declarados nessa operação não foram afetados pela vinculação entre as partes." Também sobre o assunto, cf. Decisão COSIT nº 126, de 24/05/00, que trata da dedutibilidade de despesas operacionais de comissão de intermediação de negócios: "Quando a empresa intermediadora se situar no exterior, e for caracterizada como pessoa vinculada, a dedutibilidade retrocitada estará condicionada aos valores limites dos métodos de determinação de preços de transferência." Por fim, a Solução de Consulta COSIT nº 05, de 08/07/09 e a Solução de Consulta COSIT nº 02, de 01/07/11, tratam da aplicação da legislação de preços de transferência à operação conhecida como *back to back*, já que esta "envolve duas operações de compra e venda, ambas com empresas vinculadas", de modo que "a interessada deverá demonstrar, utilizando-se a legislação de preço de transferência, uma margem de lucro de toda a transação que não divirja da margem que seria praticada se as operações houvessem sido realizadas com empresas independentes". Conclui-se então que "a interessada deverá apurar dois preços-parâmetros, um para a operação de compra e outro para a de venda". Sobre a aplicação das regras de preços de transferência às operações *back to back*, também o Acórdão nº 16-40.107, de 29/06/12, da 4ª Turma da DRJ/SP.

⁹² As figuras utilizadas nesse capítulo são semelhantes às utilizadas pela empresa DeLoitte Touche, em material de curso sobre o tema dos preços de transferência.



4.2.1 Atribuindo o direito brasileiro à filial, sucursal, agência ou representação, aqui situada, de pessoa jurídica sediada no exterior, o tratamento de pessoas jurídicas, para os fins do imposto de renda (artigo 147, II, do vigente Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99 - Decreto nº 3.000/99), passa o legislador a exercer sua pretensão sobre os lucros imputáveis à primeira⁹³. O fato de se tratar como contribuinte do imposto brasileiro a filial da empresa estrangeira não implica que se tributem os resultados mundiais da empresa: apenas o lucro “produzido no País” é que está sujeito a tributação, nos termos do artigo 63 da Lei nº 4.506/64.

4.2.2 Tratando-se de filiais ou sucursais, no exterior, de empresas brasileiras, vê-se que mais uma vez o ordenamento optou por tratá-las como entidades independentes, as quais devem demonstrar a apuração dos lucros que auferirem (artigo 25, parágrafo 2º, II, da Lei nº 9.249/95), lucros estes que serão considerados de forma individualizada, por filial (artigo 16, I, da Lei nº 9.430/96).

4.2.3 Daí verificar-se, em ambos os casos, a necessidade de a disciplina dos preços de transferência estender-se às relações entre a matriz e sua filial.

4.2.4 Com efeito, tratando-se de mera transferência, e não de um negócio jurídico propriamente dito (não há sentido jurídico em falar-se em uma venda da matriz à filial, por exemplo), surge a questão da apuração do resultado a ser imputado a cada estabelecimento.

4.2.5 Com a finalidade da imputação daqueles resultados, algumas legislações adotam a teoria da “força de atração”. Em síntese, esta teoria defende que a mera existência de um estabelecimento permanente em um país é suficiente para que este tribute todos os rendimentos dali provenientes. O estabelecimento permanente “atrairia”, assim, os resultados para aquele país. Sustenta esta teoria o argumento de que quando uma empresa

⁹³ Cf. Alberto Xavier, *op. cit.* (nota 11), pp. 629-655.

estrangeira instalou um estabelecimento permanente em determinado território, ela ingressou no referido país de tal maneira que este passa a poder tributar a empresa por todos os rendimentos que derivem daquele território, provenham os lucros do estabelecimento permanente ou originem-se de outras atividades exercidas pela empresa naquele território⁹⁴.

4.2.6 A “força de atração” dispensaria qualquer cogitação acerca de preços de transferência entre filiais, já que sempre se daria por imputável ao estabelecimento a totalidade dos lucros auferidos em operações no território em questão. A praticidade da teoria é, assim, inegável (se o pagamento proveio daquele país, então se conecta àquele estabelecimento permanente a totalidade do lucro da transação, não se cogitando da eventual participação de outros estabelecimentos para a concretização da transação). Do ponto de vista técnico, entretanto, a adoção da referida teoria não pode ser aplaudida, já que é difícil sua compatibilização com o princípio da fonte, se este se entende como um critério econômico, baseado na efetiva imputação do rendimento ao estabelecimento.

4.2.7 A legislação brasileira rejeita a teoria da “força de atração” para a tributação de filiais. A demonstração é feita por Alberto Xavier, que sustenta que até mesmo da expressão verbal do legislador, que se refere aos resultados obtidos no Brasil “por” dependências de empresas domiciliadas no exterior (artigos 397 e 398 do RIR/99) ou “por intermédio de filial, sucursal ou agência do vendedor no país” (Portaria nº 228, de 08/05/74, item 3, alínea “d”), poder-se-ia extrair a necessidade da efetiva conexão do lucro à filial, para que seja nela tributado. A este argumento, Xavier soma o fato já mencionado acima, qual seja, de que as filiais de empresas estrangeiras são consideradas pessoas jurídicas para efeitos fiscais, devendo sua tributação basear-se nos lucros reais, constantes de sua contabilidade⁹⁵.

4.2.8 A rejeição à “força de atração” é a tendência também em foros internacionais, valendo como parâmetro o próprio relatório da OCDE, que versa sobre os acordos de bitributação, no qual a organização, conquanto reconhecendo que a “força de atração” traz vantagens práticas, além de inibir práticas evasivas de tributo, sustenta que tal fato não é suficiente para contrapor-se ao argumento de que, por outro lado, o desenvolvimento empresarial criou organizações com divisões estanques, às quais importa apurar os lucros auferidos em cada segmento em que atuam; a adoção da teoria da “força da atração” distorceria estes resultados sobremaneira, visto que uma divisão empresarial que sequer estivesse estabelecida em deter-

⁹⁴ Cf. OCDE, *Model Double Taxation Convention on Income and on Capital. Report of the OECD Committee on Fiscal Affairs*, Paris: OCDE, 1977, p. 73.

⁹⁵ Cf. Xavier, *op. cit.* (nota 11), pp. 649-652.

minado país passaria a ser ali tributada em virtude da presença de estabelecimento comercial ligado a outra divisão da organização⁹⁶.

4.2.9 A circunstância isolada de um país rejeitar a teoria da “força de atração” não o obriga, entretanto, a estender a sua norma de preços de transferência às relações entre matriz e filiais.

4.2.10 Com efeito, a alocação de resultados entre os estabelecimentos de uma pessoa jurídica pode dar-se pelos métodos direto (*separate accounting*) e indireto (*fractional apportionment*): enquanto este se baseia em percentuais adrede fixados, o primeiro busca, valendo-se da contabilidade, qual o estabelecimento que gerou o lucro⁹⁷. É possível concluir que o legislador brasileiro adotou o método direto⁹⁸, daí decorrendo a inclusão das relações entre matriz e filiais entre aquelas sujeitas às normas de preços de transferência. Por outro lado, a adoção do método direto parece limitar-se às atividades-fim da empresa, nada havendo na legislação que possa afastar a conclusão acerca da possibilidade de mero rateio de custos, no caso de atividades-meio (*i.e.*, atividades que não estejam em seu objeto e por isso não sejam voltadas ao mercado).

Empresas Associadas

4.3 O termo “empresas associadas” é definido pela Convenção-Modelo da OCDE de maneira bastante abrangente. Com efeito, diz o artigo 9º tratar-se do referido caso quando:

“(a) uma empresa de um Estado Contratante participar direta ou indiretamente da direção, controle ou capital de uma empresa do outro Estado Contratante; ou

(b) as mesmas pessoas participarem direta ou indiretamente da direção, controle ou capital de uma empresa de um Estado Contratante e de uma empresa do outro Estado Contratante”⁹⁹.

4.3.1 O termo “empresa”, por sua vez, é definido no parágrafo 1º, c, do artigo 3º como “a consecução de qualquer negócio”, o que não necessariamente se refere a uma *companhia*, definida na linha anterior como “qualquer pessoa jurídica ou entidade que é tratada como pessoa jurídica para fins de tributação”. Assim, uma *empresa associada* não é necessariamente uma *companhia associada* para os propósitos de um tratado.

4.3.1.1 Os *Guidelines* estabelecem, no parágrafo 11 de seu prefácio, que “para fins deste Relatório, uma ‘empresa associada’ é a que satisfaz as condições determinadas pelo art. 9º, subparágrafos 1 a) e 1 b) da Conven-

⁹⁶ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 94), pp. 73-74.

⁹⁷ Cf. parágrafos 3.3.2.2 e 3.5.3.1, *supra*.

⁹⁸ Cf. Luís Eduardo Schoueri, *op. cit.* (nota 42), p. 61.

⁹⁹ A tradução para o vernáculo foi extraída no artigo IX do acordo de bitributação entre o Brasil e o Canadá (Decreto nº 92.318/86).

ção-Modelo da OCDE. Sob estas condições, duas empresas são associadas se uma delas participa diretamente ou indiretamente da direção, controle ou capital da outra, ou se as mesmas pessoas participarem direta ou indiretamente da direção, controle ou capital de ambas as empresas (isto é, se as duas empresas estão sob controle comum)”.

4.3.1.2 O Glossário dos *Guidelines* oferece pouca ajuda, uma vez que define empresas associadas da seguinte maneira: “duas empresas são associadas se uma delas atende às condições do art. 9º, subparágrafos 1 a) ou 1 b) da Convenção-Modelo da OCDE, em relação à outra empresa”.

4.3.1.3 Independente da falta de maiores comentários sobre a noção de empresa associada, o Glossário dos *Guidelines* define “empresas independentes” ao estabelecer que “duas empresas são independentes se não são associadas entre si”. Tal noção é importante para entender o princípio *arm's length*, ao qual tanto o artigo 9º da Convenção-Modelo da OCDE quanto o Glossário fazem referência como o padrão para determinação dos preços de transferência para fins de tributação. Assim, o dito princípio refere-se às “condições aceitas ou impostas entre duas empresas ligadas nas suas relações comerciais ou financeiras, que difiram das que se estabeleceriam entre empresas independentes”.

4.3.1.4 Desta feita, a noção de empresas independentes está diretamente relacionada ao referido princípio. Empresas independentes realizam condições *at arm's length* em suas relações comerciais e financeiras. Enquanto as partes independentes sempre agem *at arm's length*, empresas associadas *não necessariamente* agem *at arm's length*.

4.3.1.5 O termo *empresas associadas* é, conseqüentemente, referido nos *Guidelines* por meio de seu oposto. Quando se refere às empresas independentes, tal documento acaba por conduzir a um melhor entendimento do que são as empresas associadas.

4.3.1.6 Isso pode ser mais bem observado, por exemplo, no parágrafo 1.2 da Introdução dos *Guidelines*, o qual estabelece que “quando empresas independentes negociam entre si, as condições de suas relações comerciais e financeiras (por exemplo, o preço das mercadorias vendidas ou dos serviços oferecidos e as condições de venda) geralmente são determinadas pelas forças de mercado. De outro modo, quando empresas associadas negociam entre si, suas relações comerciais e financeiras podem não ser diretamente afetadas por forças externas da mesma maneira (...)”.

4.3.1.7 Outro exemplo pode ser encontrado no parágrafo 1.34 dos *Guidelines*: “empresas independentes geralmente levam em consideração qualquer diferença economicamente relevante entre as opções realmente disponíveis”.

4.3.1.8 Em suma: embora a noção de empresas independentes e, conseqüentemente, de empresas associadas, não esteja claramente definida no

artigo 9º, seu conteúdo pode ser alcançado, em diversos casos, através da interpretação do princípio *at arm's length*.

4.3.1.9 Esta conclusão pode ser confirmada ao considerar-se o mencionado parágrafo 1º do artigo 31 da Convenção de Viena, sobre a interpretação dos tratados internacionais, para o qual não apenas as palavras de um contrato são relevantes para interpretá-lo, mas também seu propósito. *In casu*, a noção de empresas associadas está diretamente relacionada ao princípio *arm's length*, o qual deve, desta forma, ser necessariamente considerado na interpretação do referido termo.

4.3.1.10 O mesmo ocorre com a interpretação dos termos *direção, controle e capital*. Saber quando uma "participação" na direção, controle ou capital é suficiente não é uma questão de limites quantitativos, mas principalmente de uma análise qualitativa: a "participação" tem que ser suficiente para as companhias não serem mais empresas independentes, ou, em outras palavras, a "participação" conduz à incerteza quanto a se as partes estão ou não agindo de acordo com o princípio *arm's length*.

4.3.1.11 O texto do artigo 9º da Convenção-Modelo da OCDE não indica se a ordem da lista é relevante (direção, controle ou capital), uma vez que direção, controle e capital são conceitos que não se excluem (uma pessoa pode ter uma participação na direção, controle e capital, bem como na direção, controle ou capital).

4.3.1.12 Por outro lado, é fato que uma participação na direção provavelmente indicará que as empresas não agirão *at arm's length*, enquanto duas companhias podem ainda agir de acordo com tal princípio se a mesma pessoa tem uma participação minoritária em ambos os capitais, mas não tem qualquer grau de influência em sua direção.

4.3.1.13 Deste modo, considerando que o princípio *arm's length* fornece as linhas de interpretação da noção de empresas associadas, pode-se considerar que deve haver alguma importância na ordem apresentada pelo artigo 9º da Convenção-Modelo da OCDE, uma vez que quanto mais próxima uma pessoa está da direção, tanto maior é a possibilidade de haver alguma influência nas práticas da companhia. Levando em consideração que companhias agindo de acordo com o princípio *arm's length* ajustam seus preços de acordo com a influência do mercado, pode-se concluir que a "participação" deve ser suficiente para mover a companhia de uma decisão meramente baseada no mercado.

4.3.1.14 A circunstância de as noções de capital, direção e controle não estarem definidas no parágrafo 1º do artigo 9º da Convenção-Modelo da OCDE conduz à análise do parágrafo 2º do artigo 3º, que se refere a "termos não definidos", os quais devem ser interpretados de acordo com as leis internas do Estado Contratante aplicador do tratado, a não ser que o contexto exija uma interpretação diversa.

4.3.1.15 O Estado Contratante aplicador do tratado é o único que pretende ajustar o lucro da companhia devido a uma prática desconforme ao princípio *arm's length* (ajuste primário); caso o tratado forneça ajustes correlatos (parágrafo 2º do artigo 9º), estes seriam feitos pelo outro Estado Contratante se o primeiro Estado Contratante tivesse feito ajustes de acordo com o tratado. Isso leva à conclusão de que o parágrafo 1º do artigo 9º será sempre aplicado pelo Estado onde a companhia sujeita ao ajuste primário é residente. O parágrafo 2º do artigo 3º conduz, assim, a uma qualificação de acordo com a lei do referido Estado aplicador¹⁰⁰.

4.3.1.16 Contudo, o contexto, aqui, tem uma regra muito importante, uma vez que a noção interna não deve prevalecer quando conduz à inclusão, na noção de empresas associadas, de companhias que necessariamente agem de acordo com princípio *arm's length*. É importante enfatizar que o contexto do tratado não pode alargar uma noção inserida no direito interno, mas apenas restringi-la. Em outras palavras: se o direito interno tem uma noção restrita de participação no capital, direção ou controle, o contexto do artigo 9º da Convenção-Modelo da OCDE não pode ser empregado de maneira a desviar-se de tal noção. A Convenção pode ser restringida, nunca alargada.

4.3.1.17 Além disso, pode-se notar que o parágrafo 2º do artigo 3º não é uma cláusula geral de reenvio, uma vez que não se refere à aplicação da lei interna como um todo, mas principalmente à lei daquele Estado para fins dos tributos que esta Convenção aplica.

4.3.2 "Participação na direção" não é uma definição autoexplicativa. Pode ser interpretada de maneira ampla, uma vez que as sociedades serão empresas associadas se uma participar direta ou indiretamente na direção da outra (ou se as mesmas pessoas participarem direta ou indiretamente na direção de ambas as sociedades). Se uma simples participação indireta já é suficiente, duas empresas podem ser consideradas como associadas mesmo se não possuírem diretores "diretos" comuns, mas apenas uma pessoa que somente indiretamente participa de uma ou ambas as diretorias.

4.3.2.1 Diretores ligados por relações familiares, ou mesmo membros comuns de organizações, círculos ou grupos de interesses podem ser considerados como indícios de uma associação, se estas ligações forem suficientes para uma pessoa ter influência em ambas as diretorias.

¹⁰⁰ Cf. David Ward, "Interpretation of Tax Treaties", *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 1986, pp. 75-77; John Avery Jones et. al., "The Interpretation of Tax Treaties with Particular Reference to Article 3 (2) of the OCDE Model", *British Tax Review* 14 e 90, 1984, pp. 48-54, e em "Article 3 (2) of the OCDE Model Convention and the Commentary to It: Treaty Interpretation", *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 1993, p. 252.

4.3.2.2 Dessa maneira, não é relevante quão próximos os diretores estão relacionados, mas o quanto uma pessoa pode influir (diretamente ou não) nas diretorias das duas empresas.

4.3.2.3 A noção de “direção” também não é autoexplicativa. Contudo, uma vez empregada no contexto do princípio *arm's length*, pode-se concluir que não corresponde a um nível no qual a pessoa não exerça influência na política de preços da companhia. Em outras palavras: o “contexto” do tratado não permitiria a inclusão, na noção de “direção”, de pessoas que não exerçam influência nas decisões da companhia, mesmo que o direito interno apresente uma noção mais flexível.

4.3.2.4 Isso significa, no entanto, que não apenas Diretores do Conselho de Administração das empresas precisam ser considerados como parte da “direção”. Caso o direito tributário interno forneça um conceito mais amplo de direção, então mesmo acionistas menores, que tenham poder e competência para influenciar nas decisões e condutas da empresa em suas transações controladas, podem ser considerados “diretores”.

4.3.2.5 Novamente, o princípio *arm's length* será relevante, uma vez que a possibilidade de incluir uma pessoa no conceito de “direção” será diretamente determinada pelo grau de influência que essa pessoa tenha na política de preços da companhia.

4.3.2.6 Por outro lado, a referida noção pode mostrar que mesmo um membro do topo da diretoria pode não se enquadrar na “direção”, se existirem evidências suficientes de que ele não tenha influência na política de preços da companhia. Por exemplo, caso uma determinada companhia atue em duas linhas independentes de produção, sem influência recíproca (por exemplo, no Brasil, há uma indústria que atua nos ramos farmacêutico e de revestimento), o diretor responsável pela produção em uma linha pode não ter qualquer influência na política de preços referente aos produtos da outra linha. Obviamente, esta conclusão depende de análise individualizada, uma vez que se deve examinar, por exemplo, se há reuniões de diretoria regulares, nas quais geralmente este tipo de questão é levantada.

4.3.2.7 É bastante improvável que o fato de duas empresas terem o mesmo Conselho Fiscal possa ser considerado suficiente para caracterizar uma direção comum, mesmo que os auditores tenham poder para afetar diversas decisões de ambas.

4.3.2.8 É importante enfatizar que não há uma resposta geral, sendo necessária uma análise que se realiza caso a caso, na qual, depois de interpretada a noção dada pelo direito tributário interno, será dada importância também para a capacidade da pessoa de influenciar as decisões referentes aos preços, direta ou indiretamente.

4.3.3 Participação no capital não é uma categoria quantitativa. Deter participação no capital significa que houve contribuição para o capital da

companhia. Uma pessoa participa do capital se é acionista ou quotista da companhia. Debenturistas não participam do capital da companhia, mesmo se possuírem direito a voto ou direito de participação nos lucros. Sócios que não contribuem para o capital da companhia dele não participam.

4.3.3.1 A participação no capital não necessariamente inclui direito a voto. Diversas leis internas falam de ações sem direito a voto. Se “participação no capital” incluísse a participação sem direito a voto, isso provavelmente conduziria a um resultado contrário ao princípio *arm's length*.

4.3.3.2 Teoricamente, contudo, pode-se conceber que uma participação sem direito a voto seja suficiente para caracterizar uma influência relevante, se a companhia depender de contribuições feitas pelo acionista para continuar suas atividades. Nesse caso, a “participação” estaria caracterizada.

4.3.4 A participação no controle não necessariamente inclui direito a voto ou participação no capital. Embora, como regra, uma participação no controle se caracterize como uma permanente maioria de votos, o conceito interno não pode contrariar o conceito do tratado se este concebe uma participação no controle sem participação no capital.

4.3.4.1 Seria o caso, por exemplo, de uma companhia na qual um ou mais sócios não contribuem com seu capital, mas com sua técnica e trabalho, de tal maneira que a empresa dependa de tal *know-how* para sobreviver.

4.3.4.2 Mais uma vez, deve-se atentar para o grau de influência que a pessoa tem na política de preços da companhia. Caso esta seja determinada pelas forças do mercado, não se pode julgar que há associação. Contudo, uma participação no controle geralmente indica grau suficiente de influência nas regras de *transfer pricing* a serem aplicadas.

4.3.4.3 No caso de um *trust* irrevogável, no qual o *trustee* goza de maior discricionariedade, contanto que o *settlor* não tenha nenhum direito ou poder para influenciar e afetar a vida negocial da companhia, não se diz que ocorre associação.

4.3.4.4 O ordenamento jurídico brasileiro reduz a noção de controle ao societário, que, de acordo com o artigo 2º, parágrafo 1º, I, da IN nº 243/02, ocorre “quando uma mesma pessoa física ou jurídica, independentemente da localidade de sua residência ou domicílio, seja titular de direitos de sócio em cada uma das referidas empresas, que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais daquelas e o poder de eleger a maioria dos seus administradores”.

4.3.4.5 “Participação” significa que se toma parte em algo. Não significa, necessariamente, que se age sozinho. Adicionalmente, mesmo se o controle é dividido por um grupo de pessoas, vinculadas por acordos de quotistas, por exemplo, cada parte em tais acordos terá uma “participação” no controle.

4.3.4.6 A Convenção-Modelo da OCDE, seus Comentários e os *Guidelines* não definem "controle". Pode-se aplicar o conceito do direito interno, desde que este se inclua no contexto amplo do artigo 9º. Qualquer forma de controle prevista pelo direito interno deve ser aceita, desde que em conformidade com o escopo do artigo 9º, isto é, que seja suficiente para evidenciar qualquer grau de influência na política de preços da companhia.

4.3.4.7 Se o direito tributário nacional fornece um conceito amplo de controle, incluindo uma noção contratualista (e.g.: *franchising*, licença de propriedade intelectual, fonte monopolista, único cliente/comprador etc.) ou um controle de crédito, esse conceito deverá necessariamente ser confrontado com o contexto do artigo 9º da Convenção-Modelo da OCDE. Se há influência nas decisões dos preços a serem adotados pela companhia, então o controle poderá ser confirmado.

4.3.4.8 Caso duas empresas participem no capital ou na direção de uma terceira empresa, não se têm configurados indícios suficientes para caracterizar uma associação entre as duas primeiras empresas. Obviamente, a empresa alvo será associada a ambas as companhias. Entretanto, se uma análise caso a caso evidenciar que empresas conjuntamente participantes na empresa alvo acordaram seus preços recíprocos baseados nos preços ou outros fatores garantidos pela empresa alvo para uma ou ambas, então a associação existirá. O mesmo se aplicará para um projeto de *joint venture*.

4.3.5 Enquanto a Convenção-Modelo da OCDE refere-se a empresas associadas, as regras brasileiras internas acerca de preços de transferência empregam um conceito de "partes vinculadas". As noções não são necessariamente coincidentes. Isso significa que podem ocorrer casos em que o direito interno brasileiro prevê um ajuste (devido à caracterização de partes vinculadas), que, no entanto, não será contemplado no tratado internacional (devido à falta de empresas associadas).

4.3.5.1 Os ajustes de preços de transferência requeridos pela Lei nº 9.430/96 são aplicáveis somente para transações entre partes vinculadas. O artigo 23 da dita lei define quais partes não residentes são vinculadas a uma companhia sujeita aos tributos brasileiros.

4.3.5.2 Os incisos III a VI do referido artigo incluem entre as pessoas vinculadas aquelas ligadas por laços societários ou administrativos, na seguinte dicção:

"Art. 23. Para efeitos dos arts. 18 a 22, será considerada vinculada à pessoa jurídica domiciliada no Brasil:

(...)

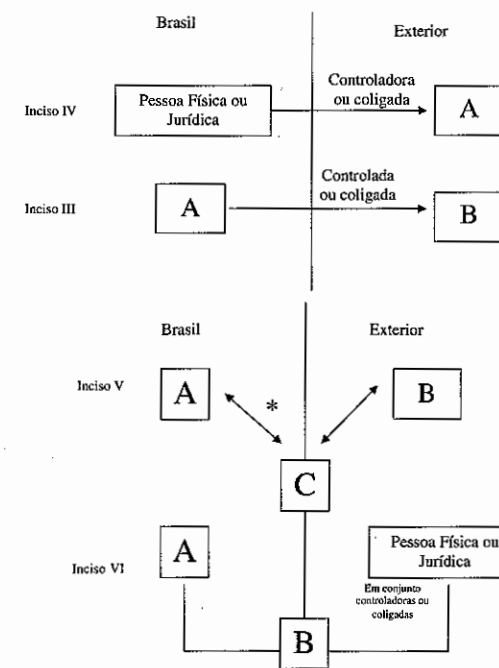
III - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, cuja participação societária no seu capital social a caracterize como controladora ou coligada, na forma definida nos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976;

IV - a pessoa jurídica domiciliada no exterior que seja caracterizada como sua controlada ou coligada, na forma definida nos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976;

V - a pessoa jurídica domiciliada no exterior, quando esta e a empresa domiciliada no Brasil estiverem sob controle societário ou administrativo comum ou quando pelo menos dez por cento do capital social de cada uma pertencer a uma mesma pessoa física ou jurídica;

VI - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que, em conjunto com a pessoa jurídica domiciliada no Brasil, tiver participação societária no capital social de uma terceira pessoa jurídica, cuja soma as caracterizem como controladoras ou coligadas desta, na forma definida nos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976; (...)"

4.3.5.3 Para melhor ilustrar as situações explanadas nos incisos supracitados, vejamos os quadros abaixo:



* Controle Societário ou Administrativo ou, no mínimo, 10% do capital social de qualquer uma.

4.3.5.4 Excetuado o caso do inciso V, acima, os demais versam sobre relações de controle ou coligação, baseadas na legislação societária. O referido inciso V inclui, como alternativa à relação societária, o controle administrativo comum¹⁰¹. Não estando esta última relação jurídica estabelecida em lei, o Secretário da Receita Federal, já por meio da IN nº 38/97, esclareceu, no inciso II do parágrafo 1º do artigo 2º, que a empresa domiciliada no Brasil e a domiciliada no exterior estão sob controle administrativo comum, quando “(a) o cargo de presidente do conselho de administração ou de diretor-presidente de ambas tenha por titular a mesma pessoa; (b) o cargo de presidente do conselho de administração de uma e o de diretor-presidente de outra sejam exercidos pela mesma pessoa; (c) uma mesma pessoa exercer cargo de direção, com poder de decisão, em ambas as empresas”, dispositivos mantidos nos artigos de mesmo número nas INs nº 32/01, nº 243/02 e nº 1.312/12. Parece claro que a última hipótese engloba e dispensa as duas primeiras, já que se uma pessoa exerce o cargo de diretor-presidente, mas não tem poder de decisão, não cabe falar em controle administrativo.

4.3.5.5 As hipóteses descritas acima parecem encaixar-se no conceito adotado pela OCDE em seu modelo de acordo de bitributação, quando trata das “empresas associadas”, conforme descrito pelo artigo 9º, referido anteriormente.

4.3.5.6 Note-se, aqui, conforme já foi esclarecido, que no conceito da OCDE admite-se a associação não só pela participação no controle, mas por mera participação no capital, sem qualquer referência ao montante. Este conceito é, nesse sentido, mais amplo que o do legislador brasileiro, o qual, referindo-se à coligação, extraída do direito societário, pressupõe uma participação mínima de 10% no capital social.

4.3.5.7 Companhias associadas devido a participação equivalente ou direção comum são também consideradas partes vinculadas. A lei brasileira de preços de transferência refere-se expressamente à noção de participação no capital e controle definida no estatuto da companhia. Isso inclui companhias detendo pelo menos 10% do capital de outra companhia, além de companhias sob um mesmo controle corporativo ou de direção. Considera-se um controle de direção comum quando a mesma pessoa tem poderes de decisão em ambas as companhias.

¹⁰¹ Conforme o Acórdão nº 16-25.512, de 01/06/10, da 5ª Turma da DRJ/SP: “Consideram-se vinculadas à pessoa jurídica domiciliada no Brasil, e, portanto, sujeitas ao controle dos preços de transferência, a pessoa jurídica domiciliada no exterior, quando esta e a empresa domiciliada no Brasil estiverem sob controle administrativo comum ou quando pelo menos dez por cento do capital social de cada uma pertencer a uma mesma pessoa física ou jurídica.”

4.3.5.8 O critério quantitativo não está em discordância com o parágrafo 1º do artigo 9º da Convenção-Modelo da OCDE. Contudo, como qualquer outro conceito de direito interno, necessita ser confrontado com o contexto do artigo 9º da Convenção-Modelo da OCDE: é sempre relevante verificar se existe influência suficiente para intervir na política de preços da companhia. Afinal, como lembra o “Manual Prático” da ONU, não surpreende o fato de não haver referência a um percentual mínimo de participação se as questões de preços de transferência são relevantes apenas se tiverem sido estabelecidas condições especiais entre as partes contratantes¹⁰².

4.3.5.9 Por outro lado, o critério quantitativo serve como um *safe harbour*, visto que uma participação minoritária que não caracterize uma participação no capital de acordo com o direito interno evitaria maiores questionamentos baseados no parágrafo 1º do artigo 9º da Convenção-Modelo da OCDE. Uma vez que o tratado não apresente uma noção de participação no capital, a noção interna será relevante; esta poderá ser restringida pelo contexto do parágrafo 1º do artigo 9º, mas jamais ampliada.

4.3.5.10 Também as companhias não vinculadas que se relacionam em um empreendimento específico (consórcio), ou companhias coproprietárias de qualquer bem, poderão ser consideradas partes vinculadas, conforme será explicitado em ponto adiante. Apesar de não estar expresso claramente na Lei nº 9.430/96, não haveria sentido em considerar associadas as ditas companhias para negócios que não se refiram à copropriedade ou ao *joint venture*.

4.3.5.11 Qualquer indivíduo não residente que é parente até terceiro grau ou cônjuge de diretor ou administrador ou é direta, ou indiretamente sócio-controlador ou quotista, será considerado parte vinculada à companhia para efeitos de preços de transferência.

4.3.5.12 Apesar de não ter interesses igualitários, um não residente agente exclusivo, distribuidor ou encarregado da compra e venda de bens, serviços ou direitos da companhia, será também considerado parte vinculada. Neste caso, as regras de preços de transferência devem ser aplicadas somente às transações envolvendo os ditos bens, serviços ou direitos.

4.3.5.13 Na hipótese de a companhia manter qualquer relacionamento comercial com indivíduos ou companhias em países com tributação favorável (países que não tributam as importações ou que limitam a tributação a um teto inferior a 20%) ou Regime Fiscal Privilegiado, então tais indivíduos ou companhias serão considerados partes vinculadas.

¹⁰² Cf. United Nations, *UN Practical Manual for Developing Countries*, Capítulo 3, parágrafo 3.2.1 (atualizado até outubro de 2012), disponível em http://www.un.org/esa/ffd/tax/documents/bgrd_tp.htm.

4.3.5.14 O parágrafo 5º do artigo 2º da IN nº 1.312/12 estende a aplicação das regras de preços de transferência para transações efetuadas mediante desígnios considerados não relacionados à companhia no Brasil, e pelos quais a companhia opera com outra companhia no exterior que é uma parte vinculada. Essa extensão não é coberta pela Lei nº 9.430/96, podendo ser contestada pelo contribuinte.

4.3.6 Também o direito alemão conhece a aplicação das normas de *transfer pricing* para o caso de participações societárias diretas ou indiretas. Em vez de fazer referência a percentuais, as normas referentes à distribuição disfarçada de lucros e à capitalização disfarçada optam por tratar de uma participação relevante, direta ou indireta (*wesentliche Beteiligung*)¹⁰³. Dependendo da situação concreta, entretanto, pode-se estar diante de caso que não seja regulado por aqueles estatutos, aplicando-se, nessas situações, a lei de tributação internacional (*Aussensteuergesetz*). Para as referidas hipóteses, sim, o parágrafo 1º da mesma lei define qual o tipo de relacionamento empresarial considerado relevante, fazendo referência tanto à grandeza da participação (controle ou participação de pelo menos 25%) como ao relacionamento externo da empresa (existência de canais de influência, ou identidade de interesses - ainda que parcial - entre as partes)¹⁰⁴.

4.3.6.1 Na França, o artigo 57 do Código Geral de Impostos não define o que seriam empresas associadas, determinando a aplicação das normas de preço de transferência - excetuados os casos de paraísos fiscais - na determinação do imposto de renda devido pelas empresas que estão sob a dependência ou que possuem o controle de empresas situadas fora da França. A Administração expressou entendimento de que uma empresa francesa se entende controlada por uma empresa estrangeira quando (i) a última detém uma parte preponderante das ações da empresa francesa ou (ii) quando ela detém a maioria absoluta dos direitos de voto nas assembleias gerais ou, (iii) quando, diretamente ou por meio de pessoas intermediárias, ela exerce funções com poder de decisão na companhia francesa¹⁰⁵.

4.3.6.2 Vale notar, outrossim, que a par do controle societário, o legislador francês - indo além do caso brasileiro - cogitou do controle "de fato", apurado caso a caso. A título de exemplo, cita-se o caso da empresa francesa que, durante seus primeiros anos de existência, recebeu empréstimos substanciais de uma empresa estrangeira, sem os quais ela não poderia

¹⁰³ Cf. a Circular do Ministério das Finanças, *op. cit.* (nota 66), item 1.3.2.2.

¹⁰⁴ Cf. Friedhelm Jacob, "Transfer Pricing in Germany", *The Tax Treatment of Transfer Pricing*, Amsterdã: International Bureau of Fiscal Documentation, folhas soltas, edição original, 1987, pp. Germany 11-12.

¹⁰⁵ Doc. Adm. FE 4 A 1211, No. 3, *apud* J. C. Goldsmith, *op. cit.* (nota 74), p. France 20.

operar. O objeto da empresa francesa era exclusivamente a exploração de patentes e outros processos pertencentes à empresa estrangeira, que tinha o poder de controlar com regularidade suas atividades e registros financeiros. Naquelas circunstâncias, entendeu-se haver controle "de fato", nos termos da legislação daquele país¹⁰⁶.

4.3.6.3 Também o Japão adota - a par de outras hipóteses de associação - o critério societário como um dos meios para definir empresas associadas, assim se encontrando as empresas quando uma detiver, direta ou indiretamente, mais da metade dos direitos de sócios na outra, ou quando uma mesma pessoa detiver, direta ou indiretamente, mais da metade dos direitos de voto nas duas empresas¹⁰⁷.

4.3.6.4 Nos Estados Unidos, a seção 482 do Código refere-se ao caso de "two or more organizations, trades, or businesses owned or controlled directly or indirectly by the same interests". Trata-se, pois, de norma de alcance largo, que visa a cobrir qualquer estrutura comercial entre empresas sob propriedade ou controle comum. A regulamentação estende ainda mais a norma, quando afirma que por controle se deve entender "any kind of control, direct or indirect, whether legally enforceable, and however exercisable or exercised"¹⁰⁸.

4.3.6.5 No caso italiano, encontra-se, por vezes, a expressão "controle" (nos artigos 53 e 56 do Decreto do Presidente da República nº 597 e no Texto Único) e por outras a expressão "influência dominante" (no artigo 75 do Decreto do Presidente da República nº 597, segundo as alterações introduzidas em 1980). Tendo em vista que "influência dominante" poderia ser considerada algo mais amplo que "controle", Villani trata de dissipar as dúvidas que poderiam surgir, sustentando que, na linguagem tributária, os dois termos são intercambiáveis, utilizando um conceito quase de "senso comum", qualificado pela predominância de uma sociedade sobre a outra¹⁰⁹. Na visão das autoridades tributárias italianas, que dão ao tema um tratamento econômico, o controle a que se refere o legislador deve incluir todas as instâncias de influência econômica efetiva ou potencial¹¹⁰. Vê-se, assim, que o fundamental no conceito italiano é a questão do controle. Assim, tem-se, conforme a observação de Villani, que o conceito italiano seria mais restrito que aquele permitido pela Convenção-Modelo da OCDE, já que esta não apenas se refere a empresas associadas por meio do contro-

¹⁰⁶ Cf. J. C. Goldsmith, *op. cit.* (nota 74), p. France 22.

¹⁰⁷ Cf. Toshio Miyatake, *op. cit.* (nota 75), p. Japan 18.

¹⁰⁸ Cf. Reg. § 1.482-1(i)(1), (2).

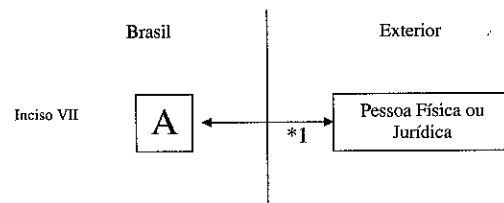
¹⁰⁹ Cf. Piero Villani, *op. cit.* (nota 62), pp. 31-32.

¹¹⁰ Cf. Guglielmo Maisto, *op. cit.* (nota 61), p. Italy 11.

le, mas também pela mera participação no capital, sem qualquer referência a este¹¹¹.

Consórcio ou Condomínio

4.4 O inciso VII do artigo 23 da Lei nº 9.430/96 inclui entre os casos de pessoas vinculadas, “a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que seja sua associada, na forma de consórcio ou condomínio, conforme definido na legislação brasileira, em qualquer empreendimento”. O parágrafo 2º do artigo 2º da IN nº 38/97 (mantido nas INs nº 32/01, nº 243/02 e nº 1.312/12) limita no tempo a hipótese de vínculo ao “período de duração do consórcio ou condomínio no qual ocorrer a associação”. É como podemos ver pelo seguinte quadro:



*1 Associada na forma de consórcio ou condomínio, na forma da legislação brasileira, em qualquer empreendimento.

4.4.1 De início vale notar que uma vez confirmado o vínculo, os textos normativos parecem não limitar a análise dos preços de transferência às transações direta ou indiretamente relacionadas com o consórcio¹¹² ou condomínio que provocou o vínculo, estendendo-se a todas as transações entre as empresas. Este entendimento seria, à toda vista, contrário à sistemática de *transfer pricing*, já que não haveria sentido em se limitar, para fins tributários, os efeitos econômicos de transações efetuadas entre empresas sem qualquer vínculo, simplesmente porque num determinado empreendimento têm elas interesses comerciais comuns.

4.4.2 Com efeito, a inclusão dos consórcios e condomínios entre as hipóteses de pessoas vinculadas parece revelar a preocupação do legislador em reconhecer a evolução do conceito de sociedade no direito privado,

¹¹¹ Cf. Piero Villani, *op. cit.* (nota 62), p. 35.

¹¹² Embora a Lei nº 9.430/96 inclua os consórcios no rol de pessoas vinculadas, na Solução de Consulta COSIT nº 207, de 26/07/01, decidiu-se que não se aplicam as regras de preços de transferência à determinação da proporção de receita atribuída às duas consorciadas, nacional e estrangeira, “eis que entre elas não haverá operação de importação, exportação ou aquisição, aplicando-se, apenas, as regras gerais relativas à distribuição disfarçada de lucros”.

onde já é próprio falar em “sociedades de segundo grau”. Neste sentido, tratando-se de verdadeiras sociedades, não há como criticar sua inclusão entre as pessoas vinculadas.

4.4.3 Ao mesmo tempo, a referência do legislador à definição de consórcio, efetuada pela legislação brasileira, revela que seu escopo não foi alcançar qualquer transação entre as pessoas jurídicas. Assim, o consórcio se define no artigo 278 da Lei das Sociedades Anônimas por meio de seu objeto: *executar determinado empreendimento*, esclarecendo o parágrafo 1º da mesma norma que “o consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato”. Ora, se o consórcio, por definição legal, limita-se a determinado empreendimento, apenas em torno deste é que se pode entender existir uma sociedade (de segundo grau) entre as consorciadas, não parecendo possível, daí, estender a disciplina dos preços de transferência a outras relações entre as empresas, que nada tenham a ver com o empreendimento comum.

4.4.4 Quanto ao condomínio, é este regulado pelos artigos 1.314 a 1.358 do Código Civil e, assim como o consórcio, apenas justifica a aplicação da disciplina dos preços de transferência nos estritos limites da copropriedade. Neste ponto, não se pode deixar de mencionar que andou mal o legislador, já que, diferentemente do consórcio, o condomínio não configura sociedade de qualquer espécie, pela inexistência, entre os condôminos, do *animus societatis*. A medida só se justifica pelo excesso de zelo do legislador, temendo que por trás do condomínio se encontre sociedade de fato, esta sim passível de disciplina de preços de transferência. Neste sentido, também aqui deve ser limitada a disciplina dos preços de transferência às transações que envolvam a copropriedade.

4.4.5 Na Itália também encontramos a referência aos consórcios como hipótese de vínculo entre pessoas jurídicas, mas apenas quando, juntamente com os casos de cartéis, visam à fixação de preços¹¹³.

4.4.6 Hipótese semelhante existe na Espanha, onde, entretanto, em lugar de se falar em consórcio, fala-se em duas entidades que fazem parte de um grupo tributado no regime de grupo cooperativo, conforme as leis daquele país¹¹⁴.

Parentes, Cônjuges e Companheiros

4.5 Versa o inciso VIII do artigo 23 da Lei nº 9.430/96 sobre o caso da “pessoa física residente no exterior que for parente ou afim até o terceiro

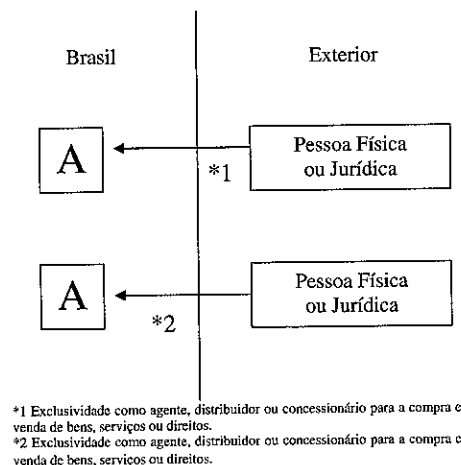
¹¹³ Cf. Maisto, *op. cit.* (nota 61), p. Italy 11.

¹¹⁴ Cf. Antonio Pagés, “Transfer Pricing in Spain”, *The Tax Treatment of Transfer Pricing*, Amsterdã: International Bureau of Fiscal Documentation, folhas soltas, suplemento nº 19, novembro, 1996, p. Spain 17.

4.5.6 Na Índia, a referência ao parentesco inclui o marido, a mulher, o irmão ou irmã ou qualquer ancestral ou descendente da pessoa física que tem interesse na empresa¹²⁰.

Agentes e Distribuidores

4.6 Os incisos IX e X do artigo 23 da Lei nº 9.430/96 tratam dos casos de vínculos contratuais com força suficiente para o legislador entender necessário o exame dos preços de transferência entre suas relações: trata-se dos casos em que a pessoa física ou jurídica residente no exterior goza (ou em relação à qual a empresa brasileira goza) de exclusividade, como agente, distribuidora ou concessionária, para a compra e venda de bens, serviços ou direitos¹²¹. O quadro abaixo ilustra a situação:



4.6.1 O alcance do texto legal é limitado pelo parágrafo 4º do artigo 2º da IN nº 38/97 e também das INs nº 32/01, nº 243/02 e nº 1.312/12, esclarecendo que:

¹²⁰ Cf. Aliff Fazlboy, "Transfer Pricing in India", *The Tax Treatment of Transfer Pricing*, Amsterdã: International Bureau of Fiscal Documentation, folhas soltas, suplemento nº 19, novembro, 1996, p. Índia 9.

¹²¹ Cf., nesse sentido, Solução de Consulta COSIT nº 06, de 21/05/03. De acordo com a referida solução de consulta, "a exclusividade será constatada por meio de contrato escrito ou, na inexistência deste, pela prática de operações comerciais, relacionadas a um tipo de bem, serviço ou direito, efetuadas exclusivamente entre as duas empresas ou exclusivamente por intermédio de uma delas".

"I - a vinculação somente se aplica em relação às operações com os bens, serviços ou direitos para os quais se constatar a exclusividade;

II - será considerado distribuidor ou concessionário exclusivo, a pessoa física ou jurídica titular desse direito relativamente a uma parte ou a todo o território do país, inclusive do Brasil;

III - a exclusividade será constatada por meio de contrato escrito ou, na inexistência deste, pela prática de operações comerciais, relacionadas a um tipo de bem, serviço ou direito, efetuadas exclusivamente entre as duas empresas ou exclusivamente por intermédio de uma delas."

4.6.2 Diferentemente do caso dos consórcios, onde se via a existência de um vínculo societário (posto que de segundo grau) a justificar a inclusão da hipótese entre os casos de empresas associadas, vê-se que aqui inexistem qualquer tipo de sociedade a permitir se considerem as empresas associadas. É certo que empresas ligadas por vínculos de distribuição têm um interesse comercial comum¹²². Diversamente, entretanto, do consórcio, onde este vínculo encontra-se no empreendimento - daí uma divisão de lucros -, na distribuição a coincidência de interesses se encontra exclusivamente no sucesso do produto; no que tange aos lucros, propriamente ditos, há verdadeiro conflito de interesses, inexistindo razão para se pressupor que - afastados os casos de simulação, já regidos por outras normas tributárias - o preço fixado entre as partes tenha sido originado por razões diversas do mercado. Se o distribuidor obtém condições vantajosas, estas decorrem não de seu relacionamento (societário) com seu fornecedor, mas da garantia de compras mínimas e dos esforços para o desenvolvimento do produto e do mercado.

4.6.2.1 Aliás, o fato de que os preços se influenciam em função de quantidades negociadas ou das obrigações de promoção, junto ao público, do bem, serviço ou direito, entre outras, foi reconhecido pelas próprias autoridades tributárias quando, destrinchando o princípio *arm's length*, reconheceram, no artigo 6º da IN nº 38/97, serem os referidos fatores normais ao mercado (e, portanto, não decorrentes da associação entre as empresas). Tal disposição foi mantida nas instruções normativas posteriores (INs nº 32/01, nº 243/02 e nº 1.312/12), em seus artigos 8º e 5º, respectivamente.

¹²² Como exemplo, o Acórdão nº 12-7.704, de 30/05/05, da 9ª Turma da DRJ/RJ, considerou que os contratos de exclusividade de licenciamento de direitos de exibição de filmes em canal de TV paga, lavrados entre empresa brasileira licenciada e empresa estrangeira licenciante, implicam vinculação entre tais partes, de modo que os juros decorrentes destas avenças estão sujeitos às normas de preços de transferência.

Paraísos Fiscais

4.7 Há que se fazer referência aos artigos 24, 24-A e 24-B da Lei nº 9.430/96, os quais, abrindo mão do conceito de pessoas vinculadas (critério subjetivo), substituíram-no por um critério territorial, entendendo aplicáveis as normas de *transfer pricing* às “operações efetuadas por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, com qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada, residente ou domiciliada em país que não tribute a renda ou que a tribute a alíquota máxima inferior a vinte por cento”¹²³, bem como às operações realizadas em regimes fiscais privilegiados.

4.7.1 Ampliando pela primeira vez o artigo 24 da Lei nº 9.430/96, o artigo 4º da Lei nº 10.451/02 estabeleceu que as normas de *transfer pricing* aplicam-se “também, às operações efetuadas por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, com qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada, residente ou domiciliada em país ou dependência cuja legislação interna oponha sigilo relativo à composição societária de pessoas jurídicas ou à sua titularidade”. O artigo citado apenas pode ser aplicado a partir de janeiro de 2003, uma vez que importa necessariamente majoração da base de cálculo do imposto de renda em situações não previstas na lei anterior (princípio da anterioridade).

4.7.1.1 Em junho de 2008, a Lei nº 11.727/08 veio a alterar novamente a disciplina dos chamados paraísos fiscais, com a inserção de um parágrafo 4º ao artigo 24 da Lei nº 9.430/96, bem como dos artigos 24-A e 24-B à referida lei.

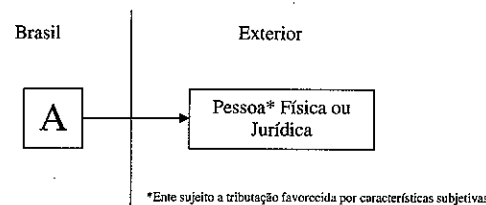
4.7.1.2 De acordo com o novo parágrafo 4º do artigo 24, considera-se também como país ou dependência com tributação favorecida aquele cuja legislação não permita o acesso a informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas, à sua titularidade ou à identificação do beneficiário efetivo de rendimentos atribuídos a não residentes. Até então, inexistia na legislação brasileira que trata dos paraísos fiscais qualquer referência à identificação do beneficiário efetivo dos rendimentos.

4.7.1.3 Já o *caput* do artigo 24-A da Lei nº 9.430/96 determina que as regras de preços de transferência também se aplicam “às operações realizadas em regime fiscal privilegiado”, ainda que com pessoa física ou jurídica não vinculada. Para fins desse dispositivo, regime fiscal privilegiado é aquele que preenche pelo menos um dos seguintes requisitos:

- i) não tributa a renda ou a tributa à alíquota máxima inferior a 20%;
- ii) concede vantagem de natureza fiscal a pessoa física ou jurídica não residente sem exigência de realização de atividade econômica substantiva no país ou dependência, ou condicionada ao não exercício de atividade econômica substantiva;
- iii) não tributa os rendimentos auferidos fora de seu território, ou o faça em alíquota máxima inferior a 20%;
- iv) não permite o acesso a informações relativas à composição societária, titularidade de bens ou direitos ou às operações econômicas realizadas.

4.7.1.4 Por sua vez, o artigo 24-B passou a estabelecer que o percentual de 20%, mencionado nos artigos 24 e 24-A, que diz respeito à tributação mínima exigida para que não se considere determinada jurisdição ou regime como favorecido, poderá ser reduzido ou restabelecido por ato do Poder Executivo.

4.7.2 Para o cálculo da referida alíquota máxima de 20%, somam-se o imposto pago sobre o lucro na pessoa jurídica e na sua distribuição (artigo 37, parágrafo 3º, da IN nº 38/97, artigo 38, parágrafo 3º, da IN nº 32/01 e artigo 39, parágrafo 3º, da IN nº 243/02 e artigo 52, parágrafo 3º, da IN nº 1.312/12). Nos termos do parágrafo 1º do artigo 24 da Lei nº 9.430/96, o que importa para a definição do país com tributação favorecida é “a legislação tributária do referido país, aplicável às pessoas físicas ou às pessoas jurídicas, conforme a natureza do ente com o qual houver sido praticada a operação”. Assim, se o beneficiário do rendimento for uma pessoa jurídica sediada num determinado país, importa investigar qual a alíquota máxima que aquele país tributa as pessoas jurídicas contribuintes do seu imposto; a circunstância de a beneficiária do rendimento estar sujeita a uma alíquota mais baixa não caracteriza o país como entre aqueles com tributação favorecida. Se, por outro lado, a alíquota mais baixa for garantida em razão de características subjetivas do contribuinte, isto é, se a alíquota não se vincula às atividades do contribuinte, mas apenas a elementos que o caracterizam, então tal alíquota será relevante, já que estará vinculada à “natureza do ente”. Vejamos o quadro abaixo:



¹²³ Exemplos de decisões envolvendo paraísos fiscais podem ser encontrados no Acórdão nº 01-18.813 e no Acórdão nº 01-18.814, de 12/08/10, ambos da 1ª Turma da DRJ-Belém/PA, que estabelecem que “a importação efetuada através de países com tributação favorecida autoriza a aplicação dos ajustes relativos ao preço de transferência sobre o custo do produto importado na base de cálculo do IRPJ e da CSLL”.

4.7.3 A aplicação das regras de preços de transferência em transações com paraísos fiscais encontra paralelo na legislação francesa, onde se encontra a indedutibilidade dos juros e outras despesas, inclusive *royalties* e pagamentos por serviços, efetuados a residentes em um território estrangeiro, onde se submetem a um “regime fiscal privilegiado”, o qual se define como aquele onde não há tributação da renda ou onde a tributação é “notoriamente menos elevada que na França”¹²⁴. O artigo 57 do Código Geral de Impostos estende a disciplina dos preços de transferência a todas as transações com empresas estabelecidas em Estados com o referido regime fiscal privilegiado. No México, encontra-se também a previsão de operações com empresas situadas em países com baixa tributação; em lugar de uma aplicação inafastável dos preços de transferência, preferiu-se adotar uma presunção (admitida a prova em contrário) de que se trata de transação entre pessoas ligadas e de que os preços não se fizeram segundo práticas de mercado¹²⁵. Andou bem aquele legislador, já que permitiu ao contribuinte, em vez de provar a prática de preço de mercado (implicando a dolorosa via dos métodos previstos na legislação de *transfer pricing*), fazer demonstração de que não se tratou de transação com pessoa ligada.

4.7.4 É interessante notar a opção da lei brasileira pela adoção dos critérios acima, no lugar de simplesmente arrolarem-se listas de países que levariam a maior rigor na aplicação de normas de *transfer pricing* (e outros casos igualmente problemáticos, como legislação CFC e *thin capitalization*). Torna-se comum, na prática internacional, conforme relatam Arnold e Dibout, o “sistema de listas”, largamente utilizado no direito comparado, em oposição aos chamados “critérios objetivos”, onde a caracterização de uma jurisdição como de baixa tributação toma por base critérios fiscais (tais como a comparação de cargas tributárias ou alíquotas aplicáveis) ou não fiscais (e.g., ausência de acordos de bitributação ou de *disclosure* de informações societárias) a serem verificados à luz de cada caso¹²⁶.

4.7.4.1 Por se tratar, no mais das vezes, de países cuja carga tributária, por ser baixa ou mesmo inexistente, oferece amplas oportunidades de economia fiscal, é usual que a presença de determinada jurisdição nas referidas listas enseje maior retenção de imposto na fonte, aplicação de regras de CFC ou *thin capitalization*, entre outros efeitos fiscais¹²⁷. Correspondem, tais listas, ao que se conhece, no jargão internacional, por *black lists*.

¹²⁴ Cf. C.G.I., artigo 238-A.

¹²⁵ Cf. Alarcón *et al.*, *op. cit.* (nota 119), p. Mexico 28.

¹²⁶ Cf. Brian J. Arnold e Patrick Dibout, “General report”, *Cahiers de Droit Fiscal International - Limits on the Use of Low-tax Regimes by Multinational Businesses: Current Measures and Emerging Trends*, vol. LXXXVI b, Hague, International Fiscal Association, 2001.

¹²⁷ A este respeito, Huck lembra que foi apenas a partir da década de 1980 do século passado que os países, sentindo suas receitas serem abaladas, passaram a editar le-

4.7.4.2 Nota-se, a este respeito, a experiência da Espanha, onde o *Real Decreto* nº 1.080/91 apresenta as jurisdições consideradas como paraísos fiscais nos termos da legislação daquele país. Conforme relata Jiménez, se a subsidiária de uma empresa espanhola residir em jurisdição ali listada, os dividendos remetidos à matriz não farão jus à *participation exemption* vigente na Espanha; caso o país listado celebre um acordo para evitar a bitributação ou para a troca de informações fiscais com a Espanha, poderá ser retirado da *black list*¹²⁸.

4.7.4.3 Em Portugal, assinalam Câmara e Fernandes estar caracterizada uma “relação especial” - necessária para a aplicação das regras de *thin capitalization* -, nos termos do artigo 58, nº 4, do Código do Imposto sobre Rendimentos das Pessoas Colectivas, quando se tratar de transação com residente em jurisdição listada como regime tributário privilegiado em decreto baixado pelo Ministro da Fazenda¹²⁹.

4.7.4.4 Na Itália, o *Decreto Ministeriale del 21 novembre 2001* lista países e territórios cujo regime fiscal, por ser considerado “privilegiado” (*regime fiscale privilegiato*), enseja a aplicação das regras de CFC, que, nos termos do artigo 127-bis do regulamento do imposto de renda italiano, estabelece a atribuição automática do lucro obtido pela controlada no exterior à controladora na Itália, na proporção da participação detida pela última¹³⁰.

4.7.4.5 No mesmo sentido, noticia Zielke que a aplicação das regras CFC norueguesas tomam por base *black list* que, editada em bases anuais, apresenta as jurisdições consideradas como de baixa carga tributária¹³¹. Informa Honjo que, no Japão, a *black list* também foi o instrumento utilizado para se identificar as jurisdições de baixa tributação que levariam à aplicação das regras CFC até 1992, quando a legislação a abandonou e

gislação destinada a combater planejamentos tributários a partir de paraísos fiscais, impondo “custos e restrições aos contribuintes locais que transferissem operações, rendas ou recursos para tais países”. Cf. Hermes Marcelo Huck, *Evasão e Elisão - Rotas Nacionais e Internacionais do Planejamento Tributário*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 283.

¹²⁸ Cf. Adolfo J. Martín Jiménez, “Spain’s holding company regime”, *Bulletin for International Taxation*, Amsterdã, IBFD, março de 2005, p. 103.

¹²⁹ Cf. Francisco de Souza da Câmara e José Almeida Fernandes, “Thin Capitalization Rules”, *International Transfer Pricing Journal*, Amsterdã, IBFD, março/abril de 2007, pp. 120.

¹³⁰ Cf. Massimiliano Gazzo, “Italy’s CFC Legislation Implemented and Participation Exemption Extended”, *Bulletin for International Taxation*, Amsterdã, IBFD, fevereiro de 2002, pp. 77-78.

¹³¹ Cf. Rainer Zilke, “Scandinavian Countries as European Holding Company Locations - Denmark, Finland, Norway and Sweden Compared”, *Bulletin for International Taxation*, Amsterdã, IBFD, dezembro de 2012, p. 666.

passou a se fiar em critério (ter pelo menos 25% da renda tributada) a ser aferido casuisticamente¹³².

4.7.4.6 Especificamente em matéria de preços de transferência, pode ser citado o *Decreto Reglamentario* n° 1.037/00, na Argentina, que apresenta as jurisdições com tributação baixa ou inexistente, que dão azo à aplicação das regras de preços de transferência, ainda que inexistente qualquer vínculo entre as partes envolvidas; assim como no caso espanhol, o país poderá ser excluído da lista caso celebre, com a Argentina, tratado visando o intercâmbio de informações tributárias¹³³.

4.7.5 Quando se contrapõe tal experiência internacional ao texto legal brasileiro, surge, de imediato, o questionamento quanto ao acerto do legislador já que os critérios ali previstos, por exigirem conhecimento de legislações estrangeiras, facilmente se revelariam de difícil aplicação, acarretando insegurança jurídica. Possivelmente prevendo tal circunstância, houve por bem a Administração Tributária baixar, em fins de 1999, a IN n° 164, apresentando lista de “países ou dependências que não tributam a renda ou que a tributam à alíquota inferior a 20%”, logo ampliada pela IN n° 68/00. Nova relação de jurisdições foi apresentada pela IN n° 33/01, que revogou as duas normas anteriores. Esta, por sua vez, foi substituída pela IN n° 188/02 que, já levando em consideração o disposto no artigo 4° da Lei n° 10.451/02, relacionou não só os “países ou dependências que não tributam a renda ou que a tributam à alíquota inferior a 20%”, mas também aqueles “cuja legislação interna oponha sigilo relativo à composição societária de pessoas jurídicas ou à sua titularidade”. Por fim, editou-se, em junho de 2010, a IN n° 1.037, que, revogando a anterior, apresenta a atual relação de países com baixa carga tributária ou que não permitam *disclosure* de informações societárias, assim como aqueles tidos por “regimes fiscais privilegiados” à luz do artigo 24-A da Lei n° 9.430/96, ali incluído pela Lei n° 11.727/08.

4.7.5.1 A regulamentação do tema através das referidas listas editadas pelo Fisco desperta inquietação, conforme discutido no parágrafo 3.11 do Capítulo III desta obra. Inexiste, na lei, qualquer referência sobre o expediente. O texto das normas acima revela que a Administração Tributária entende exaustivas as listas. Essa indicação tem relevância prática já que, à luz do parágrafo único do artigo 100 do Código Tributário Nacional, permite crer que não haverá punição ao contribuinte que se fiar em tais listas.

¹³² Cf. Tasuku Honjo, “Trends in Tax Avoidance Provisions and Doctrines in Japan”, *Bulletin for International Taxation*, Amsterdã, IBFD, setembro/outubro de 2007, p. 434.

¹³³ Cf. Cecilia Goldemberg, “Transfer Pricing in Argentina”, *Bulletin for International Taxation*, Amsterdã, IBFD, agosto/setembro de 2005, p. 388.

4.7.5.2 O tema, entretanto, exige maior atenção quando se passa a indagar se seria possível que a Administração revisse seu entendimento, editando nova lista, com efeitos retroativos. Haveria imposto a recolher, retroativamente?

4.7.5.3 A questão traz repercussões relevantes. Basta ver, neste sentido, o caso da Suíça, que, conquanto originalmente listada no inciso LVIII do artigo 1° da IN n° 1.037/10, teve os efeitos de sua inclusão na *black list* brasileira suspensos pelo Ato Declaratório Executivo RFB n° 11/10, em razão de pedido de revisão apresentado pelo governo suíço. Poderia a Suíça, posto que ausente da lista, ser considerada pelas autoridades fiscais um “paraíso fiscal”? Seria razoável sustentar que o eventual retorno do referido país à *black list*, por majorar tributos (já que implicaria, entre outros efeitos, a sujeição de transações realizadas com o país às regras de preços de transferência), apenas teria efeitos no exercício seguinte em razão do princípio constitucional da anterioridade?

4.7.5.4 Na doutrina, há quem conclua pelo caráter exemplificativo da *black list*. É o que se vê, por exemplo, no raciocínio de Ana Cláudia Utumi, para quem não se pode atribuir à lista “natureza de taxatividade, eis que é em essência um ato administrativo, plenamente vinculado aos ditames da lei”¹³⁴.

4.7.5.5 Já Alberto Xavier vê, na *black list* brasileira, uma “enumeração taxativa”¹³⁵; reconhecendo ser esta “a praxe internacionalmente adotada pela grande generalidade dos países”, o referido autor assevera que ofenderia “os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da proteção de confiança colocar sobre os ombros do contribuinte o fardo da prova de leis estrangeiras, estendendo a estas a presunção de pleno conhecimento que os ordenamentos jurídicos estabelecem em relação às leis nacionais”¹³⁶.

4.7.5.6 Posição semelhante é partilhada por Marco Aurélio Greco e Sergio André Rocha, os quais entendem ser a taxatividade da lista “a melhor posição”, uma vez que atenderia aos reclames dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima do contribuinte, bem como da praticidade, “na medida em que a ausência da lista inviabilizaria a aplicação de tais regras pelos contribuintes e pelos próprios auditores

¹³⁴ Cf. Ana Cláudia Akie Utumi, “Países com Tributação Favorecida no Direito Brasileiro”, Heleno Taveira Tôres (coord.), *Direito Tributário Internacional Aplicado*, São Paulo, Quartier Latin, 2003, p. 236.

¹³⁵ Cf. Alberto Xavier, *Direito Tributário Internacional do Brasil*, Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 332.

¹³⁶ Cf. Alberto Xavier, Roberto Duque Estrada e Renata Emery, “Países com Tributação Favorecida e Regimes Fiscais Privilegiados”, *Revista Dialética de Direito Tributário* n° 168, São Paulo: Dialética, 2009, pp. 9-10.

fiscais, por faltar a identificação concreta dos casos nos quais se aplicaria¹³⁷⁻¹³⁸.

4.7.5.7 Nas ocasiões em que se manifestaram sobre o tema, as autoridades fiscais levaram a crer que a presença do país na *black list* é tida por condição necessária para a aplicação do tratamento tributário correspondente¹³⁹. Neste sentido, pode-se citar a Decisão nº 143, de 12 de junho de 2000, nos termos da qual “consideram-se países ou dependências com tributação favorecida apenas aqueles listados na Instrução Normativa SRF nº 164, de 23/12/1999”¹⁴⁰.

4.7.6 Parece acertado o entendimento pelo caráter exaustivo da *black list* editada pelas autoridades fiscais. É dizer, transações com países que não estejam presentes na lista não poderiam ser submetidas ao tratamento fiscal conferido aos paraísos fiscais, do mesmo modo que a eventual inclusão de determinada jurisdição não reclamaria a observância do princípio da anterioridade.

4.7.6.1 Tal conclusão passa pelo conteúdo do artigo 3º da Lei de Introdução às normas do direito brasileiro, segundo o qual “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. O dispositivo consubstancia máxima já encontrada no direito antigo (*ignorantia juris neminem excusat*) que, lastreando-se em imperativo de interesse social, tem por objetivo óbvio afastar a insegurança e o caos que reinariam caso a eficácia da lei estivesse condicionada à ciência de seu conteúdo por parte dos destinatários do comando legal¹⁴¹. Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Jr., o dispositivo “neutralizaria” a ignorância, no sentido de “fazer com que ela não seja levada em conta, inobstante possa existir”¹⁴².

¹³⁷ Cf. Marco Aurélio Greco, Sergio André Rocha *et al.*, *Manual de Direito Tributário Internacional*, São Paulo, Dialética, 2012, p. 373.

¹³⁸ Também entendendo pelo caráter taxativo da lista, Renato Vilela Faria, “Conceitos de Paraísos Fiscais e as Hipóteses de Retenção na Fonte”, *Revista de Direito Tributário Internacional* nº 16, São Paulo, Quartier Latin, 2009; Simone Dias Musa, “A Normatização das Operações com Jurisdições com Tributação Favorecida e Regimes Fiscais Privilegiados - Uma Evolução da Legislação Tributária Brasileira”, in Roberto Quiroga Mosquera, *O Direito Tributário e o Mercado Financeiro e de Capitais*, vol. 2, São Paulo, Dialética, 2010.

¹³⁹ É o que reconhece Luiz Felipe Ferraz, para quem, embora a legislação não necessitasse de regulamentação, a lista acabou sendo “tida como taxativa”, de modo a aliviar “a incerteza dos contribuintes”. Cf. “A Ampliação do Conceito de Paraíso Fiscal Lei nº 11.727”, *Revista de Direito Tributário Internacional* nº 10, São Paulo, Quartier Latin, 2008, p. 161.

¹⁴⁰ Também pelo caráter exaustivo da lista é a Decisão nº 49, de 01/03/00, a Solução de Consulta nº 136, de 29/08/02.

¹⁴¹ Cf. Maria Helena Diniz, *Lei de introdução ao Código Civil Interpretada*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 86.

¹⁴² Cf. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, *Introdução ao Estudo do Direito*, São Paulo, Atlas, 1989, p. 210.

4.7.6.2 Conquanto a ninguém seja dado desconhecer a legislação brasileira, forçoso reconhecer que o mesmo não pode ser afirmado em relação ao direito estrangeiro. Efetivamente, o artigo 14 da mesma Lei de Introdução às normas do direito brasileiro reconhece não ser dever funcional do magistrado ter ciência de norma alienígena, facultando-lhe exigir das partes, em caso de desconhecimento do direito estrangeiro, a prova de seu texto e vigência.

4.7.6.3 Ora, se o ordenamento sequer exige do Poder Judiciário o conhecimento da legislação estrangeira, tanto mais irrazoável exige-lo dos contribuintes. É neste ponto que se compreende a função da *black list* enquanto vera condição de aplicabilidade da lei.

4.7.6.4 Na ausência da lista, não há como exigir o cumprimento do mandamento legal por parte do contribuinte; este, além de possivelmente não dispor de meios materiais para tanto, não pode ser constrangido a ter ciência dos ordenamentos estrangeiros que permitiriam a qualificação da respectiva jurisdição como país com tributação favorecida ou regime fiscal privilegiado. É a lista que, ao apresentar, tanto aos contribuintes quanto aos próprios agentes fazendários, a relação de jurisdições que atendem aos requisitos da legislação brasileira, torna possível a aplicação da lei.

4.7.6.5 Ausente determinado país da lista, não há como se pretender aplicar o comando legal; sustentar o contrário implica exigir do contribuinte conhecimento do direito estrangeiro, o que, consoante se referiu, não é tolerado pelo ordenamento. Importa reconhecer, assim, o caráter taxativo de seu conteúdo.

4.7.6.6 É importante rechaçar o argumento de que ao se aceitar a taxatividade da lista, estar-se-ia admitindo que seria a norma administrativa (que cria a lista) o instrumento pelo qual estaria sendo criada ou reduzida a obrigação tributária. Não é o caso. A hipótese tributária surge do texto legal; o que ocorre é que uma das condições de aplicabilidade da norma legal - o conhecimento da legislação estrangeira - depende do ato administrativo. A lista, conforme se viu, apenas dá condições de aplicabilidade à legislação. Sem ela, não há eficácia possível para a lei.

4.7.6.7 Valem, entretanto, as observações já adiantadas no parágrafo 3.11, *supra*. O critério para a caracterização de um país ou jurisdição como de tributação favorecida, ou um regime tributário privilegiado, é matéria de lei. À Administração Pública cabe, apenas, concretizar aquele critério, reconhecendo-o presente em determinado caso e tornando pública a informação, de modo que os contribuintes possam cumprir o mandamento da lei.

4.7.6.8 Se a Administração Pública enquadra país ou jurisdição que não atende os requisitos da lei, o ato administrativo deve ser questionado e anulado, inclusive pelo Judiciário, dada a ilegalidade.

4.7.6.9 Se determinado país ou jurisdição não é incluído na lista, por outro lado, pode-se, inclusive por meio do Judiciário, exigir o enquadramento. Mas mais uma vez, tem-se o mesmo raciocínio: o que o Judiciário fará será determinar a inclusão na lista e somente com esta (e portanto com a publicidade) é que estará cumprido o requisito da lei.

Interposta Pessoa

4.8 A disciplina dos casos de “interposta pessoa” foi conferida pelo parágrafo 5º do artigo 2º da IN nº 243/02, repetido por igual dispositivo da IN nº 1.312/12, o qual determinou a aplicação do regime de preços de transferência às operações efetuadas por meio de pessoas não caracterizadas como vinculadas à empresa no Brasil, por meio das quais as empresas brasileiras operem com outras, no exterior, caracterizadas como vinculadas¹⁴³.

4.8.1 A interpretação do texto do parágrafo 5º do artigo 2º da IN nº 1.312/12 deve ser realizada de forma restritiva, porquanto se trata de dispositivo veiculado por ato administrativo dotado do intuito de esclarecer o conteúdo das normas constantes de leis. Isto porque o conceito de “interposta pessoa” não constou da Lei nº 9.430/96¹⁴⁴. Trata-se de mera ilação feita pelas autoridades administrativas, tendo em vista a possibilidade de ocorrência de situações abusivas ou em que, economicamente, a transação não se dê diretamente, mas por meio de outrem.

4.8.2 Assim, as situações de interposta pessoa submetem-se, no mais das vezes, à aplicação dos dispositivos legais que preveem sanções de desconsideração para os casos de negócios jurídicos simulados. A redação do dispositivo supramencionado apenas identifica tais situações como negócios jurídicos passíveis de sanção de desconsideração (o que traz como consequência a necessidade de aplicação do regime de preços de transferência).

¹⁴³ Cf. Alberto Xavier, *op. cit.* (nota 11), p. 373.

¹⁴⁴ Sobre a figura da interposta pessoa, cf. Acórdão nº 05-5.648, de 19/12/03, da DRJ-Campinas/SP:

“Ementa: Preço de Transferência. Interposta Pessoa. Apuração do Preço de Aquisição (Custo). Bitributação. Ainda que por conduta respeitante aos termos da lei, é possível que se contrarie os propósitos do ordenamento jurídico. Diz-se, no caso, de fraude à lei. Justamente, estancar o subterfúgio do emprego de interposta pessoa, para evitar a sistemática de preço de transferência, foi o propósito que a IN nº 38/97 veio explicitar, sem que isso desbordasse os limites da norma fundante a que se reporta (Lei nº 9.430/96). Presente a interposta pessoa, é o preço por esta praticado, evidenciado em notas fiscais, que servirá de base para cálculo do preço de aquisição (custo) suportado pela pessoa jurídica sujeita ao controle de preço de transferência. (...)”

4.8.3 Não há, pois, que se falar em aplicação do parágrafo 5º do artigo 2º da IN nº 1.312/12 para os casos em que não haja caracterização de simulação ou intermediação sem conteúdo econômico. Ademais, parece claro que apenas poderá ser considerada “interposta pessoa” aquela caracterizada como não vinculada à empresa brasileira.

4.8.4 Confirmando essa premissa, a Solução de Consulta COSIT nº 02/03, expõe que “caso fique demonstrado que a empresa *trading* atue de forma autônoma e seja a beneficiária final das operações de importações, exportações e de pagamento ou crédito de juros realizadas com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no exterior, esta deve apurar os preços de transferência como qualquer contribuinte do imposto de renda que esteja relacionado diretamente com o fato gerador”.

4.8.4.1 No antigo Conselho de Contribuintes, por meio do Acórdão nº 101-95.499, de 27/04/06, ao se tratar do tema em comento, afirmou-se que a então IN nº 38/97, “para dar efetividade à lei, evitando que a norma fosse contornada mediante negociação triangular, determinou que as normas de preços de transferências são aplicáveis mesmo quando a operação seja efetuada por intermédio de interposta pessoa”.

4.8.4.2 Ainda, asseverou a Conselheira Sandra Maria Faroni que a restrição imposta pela Instrução Normativa, embora tenha o poder de “desconsiderar” a terceira pessoa envolvida na negociação entre partes ligadas, não tem o condão de aumentar a base de cálculo, de modo que “a base não pode ser superior àquela que seria apurada caso não houvesse a interposição”.

4.8.5 Situação diversa é aquela das importações por conta e ordem, de que tratam os artigos 77 a 81 da Medida Provisória nº 2.185-35, de 24/08/01. Nesse caso, a importadora não age sob risco próprio. Até mesmo os recursos financeiros concernentes à importação são suportados pelo adquirente¹⁴⁵. Noutras palavras: a transação se dá entre o adquirente e o exportador, no exterior, agindo o importador, tão somente, como um facilitador do processo (prestação de serviços). Ora, se a operação se deu entre o adquirente e o exportador, no exterior, é esta a transação controlada sujeita às normas de preços de transferência. Acertado, daí, incluir-se o importador em tal caso como mera interposta pessoa.

Importadores e Encomendantes

4.9 Se a figura da interposta pessoa decorre apenas da norma administrativa (e por isso pressupõe a mera intermediação), o mesmo não se pode dizer com relação às importações por encomenda.

¹⁴⁵ O artigo 27 da Lei nº 10.637/02 é expresso ao presumir por conta e ordem a operação de comércio exterior realizada mediante utilização de recursos de terceiros.

4.9.1 A importação por encomenda é figura criada por força da Lei nº 11.281/06. O artigo 11 da referida lei descreve a importação por encomenda (aquela “promovida por pessoa jurídica importadora que adquire mercadorias no exterior para revenda a encomendante predeterminado”), esclarecendo tratar-se de operação diversa da importação por conta e ordem de terceiros. Os requisitos e condições para a atuação da pessoa jurídica importadora são matéria regulada no âmbito da Receita Federal do Brasil, cuja observância se faz mandatória, sob pena de se recair em hipótese de importação por conta e ordem, tratada no item 4.8.5, acima.

4.9.2 Os reflexos da nova figura para a legislação de preços de transferência se extraem do artigo 14 da referida lei:

“Artigo 14. Aplicam-se ao importador e ao encomendante as regras de preço de transferência de que trata a Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, nas importações de que trata o art. 11 desta Lei.”

4.9.3 Primeiramente, cabe um alerta: o artigo 14 estende a legislação de preços de transferência às operações de que trata o artigo 11 da mesma lei. Este dispositivo, por sua vez, trata exclusivamente das importações por encomenda. Não se incluem ali, pois, as importações por conta e ordem de terceiros, contempladas no conceito de interposta pessoa, acima apresentado.

4.9.3.1 A diferença é relevante: nas importações por conta e ordem de terceiros, há uma única transação, efetuada entre o exportador, no exterior, e o adquirente, no Brasil. O importador serve apenas de veículo, mas não participa da negociação. Não fixa preço nem condições. Havendo uma única transação, é ela que se faz submeter ao tema dos preços de transferência.

4.9.3.2 Já a importação por encomenda pressupõe duas transações: uma entre o exportador, no exterior, e o importador, no País e outra, ajustada previamente, entre o último e o encomendante.

4.9.3.3 Assim, se uma pessoa jurídica constitui outra pessoa com a finalidade de gozar de um benefício de importação, para posteriormente adquirir os bens importados, não parece haver importação por encomenda, mas importação por conta e ordem, mediante interposta pessoa.

4.9.3.4 A título de exemplo, imagine-se que uma empresa de São Paulo pretende gozar de um benefício fiscal concedido pela legislação do Paraná para importações realizadas por empresas constituídas neste segundo Estado. A empresa paulista, então, constituiria uma pessoa jurídica no Paraná, a qual importaria bens e revende-los-ia com prejuízo à primeira empresa. Restaria evidenciado pela revenda com prejuízo que não seria a empresa paranaense aquela que fez a transação com o exterior. Tal empresa seria uma mera interposta pessoa, motivo pelo qual haveria uma única transação do Brasil com o exterior, transação esta sujeita ao controle de preços de transferência.

4.9.3.5 A disposição contida no artigo 14 da Lei nº 11.281/06, parece correto afirmar, deve ser aplicada somente quando houver duas transações independentes (*i.e.*, importação por encomenda), situação distinta daquela descrita no exemplo acima proposto (importação por conta e ordem).

4.9.4 Havendo duas transações distintas, nos casos em que efetivamente se verifique importação por encomenda (e não por conta e ordem), surge a questão: estarão ambas, simultaneamente, sujeitas a ajustes de preços de transferência?

4.9.4.1 A resposta a tal indagação exige que se tome o referido artigo 14 da Lei nº 11.281/06 em conjunto com o restante da legislação de preços de transferência.

4.9.4.2 Com efeito, o fato de as normas de preços transferência se aplicarem ao importador e ao encomendante não significa que se afasta o artigo 18 da Lei nº 9.430/96; ao contrário, é exatamente este artigo que é estendido àquelas pessoas.

4.9.4.3 Ora, o artigo 18 da Lei nº 9.430/96 é claro quanto ao escopo daquela legislação: trata de “custos, despesas e encargos relativos a bens, serviços e direitos, constantes dos documentos de importação”. Ainda, o parágrafo 5º do mesmo dispositivo confirma seu escopo: “se os valores apurados segundo os métodos mencionados neste artigo forem superiores ao de aquisição, constante dos respectivos documentos, a dedutibilidade fica limitada ao montante deste último”.

4.9.4.3.1 Assim, não se cogita dedutibilidade de qualquer valor que não tenha constado de um documento de importação. Esta ilação já permite que se afirme que caso a importadora tenha cobrado da encomendante preço superior ao da importação (o que geralmente ocorre), a parcela que excede os custos de importação não está sujeita ao controle de preços de transferência.

4.9.4.3.2 Outrossim, o referido artigo 18 não contempla qualquer operação, mas apenas aquela efetuada com pessoa vinculada. Combinando esta regra com a do artigo 14 da Lei nº 11.281/06, tem-se que o controle de preços de transferência se aplica nos casos em que o exportador seja pessoa vinculada ao importador ou ao encomendante; não se aplica se inexistir vínculo qualquer.

4.9.4.3.3 Mais ainda: se for o importador que tiver o vínculo com o exportador, é aquele que controlará seus preços; se for o encomendante, então cabe a este fazê-lo.

4.9.4.3.4 Caso o vínculo exista tanto com o importador quanto com o encomendante, então ambos estão, em princípio, sujeitos ao controle de preços de transferência. Não se extrai daí, entretanto, que ambos deverão fazer o mesmo ajuste, já que não seria razoável admitir que uma única importação em valor superior ao de mercado levasse a duas adições na base

de cálculo do imposto de renda. Seria uma dupla incidência sobre uma única manifestação de capacidade contributiva, revelada por um único cálculo de preço parâmetro, comparado com uma única importação.

4.9.4.3.5 Mais acertado, nesse caso, é, à luz do artigo 18 da Lei nº 9.430/96, considerar, para efeito da apuração dos preços de transferência, os valores lançados a custo pela importadora já que, afinal, é ela quem contabiliza, em seus custos, os valores constantes do documento de importação. Ressalve-se, nesse caso, a hipótese de a importadora agir por conta e ordem, conforme se descreveu acima. É bastante possível que, pertencendo importadora e encomendante ao mesmo grupo, recaia-se naquela hipótese de uma única transação controlada (operação por conta e ordem), quando a importadora será desprezada, enquanto terceiro interposto, na relação de preços de transferência.

4.9.5 Vale notar que, como o artigo 14 da Lei nº 11.281/06 implica aumento da carga tributária, este somente gerou efeitos a partir do ano-base de 2007, à luz do princípio da anterioridade.

4.9.6 Sobre o tema dos preços de transferência em importações por encomenda e por conta e ordem, cabe ver, por fim, o conteúdo da Solução de Consulta da Subsecretaria de Tributação e Contencioso - Coordenação-Geral de Tributação da RFB nº 01/12:

“Ementa: Responsabilidade pela apuração de preços de transferência na ‘importação por encomenda’:

- a) tanto o importador quanto o encomendante serão responsáveis pela apuração das regras de preços de transferência quando a pessoa física ou jurídica exportadora for vinculada ao importador e ao encomendante;
- b) nos casos em que a pessoa física ou jurídica exportadora for vinculada ao encomendante ou ao importador, apenas a parte vinculada será responsável pela apuração das regras de preços de transferência;
- c) nos casos em que a importação for proveniente de operação com pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada em país ou dependência com tributação favorecida ou beneficiada por regime fiscal privilegiado, tanto o importador quanto o encomendante serão responsáveis pela apuração das regras de preços de transferência, independentemente de haver vinculação entre as partes.

Nos casos de importação ‘por conta e ordem de terceiro’, somente a empresa adquirente - e não o importador contratado - será responsável pela apuração de preços de transferência, quando:

- a) o exportador for pessoa vinculada à empresa adquirente; ou
- b) o exportador for pessoa jurídica residente ou domiciliada em país ou dependência com tributação favorecida ou beneficiada por

regime fiscal privilegiado, independentemente de o exportador ser ou não pessoa vinculada à empresa adquirente.”

4.9.6.1 Nota-se que a manifestação fiscal bem distinguiu os casos de importação por encomenda das hipóteses de importação por conta e ordem, nas quais “a empresa adquirente - e não o importador contratado - será responsável pela apuração de preços de transferência”.

5. Métodos para Apuração de Transações *Arm's Length*

Aspectos Gerais

5.1 A legislação brasileira contemplou quatro métodos voltados à apuração de parâmetros para a comparação das transações entre empresas vinculadas, no caso de importações, e cinco métodos para as exportações.

5.1.1 Os métodos desenvolvidos pelo legislador brasileiro - cujo conteúdo será explorado com maior vagar nos próximos capítulos - têm confessada inspiração na disciplina internacional dos preços de transferência.

5.1.2 Os três métodos básicos originalmente adotados pela legislação brasileira para a apuração dos preços de transferência são: (1) o método dos *Preços Independentes Comparados - PIC* nas importações ou método do *Preço de Venda nas Exportações - PVEx (CUP Method - Comparable uncontrolled price method)*; (2) o método do *Preço de Venda menos Lucro - PRL* nas importações ou os métodos do *Preço de Venda por Atacado no País de Destino, Diminuído de Lucro - PVA* e do *Preço de Venda a Varejo no País de Destino, Diminuído de Lucro - PVV* nas exportações (*Resale price method*); e (3) o método do *Custo de Produção mais Lucro - CPL* nas importações ou o método do *Custo de Aquisição ou de Produção mais Tributos e Lucro - CAP* nas exportações (*Cost-plus method*). Como se vê, ao contrário do que ocorre com outras legislações, a brasileira estabeleceu esses métodos com peculiaridades para as importações e para as exportações¹⁴⁶.

5.1.2.1 Com a edição da Lei nº 12.715/12, dois novos métodos foram criados para *commodities*: o método do *Preço sob Cotação na Importação - PCI*, nas importações, e o método do *Preço sob Cotação na Exportação - PECEX*, nas exportações. Quando aplicáveis, tais métodos são obrigatórios, constituindo regime de controle de preços de transferência alternativo aos métodos originais.

5.1.3 Tanto o método dos *Preços Independentes Comparados - PIC* (importações) quanto o método do *Preço de Venda nas Exportações - PVEx* (exportações) são definidos como a média aritmética ponderada dos

¹⁴⁶ As empresas que adotam o regime de tributação com base no lucro presumido, por exemplo, estão excluídas da aplicação da legislação de preços de transferência nas importações. Tais empresas, contudo, devem adicionar, na determinação da base de cálculo do imposto de renda, o valor do ajuste do preço de transferência decorrente das receitas de exportação e de juros pagos ou creditados à pessoa vinculada. Cf., nesse sentido, as Soluções de Consulta COSIT nº 14, de 13/08/03, nº 5, de 21/05/03, e nº 14, de 30/11/04.

preços de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, apurados no mercado brasileiro (PIC e PVEx) ou de outros países (opção válida apenas para o PIC), em operações de compra e venda, em condições de pagamento semelhantes. Na comparação dos preços praticados por pessoas vinculadas com aqueles realizados entre empresas independentes, os valores de bens, serviços ou direitos serão ajustados de forma que minimize os efeitos provocados sobre os preços a serem comparados, por diferenças nas condições de negócio, da natureza física e de conteúdo.

5.1.4 Na redação dada à Lei nº 9.430/96 pela Lei nº 9.959/00, o método do *Preço de Revenda menos Lucro - PRL* (importações) compunha-se pela a média aritmética dos preços de revenda de bens (assim considerados os praticados pela própria empresa importadora, em operações de venda a varejo e no atacado, com compradores, pessoas físicas ou jurídicas, que não sejam a ela vinculados), serviços ou direitos, diminuídos dos descontos incondicionais concedidos¹⁴⁷, dos impostos e contribuições incidentes sobre as vendas¹⁴⁸, das comissões e corretagens pagas¹⁴⁹, e da margem de lucro de 20% no caso de operações realizadas até 31/12/99 ou, no caso de operações realizadas a partir de 01/01/00 (artigos 2º e 12 da Lei nº 9.959/00), 60% ou 20%, conforme sejam ou não os bens aplicados na produção, sendo no primeiro caso a porcentagem de 60% calculada sobre o preço de revenda após deduzidos os valores constantes dos descontos incondicionais, das comissões e corretagens pagas e do valor agregado no País. Ainda no tocante à média aritmética dos preços, tanto as INs nº 32/01, nº 243/02, quanto a IN nº 1.312/12 dispuseram que os preços médios de aquisição e revenda serão ponderados em função das quantidades negociadas, computando-se na determinação da média ponderada dos preços os valores e as quantidades relativos aos estoques existentes no início do período de apuração. A média aritmética ponderada do preço seria ainda determinada computando-se as operações de revenda praticadas desde a data da aquisição até a data do encerramento do período de apuração.

5.1.4.1 Nada obstante, com a vigência da Lei nº 12.715/12, nova conformação foi dada ao *Método do Preço de Revenda menos Lucro - PRL*.

¹⁴⁷ São considerados como descontos incondicionais aqueles que não dependam de eventos futuros, ou seja, os que forem concedidos no ato de cada revenda e constarem da respectiva nota fiscal.

¹⁴⁸ São considerados como impostos sobre as vendas as contribuições e outros encargos cobrados pelo Poder Público, incidentes sobre vendas, integrantes do preço, tais como ICMS, ISS, PIS/PASEP e COFINS.

¹⁴⁹ São considerados como comissões e corretagens os valores pagos e os que constituírem obrigação de pagar, a esse título, relativamente às vendas de bens, serviços ou direitos objeto de análise.

Assim é que, com as alterações, o cálculo do método passou a levar em consideração apenas a média “dos preços de venda, no País, dos bens, direitos ou serviços importados”, apurados a partir (i) da utilização do preço líquido de venda, (ii) do cálculo do percentual de participação do bem importado no custo total e da (iii) obtenção do valor da participação do bem importado sobre o preço líquido de venda. No cálculo preconizado pela referida Medida Provisória, abandonou-se a utilização das antigas margens de lucro de 20% e 60%, que se substituíam conforme o bem se sujeitasse a industrialização no País ou não; na nova fórmula do método, o preço-parâmetro passou a corresponder à diferença entre o valor de participação do item importado sobre o preço líquido de venda no País e uma margem de lucro geral de 20% (que poderá ser de 30% ou 40%, conforme o setor de atividade e “independentemente de submissão a processo produtivo ou não no Brasil”).

5.1.4.2 No caso das exportações, a legislação brasileira dividiu o método da revenda em dois: o primeiro, que considera o preço praticado no mercado atacadista do país de destino, qual seja, o *Método do Preço de Venda por Atacado no País de Destino, Diminuído de Lucro - PVA*, cuja margem de lucro legalmente prevista é de 15%; e outro que toma por base o preço do mercado varejista do referido país, que se trata do *Método do Preço de Venda a Varejo no País de Destino, Diminuído de Lucro - PVV*, no qual o percentual de ganho é de 30%. Ambos os métodos calculam-se diminuídos dos tributos incluídos no preço, cobrados no país de destino.

5.1.5 Desde já, uma diferença salta aos olhos: para as exportações, o legislador previu *dois* métodos independentes, enquanto nas importações, há um método com três margens. Isso implica que o contribuinte, nas exportações, não poderá, para o mesmo produto, aplicar simultaneamente os métodos PVA e PVV; nas importações nada impede que um mesmo produto esteja sujeito às margens de 20%, 30% e 40%, proporcionalmente, caso seja revendido e aplicado na produção de um ou mais produtos, ou se submeta a diferentes processos produtivos (artigo 18, parágrafo 14, da Lei nº 9.430/96, na redação dada pela Lei nº 12.715/12).

5.1.6 O método do *Custo de Produção mais Lucro (CPL)* é definido como o custo médio de produção de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, no país onde tiverem sido originariamente produzidos, acrescido de impostos e taxas cobrados pelo referido país na exportação e de margem de lucro de 20%, calculada sobre o custo apurado. A margem de lucro deverá ser aplicada sobre os custos apurados antes da incidência de impostos e taxas incidentes, no país de origem, sobre o valor de bens, serviços e direitos adquiridos pela empresa no Brasil. Para efeito de determinação do preço por esse método, poderão ser computados como integrantes do custo: (i) o custo de aquisição das matérias-primas, dos produtos intermediária-

rios e dos materiais de embalagem utilizados na produção de bem, serviço ou direito; (ii) o custo de quaisquer outros bens, serviços ou direitos aplicados ou consumidos na produção; (iii) o custo do pessoal, aplicado na produção, inclusive de supervisão direta, manutenção e guarda das instalações de produção e os respectivos encargos sociais incorridos, exigidos ou admitidos pela legislação do país de origem; (iv) os custos de locação, manutenção e reparo e os encargos de depreciação, amortização ou exaustão de bens, serviços ou direitos aplicados na produção; (v) os valores das quebras e perdas razoáveis, ocorridas no processo produtivo, admitidas pela legislação fiscal do país de origem de bem, serviço ou direito. Nas exportações, o método do *Custo de Aquisição ou de Produção mais Tributos e Lucro - CAP* leva em consideração os custos de aquisição ou de produção dos bens e serviços exportados, acrescidos dos impostos e contribuições cobrados no Brasil e de margem de lucro, fixada em 15%, sobre a soma dos custos mais impostos e contribuições.

5.1.7 Já os métodos do *Preço sob Cotação na Importação - PCI* e do *Preço sob Cotação na Exportação - PECEX* utilizam-se de forma mandatória no caso de *commodities* sujeitas à cotação em bolsas de mercadorias e de futuros reconhecidas. Valem-se primariamente das cotações, ajustadas pelo “prêmio médio de mercado”, termo que restou sem definição na lei. O parágrafo 6º do artigo 16 da IN nº 1.312/12 define-o como o “decorrente de avaliação de mercado, positiva ou negativa, a ser somado à cotação de bolsa internacional ou do instituto de pesquisa, devendo ser consideradas, inclusive, as variações na qualidade, nas características e no teor da substância do bem vendido”. Além do prêmio, a referida Instrução Normativa inova, ao admitir que se considerem *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*, tais como o *custo de transporte ao porto de destino e as influências climáticas nas características do bem*. Na ausência das referidas cotações, o preço dos bens poderá ser comparado “com os obtidos a partir de fontes de dados independentes fornecidas por instituições de pesquisa setoriais internacionalmente reconhecidas”, listadas pela Receita Federal do Brasil, e, no caso do PECEX, também com “os preços definidos por agências ou órgãos reguladores e publicados no Diário Oficial da União”. A regulamentação da aplicação de ambos os métodos e a forma de divulgação das cotações pelas bolsas de mercadorias e futuros foram delegadas à Receita Federal do Brasil, o que se deu pela IN nº 1.312/12, conforme se verá no próximo capítulo.

5.1.8 Sustentou-se, no capítulo 3, que o princípio *arm's length* surgiu da evolução da *separate accounting theory*, que resultou na proposição da “ficção de independência”. Nesse contexto, pode surgir a dúvida sobre se

realmente a ficção de independência uma ficção jurídica no sentido que a dogmática empresta ao termo.

5.1.8.1 De Franz Bernhöft¹⁵⁰ já se tirou a lição¹⁵¹ de que a ficção jurídica é uma norma, através da qual o legislador determina que se aplique, a dada hipótese de incidência (*fingierter Tatbestand*, ou hipótese ficta) determinadas sanções previamente definidas para outra situação (*Fiktionsbasis*, ou base de ficção). Em direito tributário, o instituto da ficção jurídica em si nada mais é do que uma forma de “emprestar” o conseqüente de uma norma jurídica a um antecedente diverso daquele que imediatamente lhe corresponde.

5.1.8.2 Nesse contexto, nada impede que, teoricamente, haja uma ficção jurídica que venha a atribuir a um antecedente diverso do fato gerador original o mesmo conseqüente, ou seja, a mesma obrigação tributária. No entanto, este antecedente deve necessariamente estar dentro da esfera de competência tributária do ente tributante, bem como seguir todos os outros requisitos legais para que possa gerar exatamente aquela obrigação tributária.

5.1.8.3 Pois bem. Consignado que a ficção jurídica é uma figura que atribui a certo antecedente o conseqüente de norma diversa, parece correto afirmar que a legislação de preços de transferência apenas “empresta” às transações entre partes ligadas o conseqüente jurídico das transações entre partes independentes.

5.1.8.4 Por meio da legislação dos preços de transferência, as transações entre partes vinculadas serão, para efeitos tributários, valoradas como se de transações entre partes independentes se tratasse, adotando-se os preços das últimas para efeito de apuração do imposto a pagar.

5.1.8.5 Há, pois, verdadeira ficção jurídica, no sentido acima exposto, já que se empresta, à transação entre partes relacionadas, o conseqüente jurídico (tributação) daquelas similares, praticadas entre partes independentes.

5.1.9 Simultaneamente com a ficção jurídica acima apontada, ocorre, na legislação de preços de transferência, uma presunção relativa. Afinal, se por ficção dá-se à transação entre partes relacionadas o tratamento jurídico de partes independentes, é por presunção que se apurará como partes independentes se relacionariam.

5.1.9.1 Com efeito, foi de presunção relativa que se valeu o legislador para sustentar que terceiros independentes utilizam-se dos métodos previstos legalmente, para compor o seu próprio preço, por razões estabelecidas pelo próprio mercado.

¹⁵⁰ Cf. Franz Bernhöft, *Zur Lehre von Fiktionen. Aus römischen und bürgerlichem Recht - Festgabe für Ernst Immanuel Bekker zum 16. Weimar, agosto de 1907*, pp. 241-290.

¹⁵¹ Cf. Luís Eduardo Schoueri, *op. cit.* (nota 115), p. 104.

5.1.9.2 A presunção legal, para ser aceita, deve ter um elevado grau de probabilidade. Vale, aqui, o raciocínio: como um terceiro independente costuma fixar seus preços? É razoável admitir que ele parta da prática do mercado, ou seja, que ao fixar seus preços, ele investigue preços de seus concorrentes. Do mesmo modo, é razoável admitir que ele busque fixar seus preços partindo de seus custos e a eles adicionando certa remuneração ou, ao contrário, tendo um preço de venda fixado pelo mercado, recuse-se a adquirir produtos para revenda que não lhe assegurem margem de lucro adequada. Tal o raciocínio, baseado na experiência, que fundamenta as presunções que dão base aos métodos desenvolvidos para a apuração dos preços segundo o princípio *arm's length*.

5.1.9.2.1 Há, com efeito, uma grande semelhança entre os métodos fixados pelo legislador e os métodos clássicos ensinados pela Administração de *Marketing* para a fixação dos preços de uma empresa.

5.1.9.2.2 O método CPL e o PRL assemelham-se ao mais simples dos métodos de precificação, que é chamado por Kotler de *Cost-Plus Pricing*, onde o empresário fixa seu preço de olho na margem de lucro a ser atingida¹⁵². Outro método de precificação que pode se assemelhar ao PRL ou ao CPL é o *Breakeven Pricing* ou *Target Profit Pricing*¹⁵³. Já o PIC assemelha-se ao método de *Competition-based Pricing*, no qual o empresário baseia-se na concorrência para fixar seus preços¹⁵⁴.

5.1.9.2.3 É claro que os elementos de precificação ensinados pelos manuais de *Marketing* podem se mostrar mais complicados e até mesmo combinar métodos diferentes de precificação, mas guardam evidentemente uma grande semelhança com aqueles indicados pelo legislador, pois só pode ser no mercado que o legislador baseia-se para fixar métodos de precificação. Assim, apresentam-se como uma presunção legal de que uma

¹⁵² "The simplest pricing method is *cost-plus pricing* - adding a standard markup to the cost of the product. Construction companies, for example, submit job bids by estimating the total project cost and adding a standard markup for profit. Lawyers, accountants, and other professionals typically price by adding a standard markup to their costs. Some sellers tell their customers they will charge cost plus a specified markup; for example, aerospace companies price this way to the government." (Cf. P. Kotler e G. Armstrong, *Principles of Marketing*, Nova Jersey: Prentice Hall, 1999, p. 314)

¹⁵³ "Another cost-oriented pricing approach is *breakeven pricing*, or a variation called *target profit pricing*. The firm tries to determine the price at which it will break even or make the target profit it is seeking." (Cf. P. Kotler e G. Armstrong, *op. cit.* (nota 152), p. 315)

¹⁵⁴ "Consumers will base their judgement of a product's value on the prices that competitors charge for similar products." (Cf. P. Kotler e G. Armstrong, *op. cit.* (nota 152), p. 318)

empresa em regime de mercado calcula seus preços segundo uma daquelas três formas.

5.1.10 Revelando-se tratar de presunção a ferramenta utilizada pelo legislador para a fixação dos preços praticados por terceiros independentes (no caso, é bom lembrar, presunção legal), cabe ressaltar que, em matéria de imposição de tributos, não se admite o emprego de presunções absolutas.

5.1.11 No caso dos preços de transferência, a restrição à aplicação de presunções absolutas implicará a possibilidade de o contribuinte, afastando a presunção, trazer evidências de que, em um determinado caso, terceiros independentes valeriam-se de outros critérios, que não os adremente fixados pelo legislador, para a determinação de seus preços. Nesse caso, o argumento do contribuinte não poderá ser deixado de lado, sob pena de deixar-se de buscar preços praticados por terceiros independentes.

5.1.11.1 A não adequação de um método pode ser absoluta, quando ele simplesmente não é passível de utilização no mercado em questão, ou relativa, se alguma característica do método não for aplicável completamente, mas isso puder ser corrigido.

5.1.11.2 Por exemplo, alguns mercados são sigilosos e não permitem a fixação de preços por meio da concorrência; assim, o método PIC é, nesse caso, completamente descartável. Aqui cabe uma ressalva importantíssima: isso deve ser observado do ponto de vista do contribuinte e não da autoridade fiscal. Não importa que a autoridade fiscal tenha a possibilidade de verificar os preços dos concorrentes por meio de acesso privilegiado a dados fiscais sigilosos, como no caso do SISCOMEX. É necessário que o contribuinte também tenha acesso a esses dados quando da fixação de seus preços.

5.1.11.3 Já a não adequação relativa pode ocorrer quando, por exemplo, a margem de lucro fixada pela lei não se aplica ao mercado em questão, sendo muito alta ou muito baixa para os produtos considerados. Nesse caso, o método pode ser aplicado, mas deve haver uma correção para que se cumpra o princípio *arm's length*.

A Questão da Escolha do Método

5.2 A existência de mais de um método para a apuração de um parâmetro *arm's length* provoca a indagação sobre a existência de uma ordem de prioridade entre eles, em que se encontram duas posições.

5.2.1 De um lado, há a legislação norte-americana, na qual se encontra a aplicabilidade de um único método para cada caso¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Cf. Laurent P. Guerard, "Selecting the Best Method: a Primer", *Tax Management Transfer Pricing. Special Report* nº 12, vol. 4, Report nº 128, 18 de outubro de 1995.

5.2.1.1 O método a ser aplicado era, anteriormente, escolhido por ordem de sua apresentação: se o primeiro método, o chamado *método do preço comparável não controlado* (CUP), fosse aplicável, deveria ser usado. Se não se aplicasse o primeiro método, então deveria ser usado o *método do preço de revenda* (RP), se possível. Da mesma forma, o terceiro método, chamado *método do custo mais lucro*, deveria ser aplicado apenas quando os dois primeiros fossem inaplicáveis. Nesse sentido, afirma Richard Hammer¹⁵⁶:

“A regulamentação prevê três métodos específicos para a verificação de um preço de mercadoria na transferência entre companhias, os quais são descritos em seguida com pormenores. Os três métodos recomendados não são alternativos, como põe em relevo a regulamentação. Se o primeiro método, o chamado método do preço comparável não controlado (CUP), é aplicável, deve ser usado. Se não se aplica o primeiro método, deve-se usar o método do preço de revenda (RP), se aplicável. Da mesma forma com relação ao terceiro método, o chamado método do custo mais, deverá ser aplicado apenas quando os outros dois primeiros forem inaplicáveis. Assim, teoricamente, esses três métodos não são alternativas de que o contribuinte possa escolher a mais benéfica para os seus negócios específicos.”

5.2.1.2 Não cabendo qualquer dos métodos, surgia a alternativa do quarto método, o *dos fatos e circunstâncias*, quando o contribuinte pudessem estabelecer que, considerando todos os fatos e circunstâncias, seria claramente mais apropriado algum outro método para estabelecer preço que não os recomendados¹⁵⁷.

5.2.1.3 Conquanto mantendo a coerência do reconhecimento de apenas um método como aplicável, hoje a sistemática norte-americana já não mais adota o padrão sequencial rígido, substituindo-o pela regra do melhor método (*best method rule*). Para tanto, importa determinar qual o tipo de transação que se examina e, a partir daí, deve-se usar o método que mede de modo mais acurado aquela transação. Havendo dúvida em relação a qual entre dois métodos mede mais acuradamente a transação, devem-se comparar os resultados de ambos os métodos com aquele que seria alcançado com outro método, valendo como melhor método aquele cujo resultado mais se aproximar do último obtido¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Cf. Hammer, *op. cit.* (nota 68), p. 608.

¹⁵⁷ Cf. Hammer, *op. cit.* (nota 68), pp. 608-609.

¹⁵⁸ Cf. Thomas O. Horst, “Transfer Pricing in the United States”, *The Tax Treatment of Transfer Pricing*, Amsterdã: International Bureau of Fiscal Documentation, folhas soltas, Suplemento nº 12, novembro de 1993, pp. United States 14-15.

5.2.1.4 Segundo dispõe a regulamentação norte-americana dos preços de transferência, quando trata da regra do melhor método, o resultado *arm's length* de uma transação controlada deve ser determinado segundo o método que, dentro dos fatos e circunstâncias, oferece a medida mais confiável de um resultado *arm's length*. Portanto, não há qualquer prioridade estrita dos métodos e nenhum método será considerado invariavelmente mais confiável do que os demais¹⁵⁹. Um resultado *arm's length* pode ser determinado por qualquer método, sem que se demonstre a inaplicabilidade de outros, mas se ficar constatado, posteriormente, que outro método produziria uma medida mais confiável de um resultado *arm's length*, então esse outro método é que deve ser usado¹⁶⁰. Diante das penalidades impostas pela má escolha do método, é de se acreditar que, na prática, os contribuintes não se limitam a examinar um método (o melhor método), mas também examinarão os demais, a fim de se munirem de razões para justificar a não escolha de outros métodos¹⁶¹. Com efeito, tendo em vista a prevenção da aplicação de penalidades pelo Fisco, os contribuintes acabam por investigar e documentar a aplicação de todos os outros métodos de preços de transferência previstos¹⁶².

5.2.1.5 A regulamentação admite que a base mais objetiva para determinar se os resultados de uma transação controlada são *arm's length* são as informações baseadas em transações entre partes não relacionadas. “Por essa razão, para determinar qual de dois ou mais métodos disponíveis (ou duas ou mais aplicações de um único método) oferece a medida mais confiável de um resultado *arm's length*, os dois primeiros fatores a se tomar em conta são o grau de comparabilidade entre a transação (ou o contribuín-

¹⁵⁹ Nesse sentido, Joseph L. Andrus afirma: “The regulations set out a variety of transfer pricing methods that may be applied for different types of transactions. There is no stated priority among these methods. Instead, the best method is to be selected by reference to the availability of the necessary data to apply the method, and by the degree of comparability between the tested transaction and the available uncontrolled transactions relied on in applying the method.” Não havendo ordem de prioridade na aplicação dos métodos, portanto, deve-se considerar o grau de comparabilidade entre transações controladas e transações entre terceiros independentes. Cf. “United States”, *Cahiers de Droit Fiscal International - Transfer Pricing and Intangibles*, vol. 92a, International Fiscal Association, 2007, pp. 631-632.

¹⁶⁰ Cf. *Regulations*, 1.482-1 (c) (1), *The Tax Treatment of Transfer Pricing*, vol. 4****, Amsterdã: International Bureau of Fiscal Documentation, folhas soltas, Suplemento nº 15, fevereiro de 1995, p. United States 406.

¹⁶¹ Cf. Baker & McKenzie, North American Tax PraGroup, “The Final Section 482 Regulations”, *Intertax* vol. 12, 1994, pp. 544 a 593 (550).

¹⁶² Cf. Ad Hoc Group of Experts on International Cooperation in Tax Matters, Tenth Meeting, *Transfer Pricing. History. State of the Art. Perspectives*, 26 de junho de 2001, p. 35.

te) controlada e os parâmetros entre pessoas não relacionadas, e o grau de confiabilidade dos dados e premissas usadas na análise.¹⁶³

5.2.1.6 A esse respeito, Patrick Cauwenbergh¹⁶⁴ afirma que a comparação, para fins de obtenção do *best method*, não necessariamente conduz a uma análise metódica de cada método possível, uma vez que a natureza dos dados disponíveis geralmente indica que determinado método será confiável, e outro não o será:

"In determining which method(s) provide(s) the most reliable measure of an arm's length result, the two primary factors that must be taken into account are (i) the degree of comparability between the controlled transaction (or taxpayer) and any uncontrolled comparables and (ii) the quality of the data and assumptions used in the analysis. The comparison to be performed under the 'best method' rule does not necessarily require a thorough analysis under every potential applicable method. The nature of the available data often indicates either that a particular method appears as the most reliable or that certain other specified methods would clearly be unreliable."

5.2.1.7 Por sua vez, a questão da comparabilidade, ou do grau de comparabilidade, depende da aplicação de cinco critérios de comparabilidade que devem ser levados em conta:

- Funções executadas (por exemplo: pesquisa e desenvolvimento; desenho do produto e sua engenharia; engenharia de processo e manufatura; fabricação do produto, extração e montagem; compra e administração de estoques; funções de distribuição e de *marketing*; transporte e armazenamento; supervisão geral do negócio etc.).
- Riscos assumidos (por exemplo: riscos de mercado; sucesso ou fracasso em experiências de pesquisa e desenvolvimento; riscos financeiros; riscos de crédito; riscos quanto à responsabilidade pelo produto e riscos gerais do negócio).
- Condições contratuais (por exemplo: forma do pagamento do preço; prazo de pagamento; volume de compras ou vendas; garantias; direito a atualizações e novas versões do produto; duração do contrato; transações acessórias e complementares; previsão de serviços auxiliares).

¹⁶³ Cf. Regulations, 1.482-1 (c) (2), nota 121, *supra*.

¹⁶⁴ Cf. Patrick Cauwenbergh, "Does the Arm's Length Standard Require a Flexible or Rigid Interpretation?", *International Transfer Pricing Journal* n° 3, vol. 4, maio/junho de 1997, p. 139.

- Condições econômicas (por exemplo: alternativas à disposição das partes; mercados geográficos; tamanho e nível do desenvolvimento econômico do mercado; nível do mercado; participação do produto/serviço no mercado; localização de custos específicos e grau de concorrência).

- Tipo de propriedade ou serviço sendo transferido¹⁶⁵.

5.2.2 À obrigatoriedade de exame de todos os métodos disponíveis, em busca do "melhor método", contrapõe-se a linha da OCDE, para a qual nem a Administração nem o contribuinte devem ser obrigados a examinar mais de um método.

5.2.2.1 Relata Hubert Hamaekers que, quando da publicação do Relatório da OCDE de 1979, havia poucas diferenças entre os países membros em relação à escolha e aplicação dos métodos¹⁶⁶. Comumente, dava-se preferência à aplicação do método CUP. Na impossibilidade de sua aplicação, era escolhido um dos outros dois métodos tradicionais.

5.2.2.2 Conforme mencionado, as *US Regulations* de 1968 davam prioridade ao CUP e ao *resale price method* em relação ao *cost-plus*, o que não causava grandes problemas internacionalmente, visto que a aplicação de cada um desses métodos ocorre em situações tipicamente diferentes. No entanto, a introdução do *best method rule* nos Estados Unidos, com a onerosa exigência de documentação para o contribuinte comprovar se, de fato, escolheu o melhor método, criou grandes diferenças na aplicação do princípio *arm's length* entre os países membros da OCDE¹⁶⁷.

5.2.2.3 A OCDE tentou superar tais diferenças com a publicação dos *Guidelines*, em 1995. Em tal documento, foi dada maior ênfase à questão da comparação, assim como na regulamentação norte-americana¹⁶⁸. No entanto, o *best method rule* foi rejeitado, conforme se infere dos seguintes trechos dos *Guidelines*¹⁶⁹:

"2.11 The arm's length principle does not require the application of more than one method for a given transaction (or set of transactions that are appropriately aggregated following the standard described at paragraph 3.9), and in fact undue reliance on such an approach could create a significant burden for taxpayers. Thus, these Guidelines do not require either the tax examiner or taxpa-

¹⁶⁵ Cf. Thomas O. Horst, *op. cit.* (nota 158), p. United States 15.

¹⁶⁶ Cf. Hubert Hamaekers, "Introductory Speech - Income Allocation in the 21st Century: the End of Transfer Pricing?", *International Transfer Pricing Journal* n° 3, vol. 12, maio/junho de 2005, pp. 96-97.

¹⁶⁷ Cf. Hubert Hamaekers, *op. cit.* (nota 166), pp. 96-97.

¹⁶⁸ Cf. Hubert Hamaekers, "Arm's Length - How Long?", *International Transfer Pricing Journal* n° X, vol. X, março/abril de 2001, p. 31.

¹⁶⁹ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21).

yer to perform analyses under more than one method. While in some cases the selection of a method may not be straightforward and more than one method may be initially considered, generally it will be possible to select one method that is apt to provide the best estimation of an arm's length price."

5.2.2.4 A OCDE reconhece que nenhum dos métodos pode ser aplicado a toda e qualquer situação possível, sendo desnecessário que o contribuinte ou o Fisco prove que determinado método é inaplicável, para que se possam socorrer de outros métodos¹⁷⁰.

5.2.2.5 Atualmente, entende-se que a regra do melhor método, no sentido de que não há ordem de prioridade entre os métodos, é aplicada na maioria dos países, e não apenas nos Estados Unidos. Patrick Cauwenbergh¹⁷¹ agrupa tais países em três categorias:

- i) países como Canadá e Austrália¹⁷², que seguem a abordagem dos Estados Unidos de maneira estrita;
- ii) países como Bélgica¹⁷³, Dinamarca, México, Holanda, Noruega, Singapura e Reino Unido, que adotaram o *best method rule* antes de sua inserção nas *US Regulations*. De modo geral, tais países dividem o ônus da prova da inadequação do método entre Fisco e contribuinte, de forma mais razoável do que ocorre nos Estados Unidos;

¹⁷⁰ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), parágrafo 2.11.

¹⁷¹ Cf. *op. cit.* (nota 164), pp. 140-141.

¹⁷² Sobre a aplicação dos preços de transferência na Austrália, cf. Anton Joseph, "Transfer Pricing Comparability: Perspectives of OECD, Australia and United States", *International Transfer Pricing Journal* n° 2, vol. 14, março/abril de 2007, pp. 89-99 (93-94). Baseando-se na legislação daquele país, o autor descreve os passos para o cálculo dos preços de transferência: (i) caracterização da transação internacional; (ii) determinação da metodologia de preços de transferência adequada; (iii) determinação do resultado *arm's length*; (iv) procedimentos de implementação e apoio.

¹⁷³ Na realidade, até 1999, a Bélgica não possuía um sistema legal hierárquico dos métodos de preços de transferência, sendo as questões relativas a esse assunto resolvidas caso a caso. Em 1999, foi publicada a primeira circular administrativa sobre preços de transferência, que fazia referência explícita aos *Guidelines* da OCDE. Assim, não se aplica mais na Bélgica o *best method rule*: "Following the OECD Guidelines, there is no 'best method rule'. As a general rule, it can be said that the Belgian tax authorities prefer the traditional methods (comparable uncontrolled price (CUP), cost plus and resale price) to assess the arm's length nature of intercompany pricing. Nonetheless, experience shows that applying other (profit-based) methods is acceptable if the taxpayer can demonstrate that the facts and circumstances of the case do not allow the use of one of the traditional methods." (Cf. Patrick Cauwenbergh, Ann Gaubomme e Luc Hinnekens, "Transfer Pricing in Belgium - Rulings and Practice", *Bulletin for International Taxation*, IFA Issue, agosto/setembro de 2008, pp. 384-395 (384-385))

iii) países como França, Alemanha¹⁷⁴, Irlanda, Japão, Luxemburgo, Suécia e Suíça, que dão prioridade aos métodos tradicionais frente aos demais métodos. Em cada uma dessas categorias de métodos, o *best method rule* é aplicado.

5.2.2.6 O autor conclui, de acordo com sua pesquisa, que apenas poucos países não aplicam algum tipo de *best method rule*.

5.2.2.7 Seria o caso de se questionar, portanto, se o Brasil, país não analisado nos estudos de Cauwenbergh, segue, ou não, o *best method rule*.

Solução Brasileira

5.3 Em primeiro lugar, deve-se notar que a legislação brasileira de preços de transferência não prevê qualquer ordem de prioridade entre os métodos. Se a ausência de previsão de ordem de prioridade, conforme sustenta Cauwenbergh, indica a presença de alguma forma de *best method rule*, poder-se-ia concluir que este seria o caso brasileiro. Todavia, a análise mais cuidadosa da legislação leva à conclusão oposta. Com efeito, o legislador brasileiro afasta do âmbito nacional qualquer questionamento acerca do melhor método, ou do mais apropriado. Excetuados os casos de *commodities*, a que se reservaram métodos específicos e obrigatórios, valem o parágrafo 4º do artigo 18, no que tange à importação, e o parágrafo 5º do artigo 19, concernente à exportação, ambos da Lei n° 9.430/96, que são claros ao admitir o emprego de mais de um método e a adoção do mais conveniente ao contribuinte. Este método será, no caso da importação, aquele que oferece o maior parâmetro e, no caso da exportação, o que considerar o menor dos valores apurados:

"Art. 18. (...)

§ 4º Na hipótese de utilização de mais de um método, será considerado dedutível o *maior valor apurado*, observado o disposto no parágrafo subsequente.

(...)

Art. 19. (...)

§ 5º Na hipótese de utilização de mais de um método, será considerado o *menor dos valores apurados*, observado o disposto no parágrafo subsequente."

¹⁷⁴ Na Alemanha, em 2008, com a edição de novas regras de preços de transferência (2008 Business Reform Act), estabeleceu-se em lei a prioridade dos métodos *comparable uncontrolled price*, *resale minus* and *cost plus*. Sobre a reforma nas regras de preços de transferência alemãs, cf. Stephan Schnorberger, "Arm's Length Principles, Exit Tax and Commensurate with Income Standard: some Practical Thoughts on the New German Transfer Pricing Rules 2008", *Intertax* n° 1, vol. 36, 2008, pp. 25-28 (25).

5.3.1 Como se pode notar, excetuados os casos das *commodities* sujeitas a cotação em bolsas de mercadorias e de futuros, a legislação brasileira de preços de transferência não exige que se aplique o método que melhor reflita determinada operação, mas, determina que se deve considerar o método que implicar menor ajuste. Em outras palavras, não há que se falar em *best method*, mas sim em aplicação do método mais favorável ao contribuinte. A opção do legislador brasileiro, diferentemente do norte-americano, foi pela liberdade na escolha do método pelo contribuinte.

5.3.2 Na verdade, há até certa imprecisão técnica ao se citar a “escolha” do método pelo contribuinte. Cabe observar que o texto original da Lei nº 9.430/96 não exigia que o contribuinte “escolhesse” um método; ao contrário, a hipótese legal considerava o caso de utilizar-se mais de um método. Afastava-se, com isso, a ideia de que o legislador teria imposto ao contribuinte o ônus de escolher apenas um método, arcando com a consequência de sua escolha. O assunto será retomado no item 5.8.9.

5.3.3 Entretanto, há que se ver que outro raciocínio vale a partir da edição da Lei nº 12.715/12. Tal norma fez acrescentar, na Lei nº 9.430/96, o artigo 20-A, dispondo que, efetuada a opção por um dos métodos para determinado ano-calendário, não será admitida sua alteração após o início da fiscalização. Esse ponto merece especial atenção, já que, conforme a nova redação legal, não mais será possível, de regra, apresentar novo método, após o início da fiscalização, mesmo que se conclua ser ele mais favorável.

5.3.4 Por outro lado, também se prevê que, na desconsideração - por ato motivado da fiscalização - do método escolhido, o contribuinte deva ser intimado para apresentar novo cálculo por outro método no prazo de trinta dias. Por ser matéria procedimental, a nova regra pode ser de aplicação imediata, não cabendo falar em retroatividade. O que resta, entretanto, é compreender se de fato as autoridades administrativas a aplicarão de imediato, já que, a IN nº 1.312/12, ao dispor sobre o tema em seu artigo 40, não é precisa (fala-se em “a partir do ano-calendário de 2012”), deixando margem de dúvida ao intérprete.

5.3.5 Ponto que merece ser notado é que não foi revogado o parágrafo 4º do artigo 18, acima reproduzido. Ou seja, embora a lei passe a tornar inviável a alteração de método após o início da fiscalização, continua-se a admitir a utilização de mais de um método cabendo, em tal caso, observar-se o resultado mais favorável. Daí que, nos estritos termos da lei, tem o contribuinte o direito de, no início da fiscalização, informar o emprego de mais de um método.

5.3.5.1 Em termos práticos, entretanto, tal procedimento não parece necessário. Na nova disciplina legal, quando a fiscalização discordar do resultado apresentado pelo contribuinte deve, de todo o modo, intimá-lo a

apresentar novos resultados. Daí que mesmo que o contribuinte não tenha, no início da fiscalização, informado a existência de cálculos com outros métodos, essa oportunidade será aberta, quando for o caso.

5.3.5.2 Um ponto que merece atenção é que a possibilidade de apresentação de novos cálculos não se limita à rejeição do método escolhido pelo contribuinte, mas também se estende a discordância quanto aos cálculos, propriamente ditos.

Consistência na Aplicação dos Métodos

5.4 Versando sobre a apuração de um parâmetro para a importação, a autoridade administrativa, ainda que reconhecendo a dedutibilidade do maior valor apurado, entendia, desde o disposto no parágrafo 2º, artigo 4º, da IN nº 38/97, dever “o método adotado pela empresa ser aplicado, consistentemente, por bem, serviço ou direito, durante todo o período de apuração”.

5.4.1 Investigando o artigo 18 da Lei nº 9.430/96, não se encontrava de modo literal a restrição acima, podendo-se cogitar, em princípio, do emprego de mais de um método no mesmo período de apuração. A Lei nº 12.715/12 altera tal cenário, ao se referir a opção do contribuinte por um método.

5.4.2 De todo o modo, o parágrafo 1º do artigo 18 da Lei nº 9.430/96, mesmo em sua redação original, parecia suficiente para se concluir pela necessidade de consistência na aplicação dos métodos, já que exige que na apuração das médias aritméticas que dão base ao cálculo dos parâmetros ali referidos, considerem-se “os preços praticados e os custos incorridos durante todo o período de apuração da base de cálculo do imposto de renda a que se referirem os custos, despesas ou encargos”.

5.4.3 Cabe ressaltar ser criticável a decisão do legislador brasileiro, ao exigir se computem resultados de todo o período-base. Melhor serviria ao princípio *arm's length* se fossem tomadas apenas transações contemporâneas às examinadas, já que assim os possíveis reflexos da sazonalidade seriam percebidos. Ademais, o contribuinte fica à mercê de que sua negociação possa ser questionada em razão de variações de preços posteriores à própria transação.

5.4.4 Por outro lado, se o cálculo leva em conta - por mandamento legal - todas as transações do período, poder-se-á entender não prejudicar o contribuinte a obrigatoriedade do emprego consistente de um método durante todo o período, já que não haveria razão para o contribuinte deixar de empregar, durante todo o ano, aquele método cujo resultado, afinal, seja-lhe mais favorável, desde que se fale de transações semelhantes.

5.4.4.1 Entretanto, dependendo do caso concreto, as alterações sazonais de preços de certos produtos têm obrigatoriamente de ser levadas em

conta, sob pena de descumprimento do princípio *arm's length*. Essa é a situação de produtos que durante um ano tenham uma flutuação grande de preço, como é o caso de *commodities*. Um barril de petróleo cotado em bolsa, por exemplo, pode ter o seu preço alterado consideravelmente em um mesmo dia, sendo absolutamente injustificável tomar-se todas as operações de um ano em média aritmética.

5.4.4.2 Daí ser compreensível o legislador ter submetido as *commodities* a métodos específicos (PCI e PECEX), baseados em valores médios diários da cotação em bolsas de mercadorias e futuros.

5.4.4.3 Nesse ponto, cabe destacar a correta determinação do Poder Executivo, que, ainda antes do advento da Lei nº 12.715/22, não fechou os olhos para a questão, estabelecendo no parágrafo 2º do artigo 11 da IN nº 243/02 que “serão consideradas, também, as variações acidentais de preços de *commodities*, quando comprovadas mediante apresentação de cotações de bolsa, de âmbito nacional ou internacional, verificadas durante o período”. Embora a Instrução Normativa fosse expressa em relação a *commodities*, hoje sujeitas a métodos específicos, não há razão para que igual raciocínio não se estendesse a todos os casos em que as transações controladas puderem sofrer variações de preços expressivas durante o período considerado.

5.4.4.4 Acrescente-se que também as variações cambiais deverão ser consideradas¹⁷⁵, de acordo com o parágrafo 1º do mesmo artigo. Não poderia ser de outro modo, tendo em vista que, na busca da comparabilidade com transações independentes, quaisquer variações relevantes nessa operação devem ser consideradas, inclusive aquelas não previstas em lei ou instrução normativa.

5.4.5 Não foi outro o intuito da Lei nº 11.196/05, ao autorizar o Ministro da Fazenda a instituir mecanismos de ajuste para mitigar os impactos relativos à apreciação da moeda nacional frente a outras moedas.

5.4.5.1 Efetivamente, no que concerne aos preços de transferência nas exportações, cabe ainda apresentar um breve comentário acerca de medidas legislativas que tratam da desvalorização cambial.

5.4.5.2 A referida lei, que reproduziu a parcela majoritária dos dispositivos da Medida Provisória nº 255 (a chamada “MP do Bem”), de 01/07/05, trouxe, em seu artigo 36, a seguinte disposição:

“Art. 36. Fica o Ministro da Fazenda autorizado a instituir, por prazo certo, mecanismo de ajuste para fins de determinação de

¹⁷⁵ Não obstante, no Acórdão nº 16-21.792, de 29/06/09, da 4ª Turma da DRJ/SP, decidiu-se o seguinte: “Variação Cambial. Não há previsão na legislação tributária para incluir no cálculo do preço parâmetro a variação cambial das exportações, assim como não há previsão para incluir a variação cambial das importações no cálculo do preço praticado.”

preços de transferência, relativamente ao que dispõe o *caput* do art. 19 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, bem como aos métodos de cálculo que especificar, aplicáveis à exportação, de forma a reduzir impactos relativos à apreciação da moeda nacional em relação a outras moedas.

Parágrafo único. O Secretário-Geral da Receita Federal do Brasil poderá determinar a aplicação do mecanismo de ajuste de que trata o *caput* deste artigo às hipóteses referidas no art. 45 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003.”

5.4.5.3 O *caput* desse artigo, cumpre observar, faz referência ao artigo 19 da Lei nº 9.430/96, o qual, por seu turno, traz a disciplina de preços de transferência aplicável às receitas auferidas em operações de exportação praticadas por empresas brasileiras.

5.4.5.4 Assim, pode-se inferir da leitura do artigo 36 da Lei nº 11.196/05 que o legislador conferiu ao Ministro da Fazenda a atribuição de instituir medidas que visem mitigar os efeitos nocivos da variação cambial nas exportações, para fins de aplicação das regras de preços de transferência pátrias.

5.4.5.5 No dia 29 de dezembro de 2005, o Ministério da Fazenda editou a aguardada regulamentação prevista nesse dispositivo, consubstanciada na Portaria MF nº 436/05. Segundo dispõe o artigo 1º de tal ato administrativo, *excepcionalmente para o ano-calendário de 2005* poderão ser ajustados, mediante multiplicação, pelo fator de 1,35, (i) as receitas de vendas de exportações, para efeito do cálculo de comparação com as vendas do mesmo bem no mercado interno, e (ii) o preço praticado pela pessoa jurídica nas exportações para pessoas vinculadas.

5.4.5.5.1 No ano seguinte, a Portaria MF nº 425/06, instituiu o fator de ajuste 1,29 a ser aplicado para o ano-calendário de 2006; a Portaria MF nº 329/07, determinou a aplicação do fator de 1,28 para o ano-calendário de 2007; o fator de 1,20 foi instituído pela Portaria MF nº 310/08, a ser aplicado para o ano-calendário de 2008; para o ano-calendário de 2010, a Portaria MF nº 4/11, estabeleceu a aplicação do fator de 1,09, com fins de reduzir os impactos da variação cambial nas exportações¹⁷⁶. Para o ano-calendário de 2011, foi estabelecida a aplicação do fator de 1,11 pela Portaria MF nº

¹⁷⁶ No Acórdão nº 16-22.828, de 15/09/09, da 5ª Turma da DRJ/SP, apontou-se o seguinte a respeito da interpretação das regras que estabelecem os fatores de ajuste: “Receitas de Exportação e Preço Praticado. Fator de Correção. Inaplicabilidade. Tratando-se de exclusão de crédito tributário, a interpretação das normas que estabelecem a aplicação de coeficientes de correção sobre o valor das receitas de exportação e sobre o preço praticado deve ser literal, não cabendo a sua extensão por analogia.”

563/11. Finalmente, para 2012, o assunto foi objeto da IN nº 1.321/13, que estipulou o fator 1,00.

5.4.5.6 Com a edição de tais medidas, buscou-se mitigar os efeitos negativos da variação cambial nas exportações brasileiras, de modo a que não sejam desestimuladas. Ressalte-se, por fim, que as portarias não são aplicáveis a todas as exportações, de maneira geral.

Análise Produto a Produto e Transação a Transação

5.5 Não decorria do texto original da lei a expectativa do Fisco¹⁷⁷, expressa no parágrafo 2º do artigo 4º da IN nº 243/02 (originariamente previsto na IN nº 38/97 e, posteriormente, na IN nº 32/01), de que se aplicasse o método “por bem, serviço ou direito”¹⁷⁸. Apenas com o advento da Lei nº 12.715/12, fruto da conversão da Medida Provisória nº 563/12, a Lei nº 9.430/96 passou a determinar de forma expressa a chamada “análise produto a produto” em seu artigo 20-B, onde se lê que “a utilização do método de cálculo de preço-parâmetro, de que tratam os arts. 18 e 19, deve

¹⁷⁷ Nesse sentido, cf. Acórdão nº 12-22.744, de 05/02/09, da 7ª Turma da DRJ/RJ: “Transferência. Método PRL. Apuração de Margem de Lucro por Pacote, Kit ou Cesta de Bens (*Basket Approach*). O sistema jurídico brasileiro adotou o mecanismo de controle produto a produto, no controle e fiscalização das transferências de preços entre pessoas vinculadas ou entre residentes e pessoas independentes situadas em países com regime de tributação favorecida.” O Fisco manifestou seu entendimento pela necessidade da análise produto a produto também no Acórdão nº 16-34.062, de 04/10/11, da 5ª Turma da DRJ/SP, no Acórdão nº 01-22.606, de 11/08/11, da 1ª Turma da DRJ/BEL, no Acórdão nº 16-30.529, de 28/03/11, da 5ª Turma da DRJ/SP.

¹⁷⁸ Em sentido contrário, aceitando o cálculo dos preços de transferência por pacote de produtos ou kits, cf. as Soluções de Consulta COSIT nº 26, de 11/12/01, e nº 11, de 24/08/04. Eis o que dispõe a ementa da segunda solução de consulta mencionada: “Preços de Transferência. Método CPL. Bens Importados sob a Forma de Kits. A legislação tributária sobre preços de transferência não prevê restrição ao uso do método Custo de Produção mais Lucro (CPL) para avaliação do preço parâmetro de bens importados sob a forma de kits. Para a utilização do método CPL, o contribuinte deverá demonstrar que sua documentação comprobatória está adequada aos preceitos estabelecidos na legislação pertinente à matéria. Se no curso de fiscalização pela Secretaria da Receita Federal a empresa não indicar o método por ela adotado, ou deixar de apresentar a documentação por ela utilizada como suporte para determinação do preço praticado e as respectivas memórias de cálculo para apuração do preço parâmetro e, inclusive, para as dispensas de comprovação, ou, ainda, se for constatado que os documentos são insuficientes ou imprestáveis para formar a convicção quanto ao preço, os Auditores-Fiscais da Receita Federal encarregados da verificação poderão determiná-lo com base em outros documentos de que dispuserem, aplicando um dos métodos referidos na legislação pertinente e, se necessário, alterar o cálculo do preço parâmetro por item.”

ser consistente por bem, serviço ou direito”. A matéria se encontra reproduzida no parágrafo 1º do artigo 4º da IN nº 1.312/12.

5.5.1 Buscando o tratamento dispensado pela OCDE à questão, verifica-se que os *experts* daquela entidade reconhecem que a busca de parâmetros *arm's length* pode exigir que se avaliem em conjunto transações isoladas contratadas por empresas associadas; ao mesmo tempo e com o mesmo fito, pode ser necessário desmembrar-se uma única transação, para avaliação individual. Assim, por exemplo, é possível que uma mesma negociação (*package deal*) envolva simultaneamente o fornecimento de mercadoria e a prestação de diversos serviços¹⁷⁹. Diga-se, neste particular, que em muitos ramos, a venda de mercadorias sem a prestação de serviços é quase inexistente. Tome-se, como exemplo corriqueiro, a venda de um carpete, que na prática do mercado vem sempre acompanhada de sua instalação. Ora, buscar o preço da mercadoria em separado do preço do serviço de instalação é dar preferência a resultados artificiais, que nada dizem respeito às condições que empresas independentes contratam no mercado (*arm's length*).

5.5.1.1 Campo onde o tema apresenta especial relevo é o das indústrias automobilísticas e de autopeças, em que se encontra, comumente, a comercialização de produtos ligados. No caso de veículos automotores, é comum a venda de diferentes versões de um mesmo modelo automotivo (com preços e custos diferenciados); também comum é a produção de automóveis de diferentes modelos, fabricados com uma única “plataforma”, como, por exemplo, um modelo “sedan”, um modelo “perua”, um modelo “utilitário leve”, um modelo “três volumes” etc., cada qual com diferentes preços e características. Tratar cada um desses modelos isoladamente pode comprometer gravemente a análise de preços de transferência, já que a montadora busca sempre a rentabilidade daquela família de produtos, desprezando o desempenho de cada item isoladamente. Aliás, a própria estratégia mercadológica da indústria automobilística costuma se reger pela premissa dos cestos de produtos, na medida em que os modelos derivados em geral beneficiam-se da diluição dos custos de projeto e desenvolvimento do protótipo básico.

5.5.2 Com a autoridade de *ex-Chairman* (1979-1982) do Grupo de Trabalho 6 do Comitê de Assuntos Tributários da OCDE (que trata da tributação de empresas multinacionais) e também *ex-Chairman* (1981-1989) do Grupo *ad hoc* de Especialistas de Cooperação Internacional em Matéria Tributária das Nações Unidas, Maurice H. Collins debruça-se sobre o tema, condenando a obrigatoriedade da análise produto a produto. Afirma o autor:

¹⁷⁹ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), parágrafo 3.11.

“Pode ser apropriado, em alguns casos, testar os preços de transferência de uma entidade pertencente a um grupo, por meio de referência ao preço total para um cesto de seus produtos e/ou serviços. Uma empresa pode, em determinadas circunstâncias, determinar seus preços de transferência dessa forma (...). Assim fazendo, ela pode argumentar que se as partes na transação fossem independentes, negociando em bases *arm's length*, o preço seria negociado de modo similar (com as limitações gerais impostas pelo mercado), de modo a dar a ambas as empresas um retorno satisfatório no somatório das negociações entre as empresas, sem que qualquer das partes necessite observar muito atentamente a formação do preço de produtos individualizados (...).”¹⁸⁰

5.5.2.1 Essa referência ao preço total para um cesto de produtos e/ou serviços, conhecida como *basket approach*, ou *aggregated arm's length test*¹⁸¹, fica ainda mais justificada quando se toma em conta a argumentação, desenvolvida por Collins, de que o artigo 9º da Convenção-Modelo da OCDE, ao permitir que os Estados Contratantes ajustem os lucros decorrentes de transações entre empresas associadas, não exige que isso se faça invariavelmente por meio de ajuste para cada produto ou serviço, individualmente. Neste sentido, argumenta Collins, pode-se sustentar, consistentemente, que os preços de transferência de uma empresa estarão satisfatoriamente protegidos pelo método de cestos de produtos¹⁸². Com efeito, aquele artigo apenas autoriza os ajustes nos casos em que as condições da transação diferem daquelas que seriam estabelecidas entre empresas independentes. Constatado que, de regra, empresas independentes efetuam transações envolvendo conjuntos de produtos, sem se importar com o preço individual, desde que na somatória se obtenha lucro com a transação, não há como negar a compatibilidade de tal tratamento com o princípio *arm's length*.

5.5.2.2 Na prática norte-americana, encontra-se também a consideração por cestos. Nos termos da regulamentação vigente naquele país, embora os métodos ali descritos façam em geral referência a transações individuais, deve-se reconhecer que pode ser pouco prático analisar cada transação individualizada, para daí apurar um preço *arm's length*, se o contribuinte tem transações controladas que envolvem diversos produtos, ou diversas transações separadas envolvendo o mesmo produto. Em tais casos, as normas declaram ser “permitido avaliar os resultados *arm's length* apli-

¹⁸⁰ Cf. Maurice H. Collins, *International Transfer Pricing in the Ethical Pharmaceutical Industry*, Amsterdã: IBFD, 1993, p. 108.

¹⁸¹ Cf. Jens Wittendorf, *op. cit.* (nota 31), p. 343.

¹⁸² Cf. *op. loc. cit.* (nota 180).

cando os métodos apropriados ao resultado global de linhas de produtos ou outros agrupamentos”¹⁸³.

5.5.2.3 Na doutrina alemã, o *basket approach* aparece sob a expressão *Palettenbetrachtung*, o que pode ser traduzido como uma consideração (tratamento) por paletas. Por sua vez, a paleta, originariamente se referindo àquela tábua, geralmente com um furo, onde o pintor espalha suas tintas, tem, hoje, na linguagem daquele país uma ideia de um sortimento, de uma gama. Neste sentido, a *Palettenbetrachtung* propõe que o exame de razoabilidade não se faça com base no preço de cada produto, isoladamente considerado, mas de uma série de produtos que se compreendem numa paleta, *i.e.*, produtos e serviços assemelhados ou de algum modo relacionados. Tal o caso, na lembrança de Borstell, daqueles produtos que se oferecem sem lucro, ou mesmo com prejuízo, porque eles são decisivos para a venda de outros produtos (lucrativos). Nessas circunstâncias, a adequação dos preços de transferência já não se faz por produto, mas a partir do saldo¹⁸⁴, cabendo assegurar que para toda a gama de produtos e serviços tenha sido ajustado um preço total adequado¹⁸⁵, sem se voltar à razoabilidade do preço isolado do produto ou do serviço, de modo que não se faz necessário que o preço de cada produto ou serviço individual, numa transação controlada, esteja em conformidade com o parâmetro da comparação com terceiros, sendo mais relevante que todo o sortimento tenha sido negociado a um preço total adequado¹⁸⁶.

5.5.2.4 Tampouco aos especialistas das Nações Unidas o tema passou despercebido. Incluíram em seu “Manual Prático” a ideia de que por vezes, transações são tão ligadas que a consideração isolada de cada transação não levaria a resultado confiável. Depois de citar o exemplo de uma licença de *know how* associada ao fornecimento dos componentes necessários à exploração daquela licença, evidencia a existência de transações inter-relacionadas, exigindo a consideração de contratos compostos ou de pacotes (*package deals*), contendo diversos itens, como aluguel, venda e licença, todos compreendidos em um único negócio, o que requer, para efeito de análise de preços de transferência, a consideração do todo¹⁸⁷.

¹⁸³ Cf. *U.S. Regulations*, § 1.482-1(F)(2)(IV).

¹⁸⁴ Cf. Thomas Borstell, “Palettenbetrachtung” (verbete), *Handbuch der Verrechnungspreise*, Alexander Vögele (resp.), Munique: Beck, 1997, p. 16.

¹⁸⁵ Cf. Humbertus Baumhoff, “Internationale Verrechnungspreise - Die Palettenbetrachtung, eine Weiterentwicklung des Vorteilsausgleichs?”, *Internationales Steuerrecht* n° 12/94, Munique: Beck, pp. 593-594 (593).

¹⁸⁶ Cf. Humbertus Baumhoff, in Hans Flick, Franz Wassermeyer e H. Beck (orgs.), *Kommentar zum Außensteuerrecht*, vol. I, 6ª edição, Colônia: Otto Schmidt, pp. 409-410.

¹⁸⁷ Cf. United Nations, *UN Practical Manual for Developing Countries*, Capítulo 5,

5.5.3 Do acima exposto parece lícito concluir que o princípio *arm's length*, conquanto tolere, de regra, uma análise por produto ou por serviço, por vezes pode impor o agrupamento de produtos, seja para melhor comparabilidade com outros “pacotes” semelhantes, seja porque empresas independentes também negociam por “pacotes” (cestos), importando, em tais casos, a lucratividade da somatória dos produtos. Mais do que isso, constata-se que a um mesmo produto pode ser necessário dar tratamento diverso, inclusive com a aplicação de métodos diversos, conforme tal produto faça parte de um cesto ou se relacione a transações a serem compensadas, ou esteja o produto incluído em uma transação que em nada tem a ver com outras transações.

5.5.4 Voltando ao texto legal brasileiro, verifica-se que, até a edição da Medida Provisória nº 563/12, posteriormente convertida na Lei nº 12.715/12 e a inserção do artigo 20-B na Lei nº 9.430/96, em nenhum momento havia menção expressa à obrigatoriedade do tratamento individualizado por “por bem, serviço ou direito”. Este se depreendia da Instrução Normativa, não da lei. Dado o consenso internacional favorável ao *basket approach*, a solução do legislador brasileiro merece crítica, já que se desvia do princípio *arm's length*, sem que transpareça uma justificativa para tal deslize.

5.5.4.1 Curiosamente, a IN nº 38/97 já reconhecia, por exemplo, ao tratar dos ajustes no método dos preços independentes comparados (importação) e nos métodos aplicáveis às exportações, que as quantidades negociadas podem exercer influência sobre os preços (artigo 7º, parágrafo 1º, II e 15, parágrafo 1º, II, respectivamente). A IN nº 243/02 reconhece esse mesmo fator nos artigos 9º (parágrafo 1º, II) e 15 (parágrafo 1º, II). Ora, tal reconhecimento apenas faz sentido se as autoridades compreendem que todas as prestações e compensações em um negócio comutativo devem ser compensadas reciprocamente¹⁸⁸. Se assim é, não há como deixar de reconhecer que pode haver reduções de preços que se fazem em vista de uma relação comercial de longo prazo¹⁸⁹. Do mesmo modo, faz parte de um único negócio - e como tal deve ser analisada no caso dos preços de trans-

parágrafos 5.3.1.3.2 e 5.3.1.3.4 (atualizado até outubro de 2012), disponível em http://www.un.org/esa/ffd/tax/documents/bgrd_tp.htm.

¹⁸⁸ Disse a corte fiscal federal alemã: “Prestações e Contraprestações de um Contrato Bilateral devem Sempre ser Compensadas”. No original: “Leistungen und Gegenleistungen aus einem gegenseitigen Vertrag sind immer auszugleichen”. Cf. *Bundessteuerblatt* 1977 II, pp. 704/705.

¹⁸⁹ Cf. Helmut Becker e Heinz-Klaus Kropfen, *Handbuch Internationale Verrrechnungspreise* (Flick, Wassermeyer, Becker, *Kommentar zum Außensteuerrecht*, vol. IV), 6ª edição, Colônia: Otto Schmidt, folhas soltas, Suplemento nº 16, setembro de 1983, pp. 12/54.

ferência - uma redução num preço de um produto, que permite que se venda outro com alta margem de lucro.

5.5.5 Ora, se o princípio *arm's length* não se restringe à análise por produto ou por serviço, e se esta análise tampouco era prevista expressamente na lei, parece mais correto entender que o legislador de 1996, em coerência com o princípio que o guiou, abriu a possibilidade de análises por pacotes de transações, quando tais análises revelassem-se hábeis a mostrar as condições que teriam sido contratadas entre empresas independentes (*arm's length*). Como visto, tal possibilidade apenas foi restringida em 2012 e, ainda assim, merece toda crítica.

5.5.6 Conclui-se, então, ser incorreta a premissa das autoridades fiscais, de que, sem que houvesse mandamento legal acerca do assunto, as análises far-se-iam por produto e por serviço¹⁹⁰. Se assim é, também sem base legal ficava o mandamento de que se aplicasse apenas um método para cada produto ou serviço, sendo perfeitamente compatível com o princípio *arm's length* - neste ponto, insista-se, não contrariado até que fosse inserido o artigo 20B na Lei nº 9.430/96 - que se tomassem conjuntos de produtos, ainda que objetos de transações individuais entre as partes ligadas, para alcançar-se, a partir de seu todo, as condições que teriam sido contratadas entre empresas independentes.

5.5.6.1 Nestes termos, verifica-se que, em pelo menos duas ocasiões, o então Conselho de Contribuintes equivocou-se ao rejeitar a perspectiva do *basket approach*. No Acórdão nº 101-96.665, de 17/04/08, a Conselheira Sandra Maria Faroni entendeu que a então IN nº 38/97, “ao determinar a análise produto a produto, não desrespeita a lei nem fere o princípio da legalidade. Se a lei se limita a definir o PRL como sendo a média aritmética do preço de revenda dos bens e direitos, a norma administrativa que disciplina a forma de apurar esse preço médio não resvala do seu campo de atribuição, que é estabelecer as regras para concretizar o comando da lei.”

5.5.6.2 Da mesma forma, o Conselheiro Aloysio José Percínio da Silva, no Acórdão nº 101-96.678, também de 17/04/08, exprimiu o posicionamento de que o englobamento de diversos produtos em uma “cesta” por razões de mercado - ou por estratégia comercial - não é possível para fins de apuração de preços de transferência.

¹⁹⁰ É este também o entendimento de Paulo Ayres Barreto, que conclui: “Logo, o Fisco, ao não permitir que os cálculos sejam realizados considerando a ‘cesta de produtos’, o faz sem base legal.” (Cf. Paulo Ayres Barreto, “O Tratamento Transnacional nos Preços de Transferência e seus Limites Constitucionais”, in Luís Eduardo Schoueri (coord.), *Tributos e Preços de Transferência*, vol. 3, São Paulo: Dialética, 2009, pp. 131-147 (143))

5.5.7 Questão que muito se assemelha à acima travada diz respeito à necessidade de analisar-se o parâmetro *arm's length* por transação, ou se é possível compensarem-se ganhos de uma transação com perdas em outra transação, prática que a legislação norte-americana conhece como *set-offs*¹⁹¹.

5.5.7.1 Note-se, de imediato, a diferença em relação ao tema antes tratado: quando se fala em *basket approach*, considera-se uma gama de produtos, os quais o empresário negocia em conjunto ou, mesmo os incluindo em transações separadas, tem em mente que às vezes o preço baixo em um produto isolado pode facilitar a venda de outro que é extremamente rentável. É como se os produtos isolados pudessem ser vistos como um grande produto, com um grande preço¹⁹². Na análise das transações, a questão já não fica na relação entre os produtos, mas na possibilidade de um prejuízo em uma transação poder ser compensado por lucro na outra. Assim, nota-se que a análise do *basket approach* antecede àquela da compensação entre as transações, porquanto versa sobre condições normalmente acertadas por um administrador escrupuloso, na conclusão de um negócio.

5.5.8 A OCDE faz referência à necessidade de uma análise de preços de transferência levar em conta as compensações (*intentional set-offs*), que ocorrem quando uma empresa oferece um benefício a outra empresa associada que é equilibrado, em certo grau, por vantagens recebidas de volta desta outra empresa. Em tais casos, a OCDE entende ser possível que a vantagem que cada qual recebeu seja compensada contra o benefício que ofereceu em pagamento parcial ou total das vantagens recebidas, de modo que apenas o ganho ou a perda líquida (se houver) sejam considerados para fins tributários. O exemplo da OCDE é o da empresa que licencia a outra o uso de uma patente, recebendo em troca transferência de tecnologia em outro campo, verificando-se que daí não resultou ganho ou perda para qualquer das partes. Tendo em vista que um acordo como esse poderia surgir entre partes independentes, a OCDE recomenda que seja examinado à luz do princípio *arm's length*, de modo a apurar as compensações. Tais compensações podem variar em tamanho e complexidade, desde um mero balanceamento entre duas transações (como uma venda de bens manufaturados por um preço favorável, em troca de um preço favorável na compra da matéria-prima usada na produção daqueles bens) até um acordo maior, compreendendo vantagens que se acumulam de lado a lado durante um período acertado contratualmente¹⁹³.

¹⁹¹ Cf. Wittendorf, Jens, *op. cit.* (nota 31), pp. 364 e ss.

¹⁹² Cf. Humbertus Baumhoff, *op. cit.* (nota 65), p. 369

¹⁹³ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), parágrafos 3.13 a 3.17.

5.5.9 Na legislação alemã encontra-se a possibilidade de compensação de vantagens auferidas em transações.

5.5.9.1 Na Alemanha, o conceito da compensação de vantagens é extraído do direito societário, encontrando-se, no parágrafo 311 da Lei das Sociedades Anônimas, instituto análogo, que, disciplinando a atuação da sociedade controladora, determina que esta não pode usar sua influência de modo a levar a controlada à celebração de negócios que lhe são prejudiciais, a não ser que as desvantagens sejam compensadas. Por sua vez, a segunda parte do mesmo dispositivo legal trata da forma como se deve dar a compensação, exigindo que esta se dê no mesmo exercício financeiro, ou que, no mais tardar no final do exercício em que ocorreu a desvantagem, esteja determinado quando e de que forma a desvantagem será compensada.

5.5.9.2 Com tal inspiração, também as normas administrativas sobre a compensação de vantagens foram rigorosas, apenas admitindo a compensação quando: (i) idêntica compensação seja igualmente concebível entre partes independentes; (ii) os negócios estejam correlacionados; (iii) as vantagens e desvantagens possam ser quantificáveis; e (iv) a compensação tenha sido contratada, ou tenha servido de motivo para o negócio em condições de desfavorecimento¹⁹⁴.

5.5.9.3 A compensação pressupõe transações nas quais: (i) em cada transação isoladamente considerada, uma das partes paga um preço muito alto ou muito baixo, de modo que o preço muito alto de uma cubra (ainda que parcialmente) o preço muito baixo de outra; ou (ii) a mesma parte em uma transação paga um preço muito alto e em outra um preço muito baixo¹⁹⁵.

5.5.9.4 O procedimento de compensação pressupõe duas fases: inicialmente, examina-se cada uma das transações, isoladamente tomada, verificando-se até que ponto o preço pago foi adequado ou não; em um segundo passo, examina-se até que ponto um preço muito baixo compensa-se por outro muito alto¹⁹⁶.

5.5.9.5 A correlação entre os negócios em condições de favorecimento e aqueles em que houve desfavorecimento parece ser o ponto em que as normas alemãs sofrem maiores críticas, fundadas principalmente no fato de que as diretrizes da OCDE, quando tratam da compensação, admitem-na inclusive em casos em que os negócios não estejam internamente rela-

¹⁹⁴ Cf. *op. cit.* (nota 66), Tz. 2.3.

¹⁹⁵ Cf. Hans Flick e Franz Wassermeyer, in Flick-Wassermeyer-Becker, *Kommentar zum Außensteuerrecht*, vol. I, 6ª edição, Colônia: Otto Schmidt, folhas soltas, Suplemento nº 40, novembro de 1997, pp. 401-402.

¹⁹⁶ Cf. Hans Flick e Franz Wassermeyer, *op. cit.* (nota 195).

cionados. Daí existirem dúvidas sobre a compatibilidade das normas internas alemãs com os acordos de bitributação que seguem a Convenção-Modelo da OCDE, que, neste tópico, trata de “relações comerciais ou financeiras”, no plural, implicando a necessidade de se considerar uma pluralidade de relações que, em conjunto, devem atender o parâmetro *arm's length*¹⁹⁷.

5.5.9.6 Na análise de Becker e Kroppen, toda a polêmica sobre a necessidade, ou não, da correlação, encontra-se no fundamento legal dos ajustes dos preços de transferência, que, na Alemanha, encontra-se disperso em mais de um diploma legal. Assim, quando para os preços de transferência aplica-se a disciplina da distribuição disfarçada de lucros, necessário faz-se tomar como parâmetro a atuação que um administrador diligente teria em idêntica situação, parece correto que se exija uma correlação entre ganhos e perdas, já que, afinal, não se poderia esperar daquele administrador outra atitude senão a de condicionar a concessão de benefícios à reciprocidade da outra parte¹⁹⁸ (embora também partes independentes não necessariamente exijam as reciprocidades em negócios correlacionados, sendo comum que a contrapartida de vantagens concedidas venha em negócios não relacionados¹⁹⁹). Quando, outrossim, a fundamentação da análise dos preços de transferência está na lei de tributação no exterior (*Außenssteuergesetz*), então já não mais se cogita do parâmetro do administrador escrupuloso, passando a ser fundamento da tributação assegurar que o Estado recebeu tudo aquilo que lhe era devido, ou seja, que nenhum rendimento que de outro modo caberia àquele Estado fugiu da tributação. Esta segunda fundamentação, entretanto, já não mais convive com a necessidade de exigir-se uma correlação estreita entre vantagens e desvantagens, já que, se apenas se compensarem vantagens e desvantagens correlacionadas, haverá o risco de o Estado não só ficar com todos os rendimentos que lhe pertenciam (pela anulação das vantagens dadas a partes ligadas), como também tributar rendimentos que não lhe sejam cabíveis (por não compensar as eventuais vantagens a terceiros com as desvantagens). Assim é que, na análise arguta dos autores, a restrição à compensação entre vantagens e desvantagens implica não a mera reposição de tributos evadidos, mas o próprio incremento da tributação, além daquilo que inicialmente se esperaria²⁰⁰.

¹⁹⁷ Cf. Günter Gundel, “Verrechnungspreise bei grenzüberschreitenden Lieferbeziehungen mit konzerngebundenen Vertreibsgesellschaften”, in Franz Klein Geburtstag, Hans Peter Stihl e Franz Wassermeyer (orgs.), *Unternehmen Steuern Festschrift für Hans Flick zum 70.*, Colônia: Otto Schmidt, 1997, pp. 781 a 804 (791); Helmut Becker e Heinz-Klaus Kroppen, *op. cit.* (nota 189), pp. 12/57.

¹⁹⁸ Cf. Helmut Becker e Heinz-Klaus Kroppen, *op. cit.* (nota 189), pp. 12/56.

¹⁹⁹ Cf. Hans Flick, Franz Wassermeyer, *op. cit.* (nota 195), p. 403.

²⁰⁰ Cf. Helmut Becker e Heinz-Klaus Kroppen, *op. cit.* (nota 189), pp. 12/57.

Similaridade

5.6 O emprego dos métodos oferecidos pela legislação brasileira - seguindo neste particular a prática internacional - exige que se saiba o que se entende por “bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares”. Maisto lembra que a “similaridade” dos bens objetos da comparação não é um conceito novo ao direito concorrencial norte-americano, no qual foi desenvolvido pela jurisprudência. Daí veio a influência sobre a aplicação da *Section 482* do Código de Receitas Internas que, por sua vez, inspirou o Relatório da OCDE, atingindo, a partir daí, a internacionalidade que hoje se lhe reconhece²⁰¹.

5.6.1 À falta de uma definição na própria lei, é lícito tomar definição constante do Código de Valoração Aduaneira, cujo texto foi adotado pelo sistema normativo brasileiro. Embora já se tenha, no início desta obra, mostrado que os escopos das legislações de preços de transferência e valoração aduaneira não se confundem, não se pode, por isso, deixar de lado que ambas versam sobre a mesma realidade, com implicações mútuas inevitáveis. Assim, na falta de uma definição de similaridade na Lei nº 9.430/96, pode-se tomar a definição aduaneira para o mesmo termo, empregado com idêntica finalidade em igual contexto²⁰².

5.6.1.1 Diz aquele código serem idênticas as mercadorias iguais em tudo, inclusive nas características físicas, qualidade e reputação comercial. Pequenas diferenças na aparência não impedirão que sejam consideradas idênticas mercadorias que em tudo mais se enquadrem na definição. Não basta, portanto, que dois produtos sejam concorrentes no mercado, se lhes falta identidade física, de qualidade ou de reputação: não se trata de produtos idênticos.

5.6.1.2 Para as mercadorias similares, o mesmo código apresenta a circunstância de serem similares aquelas que embora não se assemelhem em todos os aspectos, têm características e composição material semelhantes, o que lhes permite cumprir as mesmas funções e serem permutáveis comercialmente. Entre os fatores a serem considerados para determinar se as mercadorias são similares, incluem-se a sua qualidade, reputação comercial e a existência de uma marca comercial.

²⁰¹ Cf. Maisto, *op. cit.* (nota 28), p. 115.

²⁰² Há decisões na primeira instância administrativa em sentido diverso, entendendo pela impossibilidade de se tomar a definição de similaridade do Acordo de Valoração Aduaneira, “por existir expressa previsão sobre o conceito de similaridade na legislação específica sobre preços de transferência”. Cf. Acórdão nº 16-18.656, de 22/09/08, Acórdão nº 16-9.637, de 15/05/06, ambos da 10ª Turma da DRJ/SP; Acórdão nº 10-2.516, de 30/05/03, da DRJ-Porto Alegre/RS. Entretanto, não há consequência relevante, já que a “legislação específica” é a instrução normativa que, por sua vez, inspira-se na legislação aduaneira.

5.6.1.3 Parece também inspirado no Código de Valoração Aduaneira o texto da pioneira IN nº 38/97 neste particular, já que também essa norma exigia cumulativamente, para que se considerassem dois ou mais bens semelhantes, em condições de uso na finalidade a que se destinam: a análise funcional (“tiverem a mesma natureza e a mesma função”), a permutabilidade (“puderem substituir-se mutuamente na função a que se destinem”) e o exame de especificações (“tiverem especificações equivalentes”)²⁰³. A atual IN nº 1.312/12 adota esses mesmos elementos em seu artigo 42²⁰⁴. A partir dessa indicação de interpretação analógica, parece possível, igualmente, aplicarem-se os artigos 188 a 216 do Regulamento Aduaneiro²⁰⁵.

5.6.2 Essenciais na seleção de produtos idênticos ou similares são a marca, qualidade e reputação comercial²⁰⁶. Tais requisitos aparecem em ambos os casos. A importância desse aspecto foi também salientada no relatório da OCDE, quando, examinando o exemplo do café colombiano, compara-o com o café brasileiro, afirmando que seria necessário ver se a origem do café exige o pagamento de um preço maior (prêmio) ou menor (desconto) no mercado aberto, o que se pode facilmente descobrir em bolsas de mercadorias, ou pelos preços praticados por distribuidores²⁰⁷.

²⁰³ Neste sentido, manifesta-se o antigo Conselho de Contribuintes com o Acórdão nº 101-96.677, de 17/04/08, que se presta a identificar os critérios de similaridades dispostos na IN nº 38/97.

²⁰⁴ Conforme dispõe o Acórdão nº 16-14.383, de 14/08/07, da 5ª Turma da DRJ/SP: “Na apuração de ajustes efetuados pelo método PIC (Preços Independentes Comparados), apura-se o preço parâmetro com base nos preços de bens, idênticos ou similares, adquiridos de terceiros independentes. Não se tratando de bens idênticos, e não logrando a fiscalização comprovar a similaridade dos bens comparados, exonera-se a exigência.” Cf. também Acórdão nº 16-23.365, de 03/11/09, da 5ª Turma da DRJ/SP, e Acórdão nº 18-8.688, de 18/12/07, da 1ª Turma da DRJ-Santarém/PA. No Acórdão nº 16-36.779, de 22/03/12, da 1ª Turma da DRJ/SP, afirmou-se que “se não há similaridade entre os produtos ‘A’ e ‘B’, a documentação referente às operações mercantis do primeiro deles entre partes não vinculadas, aceita para efeito de cálculos da órbita do Método dos Preços Independentes Comparados - PIC para esse mesmo produto ‘A’, não é serviente para idêntico propósito com referência ao produto ‘B’”.

²⁰⁵ Cf. Fortunato Bassani Campos, “Preço de Transferência na Lei nº 9.430/96”, Delegacia da Receita Federal de Julgamento de São Paulo (coord.), *Temas de Legislação Tributária*, São Paulo: DRFJ-SP, 1988, pp. 11 a 43 (23).

²⁰⁶ As autoridades administrativas restringem indevidamente o conceito de similaridade aos seguintes fatores: natureza, função, substituição mútua e equivalência de especificações (Acórdão nº 10-2.589, de 16/06/03, da 1ª Turma da DRJ-Porto Alegre/RS; Acórdão nº 16-23.241, de 19/10/09, Acórdão nº 16-4.534, de 15/12/03, Acórdão nº 16-4.377, de 24/11/03, todos da 5ª Turma da DRJ/SP e Acórdão nº 10-2.510, de 30/05/03, da 1ª Turma da DRJ-Porto Alegre/RS).

²⁰⁷ Cf. *op. cit.* (nota 21), parágrafo 2.18.

5.6.3 A questão da qualidade e reputação comercial assume redobrada importância em setores nos quais a proteção da legislação de patentes não é suficiente, permitindo o surgimento de produtos de composição idêntica, mas com reputação comercial distinta. Tal, por exemplo, o caso das autopeças, em que se encontram produtos certificados pelas montadoras, com preços diferentes daqueles praticados por seus concorrentes, que não obtiveram o selo de aprovação dos fabricantes de veículos. Nos requisitos da permutabilidade e composição física, possivelmente afirmar-se-ia tratar-se de produtos idênticos. A qualidade tampouco é, necessariamente, questão relevante, já que é possível que os produtos não certificados sejam de tão boa qualidade quanto seus concorrentes. Faltando, entretanto, o quesito da reputação comercial (que, no caso, surge a partir da certificação pelo fabricante), já não é possível falar-se em identidade ou semelhança.

5.6.4 Também na indústria ética farmacêutica, encontra-se fenômeno semelhante, desta vez versando sobre os produtos “genéricos”.

5.6.4.1 Os genéricos e a própria indústria genérica e a de substâncias genéricas foram objeto de estudo por Maurice H. Collins em exaustivo trabalho de pesquisa e elaboração intitulado “International Transfer Pricing in the Ethical Pharmaceutical Industry”²⁰⁸, publicado pelo *International Bureau of Fiscal Documentation - IBFD*, órgão de renome internacional na área da tributação comparada.

5.6.4.2 Na introdução de seu estudo, o próprio autor reconhece que o cenário em que se publica o trabalho é de grande apreensão por parte da indústria farmacêutica que se vê atacada pelas Administrações Tributárias na área dos preços de transferência, como se cita em tradução livre²⁰⁹:

“Em grande parte, a força desses ataques, sob o ponto de vista das empresas que atuam nesse ramo de indústria, resulta da interpretação equivocada fundada na falta de informação adequada. Um número de empresas líderes de mercado patrocinou um estudo de consultoria independente para pesquisar, o mais objetivamente

²⁰⁸ Cf. *op. cit.* (nota 180).

²⁰⁹ No original: “Much of the force of such attacks has, in the view of the companies operating in the industry, arisen from misunderstanding founded on lack of adequate information. A number of leading companies therefore commissioned a study by an independent consultant in order to provide, as objectively as possible, a survey covering the ways in which the industry works, the necessities which drive the companies within it, and the factors which affect its pricing and transfer pricing policies and practices, together with a range of other relevant information. This Report is the outcome of that study. The hope is that it will help to create a better understanding of the industry and its problems in the pricing and transfer pricing contexts and will in consequence enable the question of transfer pricing to the approached objectively by all concerned.” (Cf. Maurice Collins, *op. cit.* (nota 180), p. 15)

possível, as práticas que governam a indústria, as necessidades que orientam internamente as empresas e os fatores que afetam suas políticas e práticas de preços de transferência além de um conjunto de outras informações relevantes. O presente trabalho é o resultado desse estudo. A esperança é que este trabalho ajude a proporcionar um entendimento melhor da indústria e seus problemas no contexto da formação de preços e preços de transferência e, em consequência permitir que a questão dos preços de transferência seja encarada objetivamente pelos interessados.”

5.6.4.3 Com efeito, na indústria farmacêutica, as atividades de pesquisa e desenvolvimento têm peso altíssimo. Os investimentos assim efetuados raramente podem ser totalmente recompostos no pequeno período durante o qual o produto daí resultante goza da proteção da patente. Se tal fato já se verifica na generalidade das indústrias, com muito maior razão em uma indústria na qual a acirrada concorrência e os riscos de descobertas virem a ser logo conhecidas por outros fabricantes exigem que os inventos sejam registrados tão logo se descubra algum efeito que potencialmente possa ser explorado industrialmente. Ocorre que uma vez efetuado o registro, começa o tempo a correr contra o fabricante, que ainda tem à frente uma série de registros e testes laboratoriais (inicialmente em animais, depois, obtidas todas as aprovações necessárias, em seres humanos), sendo possível afirmar que boa parte do período de proteção é perdida, sem que o produto chegue ao mercado. Obtidas todas as autorizações e licenças, resta ao fabricante pouquíssimo tempo de proteção, não lhe sendo possível, naquele período, reaver o todo investido.

5.6.4.4 Em situação diversa, encontra-se o fabricante dos produtos “genéricos”, a quem basta constatar o sucesso de determinado produto no mercado para, baseando-se exclusivamente em custos de matéria-prima e industrialização, ter condições de oferecer produto idêntico ao concorrente (identidade física) por preço notoriamente inferior.

5.6.4.5 No que tange às políticas de formação de preços na indústria farmacêutica, portanto, é de fundamental importância que se compreenda, justamente a fim de afastar a comparação indevida, o papel desempenhado pela indústria genérica.

5.6.4.6 Conforme se afirmou, a produção dos genéricos tem lugar quando a proteção conferida pelo registro de patente expira. A partir dessa ocasião qualquer empresa, sem o risco e o encargo financeiro de suportar elementos de custo importantíssimo para a produção e a proteção de princípios ativos, com condições técnicas limitadas, pode copiar e comercializar a substância genérica.

5.6.4.7 Apesar da licitude e cabimento do processo de cópia de substâncias genéricas, empresas que ingressam nessa atividade após expirada a

proteção da respectiva patente podem praticar preços comparativamente inferiores, vez que descomprometidas com a amortização de pesados custos de pesquisa e desenvolvimento (P&D) que envolvem a elaboração de substâncias químicas e farmacêuticas inovadoras, conforme explica Maurice H. Collins²¹⁰:

“Empresas envolvidas na produção e comercialização de genéricos podem comercializar substâncias a preços comparativamente inferiores porque, por exemplo, não têm que suportar os custos ou riscos de P&D que são suportados pelas empresas que produzem novas e revolucionárias substâncias. Elas (empresas de genéricos) frequentemente não incorrem nos pesados custos envolvidos na aprovação e regulamentação de novos produtos (...). Não suportam, ainda, os altos custos para se lançar um produto novo no mercado. Estes custos, em relação a qualquer genérico em particular, já terão sido largamente suportados pelo produtor pioneiro. Nem, em geral, os produtores genéricos, ao contrário dos demais, suportam os custos da monitoração contínua dos efeitos das drogas comercializadas. Consequentemente, quando uma substância comercializada com lucro deixa de ser protegida por patente, é bastante provável que a empresa que a produz enfrente concorrência de vendas de cópias genéricas a preços menores.”

5.6.4.8 A aparente identidade logo se desfaz quando se considera que, de regra, o produto original e o “genérico” não oferecem ao consumidor idêntica prestação: no primeiro, conta o consumidor com serviços, oferecidos pelo fabricante, que, dentre outros, inclui informações sobre contraindicações e efeitos colaterais observados pelo fabricante. Não raro, os “genéricos” são trazidos ao consumidor com a adição de excipientes diversos dos escolhidos pelo fabricante do produto original, podendo implicar que o produto “genérico” não atinja as mesmas partes do corpo que o produto original²¹¹.

²¹⁰ No original: “Companies engaged in the manufacture and sale generics are able to sell the substances at comparatively low prices because, for example, they not have to bear the cost or risk of R and D which is borne by companies in the business of producing new and innovative substances. They often do not have to bear the heavy costs involved in getting regulatory approval for a new product (...). Nor do they have to bear the heavy costs, in relation to any particular generic, will have been largely borne by a pioneer producer. Nor, in general, do they, as does the pioneer producer, bear the cost of continually monitoring the effect of drugs which are on the market. Consequently, when a profitable drug ceases to be patent-protected, it is likely that the company producing it will face competition from sales of its generic copy at a lower price.” (Cf. Maurice Collins, *op. cit.* (nota 180), p. 26)

²¹¹ Nesse sentido, o Acórdão nº 8.255, de 07/11/05, da 5ª Turma da DRJ/SP, estabelece, em um de seus pontos, que “duas substâncias de mesma composição química podem

5.6.4.9 O mais relevante, entretanto, é a própria reputação comercial²¹², que pode ser constatada pelo fato que, de regra, é possível encontrar-se em farmácias produtos originais e “genéricos”, lado a lado, notando-se que se vendem os primeiros normalmente, apesar de apresentarem-se junto com os “genéricos”, muito mais baratos. Comparando tal situação com o exemplo acima citado, da OCDE, sobre o café colombiano e o café brasileiro, nota-se estar diante de caso em que o próprio mercado distingue os produtos, afastando-se daí as hipóteses de identidade ou de semelhança.

5.6.4.10 Deve-se mencionar, ainda, que o produtor original da substância é quem está em condições de fornecê-la em volumes suficientes e em qualidade uniforme, o que não ocorre com os produtores genéricos, geralmente empresas locais e desprovidas de escala de produção e sem qualquer comprometimento de longo prazo com o produto.

5.6.4.11 Collins analisa esse fenômeno, afirmando que as diferenças de preço não se explicam pela mera inércia ou lealdade do consumidor. Para ele, pesam, no caso, a certeza de pureza e qualidade que o consumidor acredita encontrar em um produto com uma boa marca. Ademais, o consumidor entende que se um fabricante está há anos oferecendo um produto no mercado, está ele comprometido com seu produto, não devendo abandoná-lo de um dia para o outro, por questão de maior ou menor lucratividade,

diferir substancialmente em termos de qualidade, segurança, e, conseqüentemente, eficácia terapêutica. Assim, no ramo de medicamentos, a comparabilidade dos produtos deve levar em consideração não apenas a sua estrutura química, mas também sua qualidade, a forma como eles atuam no organismo, e os efeitos proporcionados ao paciente.”

²¹² Não obstante os argumentos a favor da influência exercida pela marca e reputação na comparabilidade dos produtos, o antigo Conselho de Contribuintes, atual CARF, já não entendeu desta forma. Em voto proferido pelo Conselheiro José Clóvis Alves no Acórdão nº 105-16.472, de 23/05/07, expõe-se o argumento de que a legislação não estabeleceu a qualidade do exportador como um critério de diferenciação, não importando se o medicamento é “de fabricante famoso ou de micro empresa”. No mesmo sentido, há que se considerar que a Receita Federal, ao lavrar autos de infração, já considerou produtos de diferente reputação comercial como similares, pelo simples fato de possuírem a mesma classificação NCM. A adoção da classificação NCM como critério para se atestar a identidade ou similaridade de bens por parte das autoridades fiscais é usual no caso do método PIC, e já foi aceita anteriormente pelo CARF. Nota-se, a este respeito, o Acórdão nº 105-16.472 (1º Conselho de Contribuintes, 5ª Câmara, sessão de 23/05/07), onde o Conselheiro Relator, ao examinar a identidade entre insumos farmacêuticos para fins de aplicação do método PIC, afastou a utilização, no cálculo do método, de transações que tivessem por objeto insumo classificado sob código NCM distinto. Vê-se, também, o Acórdão nº 107-09.411 (1º Conselho de Contribuintes, 7ª Câmara, sessão de 25/06/08), no qual a fiscalização sustentou, quando da autuação, que “dois bens têm a mesma natureza” quando possuírem “a mesma classificação fiscal NCM”.

sendo mais provável que tal fabricante continuará investindo em seu produto, oferecendo ao consumidor o que houver de mais moderno e desenvolvido em suas pesquisas contínuas com o produto, sempre com o compromisso de manter sua qualidade²¹³. Ademais, como lembra Zitzelsberger, em geral o consumidor de medicamentos dificilmente compra um remédio uma única vez. De regra, está este consumidor sob tratamento, vindo a adquirir outras unidades do produto e, nesse sentido, ele conta ser atendido, por todo o tratamento, com produtos de alta qualidade²¹⁴.

5.6.5 Também a OCDE debruçou-se, em seu relatório de 1979, sobre o tema, sustentando:

“52. A aceitação dos produtos pelo consumidor também pode afetar significativamente seus preços. A diferenciação dos produtos, pelos compradores, pode basear-se em certas características do produto, tais como características patenteadas exclusivas, marcas comerciais, nomes comerciais, peculiaridades da embalagem ou invólucro, ou singularidade na qualidade, desenho, cor ou estilo, e tal fundamento pode ser real ou fantasioso, mas enquanto ele levar à preferência por uma espécie de produto em relação a outro, ele afetará os preços. Portanto, produtos idênticos física e quimicamente podem ser negociados a preços diferentes, se uns são produtos com marca e outros não. Uma comparação com produtos idênticos também pode ser enganosa, se nas condições de venda não se incluírem idênticas garantias. Assim, produtos que são idênticos aos patenteados mas são falsificados, copiados ilegalmente ou contrabandeados (de modo a poderem ser vendidos a preços baixos) geralmente por tais razões não serão diretamente comparáveis com os produtos patenteados, e os preços pelos quais eles são vendidos geralmente não ajudaram na busca de uma estimativa de um preço ‘arm’s length’ para tais produtos patenteados.”²¹⁵

5.6.6 No “Manual Prático”²¹⁶ elaborado pelos especialistas das Nações Unidas, encontram-se exemplos de ajustes que podem ser razoavelmente efetuados e outros que parecem incabíveis.

²¹³ Cf. Maurice H. Collins, *op. cit.* (nota 180), pp. 102-103.

²¹⁴ Cf. Harald Schaumburg (coord.), “Chemie - und Pharmaunternehmen Konfliktfelder aus der Sicht von Finanzverwaltung und Unternehmen”, in Harald Schaumburg (org.), *Internationale Verrechnungspreise zwischen Kapitalgesellschaften*, Colômbia: Otto Schmidt, 1994, pp. 136-165 (143).

²¹⁵ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 20), p. 36.

²¹⁶ Cf. United Nations, *UN Practical Manual for Developing Countries*, capítulo 6, parágrafos 6.2.2.5 e 6.2.2.6 (atualizado até outubro de 2012), disponível em http://www.un.org/esa/ffd/tax/documents/bgrd_tp.htm.

5.6.6.1 Os ajustes apontados naquele “Manual” como possíveis incluem:

- Tipo e qualidade do produto (o exemplo citado é o do café do Quênia, comparado com o café brasileiro).
- Condições de entrega.
- Volume de vendas e descontos relacionados.
- Características do produto (no exemplo citado, considera-se um lote de bicicletas que tenha sofrido uma modificação exigida por um cliente).
- Termos contratuais (venda a crédito contra venda à vista).
- Riscos incorridos (por exemplo, risco de estoque ou de inadimplência do cliente final).
- Diferenças geográficas.

5.6.6.2 Por outro lado, o mesmo “Manual” reconhece haver situações em que ajustes já não são possíveis, arrolando:

- Marcas comerciais únicas e valiosas (o exemplo é o comércio de relógios, quando o efeito da marca no preço pode ser substancial, sendo, entretanto, difícil, ou impossível, o ajuste, se não for possível encontrar uma marca comparável).
- Diferenças fundamentais no produto.

Elementos Complementares de Prova

5.7 O artigo 21 da Lei nº 9.430/96 e o artigo 43 da IN nº 1.312/12 (artigos 27 da IN nº 38/97, 28 da IN nº 32/01 e da IN nº 243/02) versam sobre a sistemática da apuração de preços médios, para fins de aplicação dos métodos de apuração dos preços de transferência. O parágrafo 2º do artigo 21 da Lei nº 9.430/96 estende a comparação também para a comprovação de margens de lucro diversas das estabelecidas nos artigos 18 e 19 da mesma lei.

5.7.1 O artigo 21 da Lei nº 9.430/96, ao referir-se à apuração dos preços médios para fins de aplicação dos métodos de cálculo do preço-parâmetro em operações de importação e exportação entre partes vinculadas, permite ao contribuinte utilizar-se, no cálculo do preço-parâmetro através dos métodos, de:

- i) publicações ou declarações oficiais das autoridades do país do comprador ou vendedor, com o qual o Brasil mantenha acordo para evitar a bitributação ou para intercâmbio de informações;
- ii) pesquisas realizadas por empresa ou instituição de notório conhecimento técnico;
- iii) publicações técnicas que explicitem o setor, o período, as empresas pesquisadas e a margem encontrada, além de identificar, por empresa, os dados coletados.

5.7.2 A bem da verdade, o texto legal não utiliza a expressão “complementares”. O dispositivo inserido no artigo 21 da Lei nº 9.430/96 parece ter uma dicção taxativa, ao afirmar que os custos e preços médios “deverão” ser apurados com base em tais documentos. Lido isoladamente, implicaria privilegiar a comparação externa, afastando a possibilidade de que o próprio contribuinte reunisse faturas e outros documentos, próprios ou de terceiros, para comprovar os preços e margens independentes.

5.7.2.1 Tal interpretação, no entanto, encontraria certa dificuldade face à lógica que informa a legislação brasileira de preços de transferência e os métodos para sua apuração.

5.7.2.2 Afinal, os métodos de preços de transferência partem daquilo que é revelado pela experiência do mercado. É o que ressaltam os *Guidelines* publicados pela OCDE²¹⁷:

“Independent enterprises, when evaluating the terms of a potential transaction, will compare the transaction to the other options realistically available to them, and they will only enter into the transaction if they see no alternative that is clearly more attractive. (...) All methods that apply the arm’s length principle can be tied to the concept that independent enterprises consider the options available to them and in comparing one option to another they consider any differences between the options that would significantly affect their value.”

5.7.2.3 Dessa forma, é de se esperar que a comprovação dos custos e preços médios não prescindia da análise de transações ocorridas entre partes independentes, a partir da documentação correspondente.

5.7.3 Andou bem, portanto, a Instrução Normativa, ao esclarecer que se está diante de elementos “complementares” de prova, *i.e.*, que de modo algum se espera que médias apuradas por tais veículos superem dados coletados em operações efetivas. Nada mais natural que os métodos, notadamente aqueles que se baseiam na comparação (PIC e PVE_x), reclamem o cálculo do preço-parâmetro pelo contribuinte a partir da documentação (*invoices*) efetivamente utilizada em transações entre partes independentes, que, por refletir valores praticados *at arm’s length*, estaria apta a demonstrar a adequação dos preços praticados pelo contribuinte.

5.7.3.1 A ideia de meios “complementares”, por sua vez, não se confunde com meios “alternativos”, *i.e.*, ao utilizar tal expressão, poder-se-ia crer que no entendimento exarado pelas autoridades fiscais, as pesquisas, relatórios e publicações não seriam, isoladamente considerados, prova su-

²¹⁷ Cf. OCDE *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, parágrafos 1.34 e 1.35.

ficiente para preços e margens médios; servem, sim, para “complementar” a prova.

5.7.3.2 Afinal, meio “complementar” de prova vem em auxílio a outra prova, já produzida. Serve para confirmar um resultado preliminar. É útil para evidenciar que aquilo que se concluiu a partir de uma pequena amostragem não foi fruto do acaso. Assim, publicações, pesquisas e relatórios podem mostrar que os documentos apresentados pelo contribuinte não refletem operações atípicas.

5.7.3.3 Não obstante, quando se lê o texto da IN nº 1.312/12, aparece um contexto mais flexível, já que os elementos complementares poderão ser empregados “além” daqueles referentes a transações concretas. O emprego da expressão “também” confirma o caráter aditivo que se deu aos meios ditos “complementares”.

5.7.3.4 Em conclusão, verifica-se que a IN nº 1.312/12 deu aos meios “complementares” um caráter alternativo, como meio de prova disponível “além” daqueles referentes a transações em concreto. Da redação do texto da Instrução Normativa, nega-se o caráter absoluto de tais pesquisas, já que elas não substituem dados concretos de transações; por outro lado, confere-se-lhes autonomia, já que independem da existência de dados relativos a transações concretas.

5.7.4 Outrossim, não tem base em lei a redução do escopo dos relatórios, pesquisas e publicações. A Lei nº 9.430/96, em seu artigo 21, fala em “custos e preços médios”, o que evidencia que as publicações, relatórios e pesquisas não se limitam aos métodos baseados em preços comparados, mas também podem ser úteis, por exemplo, na apuração dos custos médios de produção do bem, serviço ou direito, relevante para o método CPL. Ademais, o mesmo dispositivo legal estende, em seu parágrafo 2º, o alcance também à possibilidade de margens de lucro diversas das estabelecidas nos artigos 18 e 19. Essas possibilidades não são contempladas pela IN nº 1.312/12, que se refere a tais meios “complementares” exclusivamente para a comprovação de preços médios. Não há, daí, disciplina, na IN nº 1.312/12, para o uso de tais meios “complementares” na apuração de custos ou de margens médios. A redução do alcance do dispositivo legal é censurável e não há como restringir tal direito ao contribuinte.

5.7.5 Versando sobre as informações específicas de preços médios, o legislador oferece duas alternativas ao contribuinte e ao Fisco: declarações das autoridades fiscais do país do comprador ou vendedor ou pesquisas efetuadas por empresa ou instituição de notório conhecimento técnico.

5.7.5.1 A informação das autoridades fiscais apenas será aceita no caso de tratar-se de país com o qual o Brasil mantenha acordo para evitar a bitributação ou para intercâmbio de informações. Certamente cogitou o

legislador dos acordos que têm cláusula equivalente ao artigo 26 da Convenção-Modelo da OCDE:

“Artigo 26

Troca de informações

1. As autoridades competentes dos Estados Contratantes trocarão entre si as informações previsivelmente necessárias para aplicar as disposições da presente Convenção ou do direito interno dos Estados Contratantes relativo aos impostos de qualquer natureza ou denominação exigidos em nome dos Estados Contratantes, ou das suas subdivisões políticas ou autoridades locais, na medida em que a tributação nelas prevista não seja contrária à Convenção. A troca de informações não está limitada pelos Artigos 1 e 2.

2. Quaisquer informações recebidas nos termos do parágrafo 1 por um Estado Contratante serão consideradas secretas da mesma maneira que as informações obtidas com base no direito interno desse Estado e somente poderão ser comunicadas às pessoas ou autoridades (incluindo tribunais e órgãos administrativos) encarregadas do lançamento ou cobrança dos impostos abrangidos no parágrafo 1, dos procedimentos declarativos ou executivos, ou da apreciação dos recursos relativos a esses impostos, ou do seu controle. Referidas pessoas ou autoridades somente utilizarão estas informações para tais fins. Essas informações poderão ser relevadas no decurso de audiências públicas de tribunais ou em decisões judiciais.

3. Em hipótese alguma, as disposições dos parágrafos 1 e 2 serão interpretadas no sentido de impor a um Estado Contratante a obrigação de:

(a) adotar medidas administrativas contrárias à sua legislação e prática administrativa, ou às do outro Estado Contratante;

(b) fornecer informações que não poderiam ser obtidas com base na sua própria legislação ou no âmbito de sua prática administrativa normal ou das do outro Estado Contratante;

(c) fornecer informações reveladoras de segredos empresariais, comerciais, industriais, ou profissionais, processos comerciais ou informações cuja comunicação seja contrária à ordem pública.

4. Quando a informação for solicitada por um Estado Contratante em conformidade com este Artigo, o outro Estado Contratante utilizará os poderes de que dispõe a fim de obter as informações solicitadas, mesmo que esse outro Estado talvez não necessite de tais informações para os seus próprios fins fiscais. A obrigação da frase anterior está sujeita às limitações do parágrafo 3, mas, em hipótese alguma, tais limitações devem ser interpretadas no sentido de permitir que um Estado Contratante se recuse a fornecer tais

informações pelo simples fato de estas não se revestirem de interesse para si no âmbito interno;

5. Em hipótese alguma as disposições do parágrafo 3 serão interpretadas no sentido de permitir que um Estado Contratante se recuse a prestar informações unicamente porque tais informações são mantidas por um banco, outra instituição financeira, mandatário ou por uma pessoa agindo na qualidade de agente ou fiduciário, ou porque essas informações são conexas com os direitos de propriedade de uma pessoa.”

5.7.5.2 Já no comentário da OCDE sobre esse artigo, vê-se que a intenção de seus redatores foi, dentre outras, a de possibilitar o fornecimento de informações necessárias à alocação adequada de rendimentos tributáveis entre empresas associadas localizadas em Estados diferentes²¹⁸.

5.7.5.3 Nota-se da Convenção-Modelo que, ainda que não se trate de informações necessárias à aplicação do acordo, mas decorrentes da aplicação da lei interna, a obrigação de o outro Estado Contratante fornecer as informações mantém-se²¹⁹. Tal assertiva merece, outrossim, ser testada a cada caso concreto, já que não raro os acordos assinados pelo Brasil para evitar a bitributação não contêm norma tão ampla. Assim, por exemplo, o acordo com o Reino dos Países Baixos²²⁰, dentre outros, limita a troca de informações àquelas necessárias à aplicação do próprio acordo, não se estendendo àquelas necessárias à aplicação das leis internas tributárias dos Estados Contratantes.

5.7.5.4 Por outro lado, nota-se que a Convenção-Modelo apenas versa sobre trocas de informações entre autoridades, não se estendendo aos casos em que particulares peçam informações²²¹. Poder-se-ia, daí, indagar se apenas as informações requeridas nos termos da convenção é que estariam abrigadas pelo inciso I do artigo 21 da Lei nº 9.430/96, ou se seria aceita qualquer declaração daquela autoridade. Assim, por exemplo, se as autoridades fiscais brasileiras obtivessem de seus colegas holandeses informações necessárias à aplicação da Lei nº 9.430/96 (e desnecessárias, por hipótese, para a aplicação do acordo para evitar a bitributação), seriam tais informações válidas para a apuração de custos e preços médios? Do mesmo modo, se um contribuinte brasileiro, valendo-se do socorro de seus controladores na Áustria, obtivesse uma declaração oficial da autoridade

²¹⁸ Cf. Comentários da OCDE ao artigo 26, parágrafo 7, “c”, OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, Condensed version, 22 de julho de 2010, p. 399.

²¹⁹ Cf. Klaus Vogel, *op. cit.* (nota 43), p. 1.743.

²²⁰ Decreto nº 355/91.

²²¹ Cf. Klaus Vogel, *op. cit.* (nota 43), p. 1.746.

fiscal daquele país acerca de custos e preços médios, poderia ela ser aceita, conquanto não obtida na forma prevista no acordo de bitributação? Parece que sim. O texto da lei não exige que a informação se obtenha na forma do acordo. Apenas se exige que haja um acordo para evitar a bitributação ou para intercâmbio de informações. Evidentemente, qualquer informação, seja a obtida por meio do procedimento previsto no acordo, seja a fornecida por outros meios, estará sujeita a comprovação de autenticidade que, certamente, será muito mais fácil se o procedimento adotado foi o previsto no acordo. Provado que se trata de declaração da autoridade fiscal de país com o qual o Brasil mantém acordo para evitar a bitributação, não há razão para desprezar-se a informação.

5.7.5.5 Alternativa para as informações específicas fornecidas pelas autoridades fiscais são as pesquisas efetuadas por empresa ou instituição de notório conhecimento técnico, em que se especifiquem o setor, o período, as empresas pesquisadas e a margem encontrada, bem como identifiquem, por empresa, os dados coletados e trabalhados.

5.7.5.6 Para tais casos, exige-se a *observância de métodos de avaliação internacionalmente adotados*. Nem o legislador nem as autoridades fiscais esclarecem quais seriam tais métodos. Encontra-se, aí, ampla liberdade à empresa ou instituição de notório conhecimento técnico, que pode adotar os métodos de avaliação que julgar mais adequados para o setor que examina. O legislador parece reconhecer que será aquela empresa ou instituição a que melhor terá condições de escolher a metodologia de sua avaliação, pressupondo que tal metodologia não deve ser inovadora. A empresa ou instituição deve, por sua vez, ter condições de demonstrar que em outros países (não importa quantos, desde que sejam representativos e mesmo que se verifique que em um ou outro país isolado a metodologia não é aceita) adotam-se critérios semelhantes.

5.7.5.7 Por sua vez, a lei reserva ao Secretário da Receita Federal a possibilidade de desqualificar a pesquisa ou o relatório. A desqualificação não pode, entretanto, ser desmotivada. Deve se basear na inidoneidade ou inconsistência de tais documentos, cabendo contraprova.

5.7.5.8 Em ato declaratório executivo de 2002, por exemplo, o Secretário da Receita Federal desqualificou pesquisa técnica apresentada por empresa farmacêutica com fundamento no parágrafo 3º do artigo 21 da Lei nº 9.430/96, não obstante tal pesquisa tenha sido realizada por empresa de notório conhecimento técnico.

5.7.6 Também no que tange às informações, cuidou o legislador de regulá-las, admitindo tanto os relatórios e as publicações oficiais do governo do país do comprador ou do vendedor, quanto aquelas publicações técnicas.

5.7.6.1 Tratando-se de publicações técnicas, por outro lado, devem elas atender os requisitos do inciso II *in fine* do artigo 21 da Lei nº 9.430/96: é necessário que se especifique o setor, o período, as empresas pesquisadas e a margem encontrada, bem assim identifique, por empresa, os dados coletados e trabalhados. O excesso de zelo do legislador pode levar à inaplicabilidade prática de tal permissivo, já que, no mais das vezes, as publicações apenas apresentam os resultados das pesquisas levadas a efeito, raramente chegando ao ponto de fornecer as informações obtidas, por empresa. Por ser essa uma exigência legal, outrossim, não há como dispensar o requisito, não valendo de prova de custos e preços médios as publicações que não desçam a tais detalhes.

5.7.6.2 Para um e outro caso há, ademais, o requisito da contemporaneidade: diz o parágrafo 1º do artigo 21 que somente serão as publicações (oficiais ou não) admitidas como prova quando “se referirem a período contemporâneo com o de apuração da base de cálculo do imposto de renda da empresa brasileira”. Por “contemporâneo” entende-se “aquilo que é do mesmo tempo”²²². “Contemporaneamente” significa “na mesma época, no mesmo tempo, durante o mesmo período”²²³. Daí, pois, inferir-se que se o contribuinte opta por um período de apuração anual, deve a publicação apresentar pesquisa referente a todo aquele ano; se é trimestral o período de apuração, então também trimestral deve ser a pesquisa. Entendimento diverso permitiria que fatores externos ao período de apuração influenciassem na apuração de preços médios. Assim, por exemplo, uma pesquisa que abrangesse apenas preços praticados durante o período de safra de produtos agrícolas apuraria preços muito inferiores à média do ano, que necessariamente deveria englobar as entressafras.

5.7.6.3 Tratando-se de pesquisa de preços e custos médios, importa apontar, ainda, mais uma limitação, que decorre da sistemática da legislação brasileira de preços de transferência: conquanto a lei refira-se apenas a médias aritméticas, a IN nº 38/97 inseriu - coerentemente - o requisito de que as médias aritméticas sejam ponderadas (artigo 11). As três instruções normativas posteriores (INs nº 32/01, nº 243/02 e nº 1.312/12) mantiveram essa determinação, apenas acrescentando o vocábulo “ponderada” após a citação de média aritmética no artigo inicial do capítulo referente ao método PIC. Se assim é, não se pode tomar qualquer preço médio publicado, mas apenas aquele preço médio ponderado.

5.7.6.4 Também decorre da pesquisa de preços e custos médios, que a publicação em questão não deve tomar todos os preços e custos do merca-

²²² Cf. Caldas Aulete, *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*, vol. I, edição brasileira atualizada por Hamílcar de Garcia, Rio de Janeiro: Delta, 1958, p. 1.115.

²²³ Cf. *op. cit.* (nota 222).

do, mas apenas aqueles que forem relevantes como parâmetro de comparação. Assim, se a publicação leva em conta, a par dos preços praticados entre empresas independentes, aquelas transações *intercompany* (que, é sabido, respondem por mais da metade do comércio mundial), então os preços e custos médios ali apurados não serão de valia para a pesquisa de preços de transferência.

5.7.6.5 Conclui-se daí que uma publicação, oficial ou técnica, somente poderá ser utilizada para a apuração dos preços e custos médios quando: (i) for detalhada (especificando o setor, o período, as empresas pesquisadas e a margem encontrada, além de identificar, por empresa, os dados coletados e trabalhados); (ii) for contemporânea (abrangendo todo o período de apuração do imposto de renda do contribuinte brasileiro); (iii) apurar médias ponderadas; e (iv) não incluir preços e custos de transações entre empresas vinculadas.

5.7.6.6 A união desses requisitos justifica o temor de que dificilmente as publicações oficiais ou técnicas serão de valia para a prova de preços e custos médios no tema dos preços de transferência.

5.7.7 O parágrafo 2º do artigo 29 da IN nº 243/02 apontava como adequadas a surtir efeito probatório as publicações de preços decorrentes de cotações de bolsas de valores de âmbito nacional. Curiosamente, não se estendia o dispositivo a outras bolsas, em que seria mais apropriado incluir as de mercadorias, sabidamente instrumento confiável para a apuração de preços médios de *commodities*, sujeitas, até 2012, aos mesmos métodos de apuração de preços de transferência aplicáveis a outros bens, serviços e direitos. Não havia razão para tal omissão. Em um e em outro caso, entretanto, vale o alerta de que os preços assim apurados, conquanto não atingissem o grau de detalhe exigido pela própria lei, não estão dispensados da contemporaneidade e do cálculo da apuração média ponderada.

5.7.7.1 Tratando-se de preço de bolsa, outrossim, não parecia fazer sentido exigir se descartarem as transações entre as empresas vinculadas, já que estas, de regra, dão-se fora da bolsa ou, caso deem-se no ambiente da bolsa, estarão necessariamente seguindo o parâmetro *arm's length*.

5.7.7.2 Como será visto, com a adoção de métodos específicos para as *commodities*, o assunto já recebe outra disciplina.

5.7.8 Finalmente, são aceitas as pesquisas efetuadas sob a responsabilidade de organismos internacionais, a exemplo da OCDE e da Organização Mundial do Comércio. Trata-se, aqui, de estender a permissão do uso de publicações ou relatórios oficiais do governo do país do comprador ou vendedor àquelas publicações dos organismos mencionados. Neste sentido, aplicam-se a tais relatórios todos os requisitos que se exigem das publicações de países, inclusive detalhamento e contemporaneidade.

Inexistência de Indicação de Método

5.8 Exigia o artigo 40 da IN nº 243/02 que o contribuinte indicasse, no início dos procedimentos de fiscalização, qual o método por ele adotado, bem como a documentação que suportara a determinação dos preços praticados e as respectivas memórias de cálculo. Caso o contribuinte não indicasse o método, bem como se não apresentasse os documentos referidos, ou se esses fossem insuficientes ou imprestáveis para formar convicção quanto ao preço, a fiscalização considerar-se-ia autorizada a determinar o preço com base nos documentos de que dispusesse, aplicando um dos métodos ali referidos²²⁴.

5.8.1 O tema hoje tem disciplina em lei. A Medida Provisória nº 563/12, convertida na Lei nº 12.715/12, fez acrescentar ao texto da Lei nº 9.430/96 o artigo 20-A. De acordo com o referido dispositivo, caso o método escolhido venha a ser motivadamente desqualificado pelas autoridades fiscais, o contribuinte será intimado a apresentar novo cálculo, a partir de qualquer um dos métodos, no prazo de 30 dias. Decorrido o prazo, o Fisco estará autorizado a “aplicar um dos métodos previstos nos arts. 18 e 19” caso o contribuinte (i) não apresente os documentos e as memórias de cálculo que lastreiem a aplicação do método escolhido, (ii) apresente documentos imprestáveis ou insuficientes ou (iii) deixe de apresentar quaisquer documentos úteis à verificação dos cálculos solicitados pela autoridade fiscal.

5.8.2 A mudança é substancial e é relevante que se faça por lei, sendo inaceitável que antes da referida lei se arvorasse a autoridade tributária o direito de atuar de modo arbitrário ou discricionário²²⁵. O lançamento, lembre-se, é ato administrativo vinculado (artigo 142, parágrafo único, do Código Tributário Nacional) e, *in casu*, a própria lei “manda” se empregue o método cujo resultado for mais favorável ao contribuinte.

5.8.3 A modificação introduzida pela lei é, entretanto, meramente procedimental, já que permanece a autoridade tributária limitada à aplicação dos artigos 18 e 19, não tendo sido revogado o seu parágrafo 4º, que exige a utilização do método mais favorável ao contribuinte.

5.8.4 Assim, quando a Instrução Normativa requer que a autoridade fiscal, de início, indague ao contribuinte qual o método empregado, parte ela do pressuposto de que a indicação do método poderá simplificar a atua-

²²⁴ Mais uma impropriedade da IN nº 243/02: o parágrafo único do artigo 39 referia-se à aplicação de métodos referidos “nesta Seção”, enquanto eram as Seções anteriores que tratavam dos métodos para a apuração de preços de transferência. Possivelmente, onde se lia “nesta Seção”, devia-se ler “nesta Instrução Normativa”.

²²⁵ Neste sentido, consignou o Acórdão nº 01-21.422, de 14/04/11, da 1ª Turma da DRJ/BEL que “é impropriedade o procedimento de desconsideração do método de cálculo do preço parâmetro de transferência, que não está devidamente motivado”.

ção da fiscalização, que, uma vez confirmando o acerto da escolha do método, terá a documentação já à sua disposição, devendo, nesse caso, adotar a solução encontrada pelo contribuinte. A indicação do método, neste sentido, vincula a autoridade, que não pode buscar outro método, exceto se o identificado não ficar devidamente suportado pela documentação apresentada. Não cabe à autoridade fiscal investigar se haveria outro resultado mais gravoso ao contribuinte, na medida em que a lei lhe oferece o mais benéfico. Qualquer pesquisa efetuada pela autoridade fiscal, nesse caso, somente seria de valia se trouxesse resultado ainda mais benéfico. Daí que, em nome do postulado da razoabilidade, houve por bem o autor da Instrução Normativa dispensar tal pesquisa, já que pressupôs que o contribuinte, ao indicar um método, adota tal procedimento após haver concluído ser-lhe tal método o mais benéfico.

5.8.5 Dessa feita, a falta de indicação de método, ou o erro nesta indicação, não afasta o mandamento de que se escolha o mais benéfico ao contribuinte. Inverte-se, nesse caso, o dever de prova, cabendo à autoridade fiscal sustentar a razão da aplicação de determinado método.

5.8.6 Assim, para que se aceite cálculo efetuado pelas autoridades fiscais, deverá ser ele acompanhado (i) de outros cálculos, demonstrando que o emprego de outros métodos traria resultado mais gravoso ao contribuinte; ou, alternativamente, (ii) de demonstração cabal de que outros métodos não se aplicam à hipótese em exame.

5.8.7 Conclui-se, assim, que não é dever do contribuinte provar ou testar todos os métodos de preços de transferência. A ele, basta testar um método que o atenda. O Fisco, por outro lado, não se pode satisfazer com um método, devendo sua atuação atender o requisito imposto pela lei: ser o método empregado o menos gravoso para o contribuinte.

5.8.8 Não obstante, a jurisprudência administrativa entendeu, de modo majoritário, que, não sendo indicado pelo contribuinte o método de apuração dos preços de transferência, ou se os documentos apresentados pelo contribuinte fossem insuficientes ou imprestáveis para formar a convicção, as autoridades fiscais poderiam determiná-lo com base em outros documentos de que dispusessem, aplicando qualquer um dos métodos previstos na legislação²²⁶.

²²⁶ Nesse sentido, ver: Acórdão nº 01-18.523, de 22/07/10, Acórdão nº 01-14.839, de 14/08/09, Acórdão nº 01-13.072, de 19/02/09, Acórdão nº 01-12.042, de 18/09/08, Acórdão nº 01-12.043, de 18/09/08, todos da 1ª Turma da DRJ-Belém/PA; Acórdão nº 16-25.512, de 01/06/10, Acórdão nº 16-24.027, de 20/01/10, Acórdão nº 16-24.028, de 20/01/10, Acórdão nº 16-21.987, de 01/07/09, Acórdão nº 16-21.427, de 19/05/09, Acórdão nº 16-13.771, de 12/06/07, Acórdão nº 16-13.604, de 29/05/07, Acórdão nº 16-6.626, de 08/03/05, todos da 5ª Turma da DRJ/SP; Acórdão nº 16-25.026, de 22/04/10, da 4ª Turma da DRJ/SP; Acórdão nº 16-6.450, de 02/02/05, da

5.8.9 Até que houvesse texto legal fixando um limite para a escolha do método, era polêmica a questão se o contribuinte deveria forçosamente apresentar o método de apuração do preço-parâmetro de sua escolha ou se, mesmo durante a impugnação ou o recurso, ele teria liberdade para apresentar outro método²²⁷.

5.8.9.1 Em outras palavras, a questão era qual seria a força legal da opção feita pelo contribuinte, seja no momento da declaração, seja no início da fiscalização, seja durante a fiscalização? Poder-se-ia compará-la à opção feita pelo contribuinte pelo lucro presumido ou lucro real da sistemática de apuração, ou o cenário seria diferente?

5.8.9.2 A extinta 3ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes²²⁸ entendeu que, se durante a fiscalização não foi feita a opção ou se a opção foi por um dos métodos, o contribuinte não teria o direito de fazer nova opção durante a impugnação²²⁹.

10ª Turma da DRJ/SP; Acórdão nº 16-4.851, de 19/02/04, da 2ª Turma da DRJ/SP; Acórdão nº 01-22.143, de 22/06/11, da 1ª Turma da DRJ/BEL; Acórdão nº 01.23.515, de 10/11/11, da 1ª Turma da DRJ/BEL; Acórdão nº 16-36.779, de 22/03/12, da 1ª Turma da DRJ/SP. Ademais, em outras decisões, fica patente que a utilização do método mais benéfico somente seria possível na hipótese de o contribuinte ter utilizado mais de um método de apuração do preço-parâmetro. Nesse sentido, ver: Acórdão nº 01-14.839, de 14/08/09, Acórdão nº 01-14.684, de 23/07/09 e Acórdão nº 01-13.619, de 17/04/09, todos da 1ª Turma da DRJ-Belém/PA. No mesmo sentido, afirma-se no Acórdão nº 01-12.935, de 05/02/09, da 1ª Turma da DRJ-Belém/PA, que “a ausência de documentação de suporte do preço parâmetro autorização o fisco efetivar [sic] nova apuração com base nos elementos disponíveis”, com a ressalva de que “a medida administrativa só é eficaz se o contribuinte for regularmente intimado a apresentar a referida documentação”.

²²⁷ No sentido de que o contribuinte poderia, a qualquer momento, indicar outro método, que lhe seja mais favorável, cf. Ricardo Mariz de Oliveira, “Métodos de Apuração dos Preços de Transferência no Brasil: Efeitos da Escolha de um Método e Possibilidade de Indicação de Métodos Diversos. Consequências da Falta de Indicação de Métodos”, in Luís Eduardo Schoueri (coord.), *Tributos e Preços de Transferência*, vol. 3, São Paulo: Dialética, 2009, pp. 155-169 (167-168). O referido autor afirmava que: “Nada do que tenha ocorrido antes da impugnação ao lançamento tributário impede a pessoa jurídica de, neste momento, trazer aos autos a prova do método mais favorável, assim como poderá fazê-lo no futuro em duas circunstâncias: (1) no próprio processo fiscal instaurado pela impugnação, se novas provas tiverem sido obtidas depois desta, como, de resto, ocorre em qualquer processo sobre qualquer matéria; ou (2) em processo judicial, no caso de a discussão se prolongar até este âmbito, quando se começa toda uma nova instrução processual.”

²²⁸ Acórdão nº 103-22.016, de 06/07/05.

²²⁹ Em diversos julgados administrativos de primeira instância entendeu-se que, após o início do procedimento fiscal, não cabe mais ao contribuinte alterar o método utilizado na DIPJ para a determinação dos ajustes decorrentes da legislação de preços de transferência. Nesse sentido, ver: Acórdão nº 16-34.062, de 04/10/11, da 5ª Turma da DRJ/SP; Acórdão nº 16-29.457, de 09/02/11, da 5ª Turma da DRJ/SP; Acórdão nº

5.8.9.3 Na situação concreta da referida decisão, o contribuinte optara pelo *Transactional Net Margin Method* - TNMM (o “quarto método”), não previsto expressamente pela legislação brasileira. Embora o contribuinte tivesse aplicado o TNMM a partir de pesquisa técnica realizada por empresa internacionalmente reconhecida, a fiscalização entendeu que não seria possível a utilização do referido método²³⁰.

5.8.9.4 A fiscalização o autuou com base no método PIC e, na impugnação, foi requerida pelo contribuinte a aplicação subsidiária do método PRL. A Câmara, que tinha posição favorável ao PRL, no caso concreto, acabou por decidir que, como o contribuinte não tinha apontado o método durante a fiscalização, não poderia fazê-lo durante a impugnação. O pedido de utilização do PRL foi considerado tardio, e por isso, levanta-se a questão: tratava-se de uma opção ou não?

5.8.9.5 Importante é a análise do texto da lei então em vigor. No parágrafo 4º do artigo 18 da Lei nº 9.430/96, lê-se, ainda hoje, que “na hipótese de utilização de mais de um método, será considerado dedutível o maior valor apurado”.

5.8.9.6 Como sempre houve a previsão de utilização de mais de um método, pressupõe-se que o contribuinte poderia utilizar-se de mais de um método. Ou seja, não cabia falar em opção se o contribuinte podia valer-se de vários métodos. Utilizados vários métodos, todos eles eram igualmente válidos e o menor ajuste é que seria considerado. Portanto, a palavra opção parecia até mesmo imprópria, diante do texto da lei.

5.8.9.7 Nesse sentido, no Acórdão nº 103-22.017, da então 3ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, proferido em 06/07/05, decidiu-se que “a obrigação de dedutibilidade do maior valor apurado impõe ao Fisco, não só

07-22.992, de 04/02/11, da DRJ/FNS; Acórdão nº 16-25.786, de 22/06/10, Acórdão nº 16-25.427, de 26/05/10, Acórdão nº 16-23.977, de 13/01/10, Acórdão nº 16-22.745, de 08/09/09, Acórdão nº 16-20.364, de 09/02/09, Acórdão nº 16-20.306, de 03/02/09, todos da 5ª Turma da DRJ/SP; Acórdão nº 16-21.239, de 29/04/09, da 2ª Turma da DRJ/SP. No Acórdão nº 16-21.586, de 21/05/09, da 4ª Turma da DRJ/SP, aventou-se que “a opção pelo método a ser adotado para apuração dos preços de transferência se dá com a entrega da DIPJ, não sendo possível alterá-la após o lançamento realizado”.

²³⁰ Sobre a desconsideração do método e dos cálculos apresentados pelo contribuinte, ver o Acórdão nº 16-22.094, de 08/07/09, da 5ª Turma da DRJ/SP: “Preço de Transferência. Desconsideração dos Métodos e dos Cálculos. Falta de motivação. A falta de motivação relativa ao ato administrativo de desconsideração dos métodos e dos cálculos da contribuinte vicia o ato administrativo subsequente, o lançamento tributário, pois quando o contribuinte indica o método utilizado, como no caso em tela, a fiscalização pode recalcular os ajustes apenas se justificar e comprovar que o método é inaplicável e/ou a documentação apresentada é imprestável para formar a convicção quanto ao preço-parâmetro.”

a utilização do método menos gravoso^[231], mas também a demonstração, a cargo deste, de que o método utilizado atende a este requisito”.

5.8.9.8 Em que pese sua propriedade, os termos da referida decisão não serviram a pacificar a matéria no âmbito do CARF, conforme se vê em acórdãos posteriores à decisão supracitada. Assim é que, enquanto os Acórdãos nº 107-09.411, nº 107-09.412, ambos de 25/06/08, nº 105-17.176, de 16/09/08 e nº 1101-00.407, de 26/01/11 reconhecem o dever do Fisco de verificar qual o método mais favorável ao contribuinte, nos Acórdãos nº 105-16.472, de 23/05/07, nº 105-16.711, de 17/10/07, nº 105-17.103, de 26/06/08, nº 1102-00.419, de 30/03/11, e nº 1302-00.362, de 01/09/10, adotou-se posição contrária.

5.8.9.9 A Câmara Superior manifestou-se sobre o tema no Acórdão nº 01-06.014, de 14/10/08, quando o Conselheiro Relator Marcos Vinicius Neder de Lima assinalou que “apenas se o contribuinte demonstrar a apuração por mais de um método previsto na legislação, os agentes fiscais devem verificar os cálculos e adotar o valor mais favorável”, sendo que, nos demais casos, não haveria que se falar na adoção do método mais favorável ao contribuinte.

5.8.9.10 Com a devida vênia à conclusão da Câmara Superior, o método a ser utilizado pelo contribuinte, conforme dito acima, deve ser aquele capaz de melhor aferir sua capacidade contributiva, que não traga distorções e apresente os menores ajustes.

5.8.9.11 Exemplar, neste sentido, a postura adotada pela 2ª Câmara do CARF quando do julgamento do Acórdão nº 1202-000822, de 05/07/12, em caso onde a fiscalização, ignorando a exaustiva documentação comprobatória do cálculo do método CPL apresentada pelo contribuinte, negou a este a possibilidade de alterar a escolha, realizada em sua DIPJ, pelo método PRL. No caso, os conselheiros, após converterem o julgamento em diligência para que a autoridade fiscal confirmasse a viabilidade do cálculo do método CPL à luz da documentação apresentada durante a fiscalização, reconheceram ao contribuinte o direito deste fiar-se no referido método para a apuração do preço-parâmetro.

²³¹ Não é este o entendimento que tem sido predominante na primeira instância administrativa. Entende-se, de um modo geral, que “a escolha do método mais favorável ao contribuinte é uma prerrogativa do contribuinte, mas não uma imposição à fiscalização”. Nesse sentido, ver: Acórdão nº 16-39.685, de 06/06/12, Acórdão nº 16-29.968, de 02/03/11, Acórdão nº 16-29.457, de 09/02/11, Acórdão nº 16-31.073, de 19/04/11, Acórdão nº 16-26.022, de 14/07/10, Acórdão nº 16-25.935, de 07/07/10, Acórdão nº 16-25.786, de 22/06/10, Acórdão nº 16-25.427, de 26/05/10, Acórdão nº 16-22.745, de 08/09/09, Acórdão nº 16-21.786, de 16/06/09, Acórdão nº 16-20.068, de 14/01/09, todos da 5ª Turma da DRJ/SP; Acórdão nº 08-17.296, de 07/04/10, da DRJ-Fortaleza/CE.

5.8.9.12 Portanto, parece correto afirmar que, até o advento das alterações promovidas pela Medida Provisória nº 563/12, convertida na Lei nº 12.715/12, havia possibilidade de o contribuinte utilizar-se do direito à escolha do método a qualquer momento posterior à declaração, mesmo que na sua impugnação. O que mudou, apenas, foi a restrição à mudança do método, após o início da fiscalização, permanecendo, entretanto, a regra do menor ajuste.

5.8.9.13 Foi esta, também, a conclusão a que chegaram os debatedores em sessão pública realizada na Faculdade de Direito da USP, onde se ouviu:

“Agora, eu vejo aqui uma diferença entre uma opção por um diferimento, por exemplo, e a escolha do método do preço de transferência, porque a lei é muito clara. O método a ser aplicado é aquele método mais favorável ao contribuinte, de forma que não se trata de uma questão de opção, mas sim de erro ao imaginar que o método com base no qual foi feita a apuração era o melhor. Prova do esse erro, eu acho que é perfeitamente válida a restituição.”²³² (Ricardo Mariz de Oliveira)

“Acho que a opção pelo lucro presumido é uma coisa, opção por diferimento do lucro inflacionário é outra coisa. A opção pelos métodos de que se trata aqui, em minha opinião, não é opção coisa nenhuma. Na verdade, é dever de apurar eventual ajuste e direito de se valer do menor ajuste dentre os que os métodos indicarem.”²³³ (Natanael Martins)

“Vale lembrar que a legislação brasileira não adota a regra do ‘melhor método’, de forma que tal capacidade seja medida mediante a aplicação do método que menor ajuste provoca para o contribuinte. Assim, deve o contribuinte sempre poder fazer uso do método que lhe for mais conveniente, independentemente do momento, seja na entrega da DIPJ ou na impugnação.”²³⁴ (Gerd W. Rothmann)

Margens Prestabelecidas

5.9 A análise dos métodos previstos pela legislação brasileira permite que sejam eles divididos em dois grupos: aqueles cuja essência é a compa-

²³² Cf. “Mesa de Debates - Questões Atuais sobre Preços de Transferência”, *Revista de Direito Tributário Internacional* vol. 2, ano 1, São Paulo: Quartier Latin, fevereiro de 2006, p. 12.

²³³ Cf. *op. cit.* (nota 232), p. 13.

²³⁴ Cf. *op. cit.* (nota 232), p. 14.

ração e aqueles que se limitam a levantamento de dados e aplicação de margens fixas. Os primeiros são os que se referem a comparações de preços (preços independentes comparados, na importação e preço de venda nas exportações; no caso de *commodities*, respectivamente, preço sob cotação na importação e preço sob cotação na exportação). Nos segundos (preço de revenda menos lucro, custo de aquisição ou produção mais lucro etc.), encontram-se previsões de margens, fixadas pelo legislador, para o lucro de um ou outro integrante da cadeia de produção e comercialização.

5.9.1 É exatamente na inexistência de comparação, substituída por uma margem fixa de lucro, estabelecida pela própria lei, que podem surgir as maiores críticas ao sistema brasileiro.

5.9.2 Com efeito, não se pode olvidar o que se disse no início deste estudo, sobre a importância de um princípio na interpretação e aplicação das leis em geral e, também, das leis tributárias. No caso dos preços de transferência, encontra-se tal princípio na expressão *arm's length*, cujo conteúdo resume-se em encontrar o preço e as condições que pessoas independentes praticam, ou praticariam, se encontradas em iguais situações. Em ambos os casos, tem-se em comum uma busca comparativa.

5.9.3 Todos os métodos desenvolvidos pela OCDE com base no princípio *arm's length* carregam a ideia de comparação. No caso dos preços independentes comparados, como se verá a seguir, a comparação é com preços no mercado. Nos demais métodos concernentes à importação, também se mostrará, há comparações de margens. O mesmo raciocínio vale para as exportações, onde temos, de um lado, comparações de preços no mercado e, de outro, comparações de margens. Os novos métodos aplicáveis às *commodities* não divergem nesse aspecto.

5.9.4 Insista-se: para que se compare a transação em exame com uma *arm's length*, importa encontrar a última. Para tanto, é necessário saber como partes independentes agem. Isto exige, sempre, a observação do comportamento do mercado.

5.9.5 Em síntese: não é possível atingir um parâmetro *arm's length* sem uma análise comparativa.

5.9.6 Diante de tal conclusão, pode-se retomar o caso da lei brasileira, quando fixa margens de lucro. Desta vez, o exame passa a ser qual a importância e rigidez das margens ali fixadas, em que se poderá concluir, alternativamente: (i) que as margens são absolutas, implicando renúncia do legislador pátrio ao princípio *arm's length*; ou (ii) que são relativas às margens.

5.9.7 Entender por absolutas e mandatórias as margens de lucro ali fixadas é admitir ser absoluta a presunção legal. Não cabe aqui descer a

detalhes e diferenças entre ambos os institutos²³⁵. A fixação de margens sem qualquer compromisso com a realidade implica a imposição de limites de dedutibilidade, no caso das importações, ou de receitas mínimas, no caso da exportação, incompatíveis com a realidade, resultando, daí, notória inconstitucionalidade por fugir ao parâmetro da renda²³⁶.

5.9.7.1 A alternativa que se oferece é a de entender que nesse aspecto o legislador pátrio não trilhou via diversa daquela pavimentada pela OCDE, representando os percentuais indicados na lei nada mais do que valores a serem empregados à falta de outros²³⁷. A favor deste entendimento corre a circunstância de que em uma primeira versão do projeto de lei que regulamentou a matéria, não se ofereciam alternativas à aplicação dos percentuais, enquanto a versão final passou a admitir se adotassem percentuais diversos (artigo 20 da Lei nº 9.430/96)²³⁸. Também o artigo 21, parágrafo 2º, da Lei nº 9.430/96 versa sobre a possibilidade de admitirem-se margens de lucro diversas das estabelecidas nos artigos 18 e 19 daquela lei²³⁹.

5.9.8 Nos termos do referido artigo 20, a alteração dos percentuais previstos na lei apenas se dá “em circunstâncias justificadas” (na redação anterior à Medida Provisória nº 563/12, convertida na Lei nº 12.715/12, “em circunstâncias especiais”) e por ato do Ministro de Estado da Fazenda. As INs nº 38/97, nº 32/01, nº 243/02 e nº 1.312/12²⁴⁰ regulamentaram as alterações dos percentuais, prevendo possam ser elas efetuadas “em caráter geral, setorial ou específico, de ofício ou em atendimento a solicitação da entidade de classe representativa de setor da economia (...) ou, ainda, em atendimento a solicitação da própria empresa interessada”. A Portaria MF nº 95/97, foi a que primeiro disciplinou o processo de alteração de percen-

²³⁵ Vide item 5.1.9, *supra* e 5.9.8.7, *infra*.

²³⁶ Cf. Ricardo Mariz de Oliveira, “Tributos e Preços de Transferência”, in Valdir de Oliveira Rocha (coord.), *Tributos e Preços de Transferência*, São Paulo: Dialética, 1997, pp. 79-86.

²³⁷ Esta possibilidade não se estende ao caso de juros e daí a conclusão, para este caso, da possível inconstitucionalidade. Cf. parágrafo 10.3.2, *infra*.

²³⁸ Cf. João Dácio Rolim, “As Presunções da Lei nº 9.430/96 e os Casos Especiais nos Preços de Transferência”, in Valdir de Oliveira Rocha (coord.), *Tributos e Preços de Transferência*, São Paulo: Dialética, 1997, pp. 39 a 51 (43).

²³⁹ Nesse sentido, a Solução de Consulta COSIT nº 16, de 22/10/02, estabelece que “a pessoa jurídica pode postular a alteração das margens de lucro fixadas pela legislação tributária para fins de cálculo do preço de transferência desde que comprove que a aplicação das margens fixas previstas na legislação são incompatíveis com suas operações”.

²⁴⁰ De acordo com o Acórdão nº 16-21.586, de 21/05/09, da 4ª Turma da DRJ/SP, “somente atendendo ao que determina [*sic*] os artigos 32 a 34 da IN SRF nº 243/02 é possível adotar outras margens de lucro previstas na legislação”.

tuais, sendo posteriormente revogada pela Portaria MF nº 222/08, que atualmente trata da matéria²⁴¹.

5.9.8.1 De início, uma nota: a permissão legal não pode ser entendida no sentido de se trocar o arbítrio do legislador pelo arbítrio do Ministro da Fazenda. As solicitações devem ser acompanhadas de uma série de documentos (artigo 32 da IN nº 38/97, artigo 33 da IN nº 32/01, artigo 34 da IN nº 243/02, artigo 47 da IN nº 1.312/12, artigo 3º da Portaria MF nº 95/97 e artigos 3º, 5º, 6º, 7º, 8º, 10, 11, 12, 13, 14 e 17 da Portaria MF nº 222/08), ou de relatórios, publicações e pesquisas (artigo 47, parágrafo 3º c/c o artigo 43 da IN nº 1.312/12). Todos esses documentos têm em comum fornecerem condições de comparabilidade de preços e de margens. Assim, a alteração de percentual faz-se a partir de uma análise dos fatos. A IN nº 1.312/12 não esclarece quais os critérios para uma alteração de ofício, mas não seria compatível com o sistema jurídico brasileiro, pudesse qualquer ato administrativo ser imotivado. O princípio da motivação exige que o Ministro apresente as razões para seu ato. Novamente, aqui, encontra-se o vínculo necessário com a realidade: o único motivo compatível com alterações nos percentuais da lei seria a circunstância de tais percentuais não corresponderem aos fatos apurados na análise comparativa. O ato de ofício pressupõe, portanto, também a busca da realidade.

5.9.8.2 Confirma esse entendimento o fato de o legislador admitir a alteração dos percentuais “em circunstâncias justificadas” (na redação original da lei, “em circunstâncias especiais”). A “circunstância justificada” de que se poderia cogitar seria a de uma análise comparativa revelar que os percentuais já não estão prestando para a determinação de um preço *arm's length* ou outro princípio (indutor) que se extraia do texto legal. Insista-se: o princípio *arm's length* foi, à toda vista, o fio condutor da legislação brasileira de preços de transferência. Outros princípios também se extraem do texto legal, conformando a norma. Vendo o legislador que o sistema criado poderia se desviar daquele jogo de princípios, houve por bem ele mesmo criar o caminho corretivo, de modo a evitar fosse a legislação desprovida de qualquer princípio norteador. Assim, se por “circunstâncias justificadas” se entendesse qualquer outra razão, então se teria o artigo 20 por inconstitucional e, com ele, a própria Lei nº 9.430/96: aquele, pela arbitrariedade conferida ao Poder Executivo; esta, por fixar adrede margens de lucro, desviando-se do pressuposto constitucional de renda. Se, por outro lado, o artigo 20 da Lei nº 9.430/96 compreender apenas as “circunstâncias justificadas” decorrentes do descompasso entre a realidade do mercado e

²⁴¹ Alguns aspectos de tal portaria serão analisados adiante.

os percentuais da lei, então torna-se este artigo, exatamente, o bastião da constitucionalidade da Lei nº 9.430/96.

5.9.8.3 Não se encontra no texto legal uma restrição quanto aos percentuais a serem fixados por solicitação ou de ofício. Diante do pressuposto óbvio de que o contribuinte não solicitaria percentual que lhe fosse prejudicial, resta examinar se o Ministro da Fazenda poderia, por ato motivado, agravar a situação do contribuinte. Diante da premissa de que o princípio *arm's length* foi recebido e está inserido na Lei nº 9.430/96, e de que em “circunstâncias justificadas”, o Ministro da Fazenda deve alterar os percentuais, sempre para atender àquele princípio, não há como deixar de concluir que o ato do Ministro não se limita a práticas benéficas ao contribuinte: se a prática do mercado revelar que os percentuais estabelecidos na lei acabam por implicar a não tributação de lucros imputáveis ao território brasileiro, deve o Ministro da Fazenda, em ato motivado, alterar os percentuais para atingir a realidade que for constatada.

5.9.8.4 A conclusão acima em nada contradiz o Princípio da Legalidade. Como já foi esclarecido, foi o próprio legislador que introduziu o princípio *arm's length* no sistema brasileiro, e também foi ele que determinou que os percentuais se alterassem nas “circunstâncias justificadas” de diferenças diante dos resultados da análise comparativa. O Princípio da Legalidade impõe que o legislador preveja e descreva o “fato gerador” da obrigação tributária, sua base de cálculo e seus demais elementos. Não há necessidade, entretanto, de o legislador fazer uma descrição literal. Nada impede seja ela implícita. A título de exemplo, basta lembrar que raras vezes cuida o legislador de descrever explicitamente o aspecto espacial da hipótese tributária. Nem por isso se apontam inconstitucionalidades em leis com tais omissões, quando elas se preenchem a partir de uma análise sistemática. Do mesmo modo, no caso presente, o legislador não foi literal quanto ao princípio *arm's length*, mas ele se extrai do todo do texto legal e, neste sentido, pode-se dizer foi introduzido por lei e, como tal, deve ser observado. Tampouco se trata de delegação de competência, já que o legislador não conferiu ao Ministro da Fazenda o poder de atuar discricionariamente quanto aos percentuais de margens de lucros. Seu dever é, apenas, dar certeza aos contribuintes de percentuais apurados a partir da análise comparativa. Em outras palavras: a obrigação tributária surge do princípio *arm's length*, previsto em lei, e seus percentuais decorrem da análise comparativa, não da vontade do Ministro da Fazenda.

5.9.8.4.1 Cabe mencionar que, com a alteração da redação do artigo 20 da Lei nº 9.430/96 pela Medida Provisória nº 563/12, convertida na Lei nº 12.715/12, surgiu, entre os que militam na seara dos preços de transferência, argumentação no sentido de que, no caso de alteração dos percentuais por ato *ex officio* do Ministro da Fazenda, restaria a este ampla margem de

discricionariedade, dispensando a necessidade de se demonstrar a coerência entre as novas margens fixadas e a realidade do mercado. Isso porque, na nova redação do dispositivo, os percentuais poderão ser alterados pelo Ministro em ato de ofício “ou” mediante requerimento do contribuinte realizado nos termos do parágrafo 2º do artigo 21, que é expresso em determinar a necessidade de comprovação da adequação das novas margens com o princípio *arm's length* através de publicações, pesquisas ou relatórios.

5.9.8.4.2 Em que pese o artigo 20 não indicar de modo expresso a necessidade de “comprovação” dos percentuais por ocasião da fixação de novas margens por ato ministerial *ex officio*, a própria nova redação do dispositivo está a contradizer o raciocínio exposto acima e afastar a suposta arbitrariedade conferida ao Ministro da Fazenda. Ora, a lei autoriza o Ministro a alterar os percentuais apenas em face de “circunstâncias justificadas” e, conforme se viu, impõe o princípio *arm's length* que tais circunstâncias compreendam tão somente o descompasso entre a realidade do mercado e os percentuais constantes da lei. Assim, o que a nova redação da lei veio inovar foi exigir a justificação do ato do Ministro, exigência, de resto, antes implícita, diante do princípio da motivação do ato administrativo.

5.9.8.5 Indaga-se, então, qual, afinal, a função dos percentuais preestabelecidos, se eles podem ser alterados. Servem eles de garantia ao contribuinte de que, uma vez guardados tais percentuais, a fiscalização não lhe imporá outros mais gravosos. Ao mesmo tempo, servem para dispensar o Fisco do ônus da prova dos percentuais praticados por terceiros independentes. É certo que o Ministro da Fazenda pode alterar tais percentuais, mas essa alteração, por constituir mudança de critério jurídico por parte da Administração (critério jurídico na fixação de um preço *arm's length*: a mudança é de critério jurídico, conquanto se origine de circunstâncias fáticas) à luz do que dispõe o artigo 146 do Código Tributário Nacional, somente valerá dali em diante e, ainda assim, haverá que ter em conta o respeito à segurança jurídica, para exigir que não se atinjam situações consolidadas.

5.9.8.6 Qual a posição do contribuinte que não observar as margens estabelecidas na lei nem solicitar sua mudança, nos termos do artigo 20? Não terá ele a segurança de que sua margem será aceita como parâmetro *arm's length*, mas não ficará proibido de usar a margem obtida a partir da análise comparativa efetuada, invocando o direito que lhe foi assegurado pelo parágrafo 2º do artigo 20 da Lei nº 9.430/96. Insista-se: a prioridade deve ser dada ao princípio *arm's length*: se o contribuinte demonstra, por análise comparativa, outro percentual, então esse será aplicável, ainda que implique margem negativa, seja por condições de mercado, seja por se tra-

tar de venda marginal, visando a empregar tempo de máquina ocioso, visando à cobertura de custos fixos.

5.9.8.7 À falta de ato de ofício por parte do Ministro da Fazenda, é ônus do contribuinte demonstrar cabalmente que outro percentual melhor atende ao princípio *arm's length*. Neste sentido, é possível assemelhar os percentuais fixados pelo legislador à disciplina das presunções relativas, já que sempre é ônus da parte que as rebate demonstrar circunstância fática diversa da prevista pelo legislador.

5.9.8.7.1 Contudo, a alteração de margens não pode exigir demonstração tão rigorosa a ponto de tornar absolutas as presunções legais (*probatio diabolica*). Cabe ao contribuinte, pois, *com os meios de que dispuser, à luz do caso concreto*, sustentar as razões porque julga inaplicáveis a seu caso a margem preestabelecida.

5.9.8.8 O Ministro da Fazenda não tem a opção, mas o dever de alterar os percentuais, quando o contribuinte demonstra serem eles incompatíveis com o princípio *arm's length*. O Ministro deve estender a decisão não só ao contribuinte que fez o requerimento, mas a outros que estiverem em igual situação.

5.9.9 O que fazer, entretanto, no caso de um contribuinte não ter como demonstrar que a margem legal lhe é inadequada?

5.9.9.1 Fosse vedada a demonstração em contrário, não restariam dúvidas de que as margens, de relativas, tornar-se-iam absolutas. A consequência seria a fixação dos preços-parâmetros por critérios arbitrários, sem compromisso com o princípio *at arm's length*, não se tolerando, pois, no sistema constitucional brasileiro, sua permanência.

5.9.9.1.1 Este, entretanto, não é o caso da Lei nº 9.430/96, já que ela admite, expressamente, a demonstração de outras margens de lucros.

5.9.9.1.2 O problema principal é encontrado quando se considera a regulamentação emitida pela Receita Federal. Uma análise detida das instruções normativas e portarias que já regulamentaram a matéria revela que dificilmente um contribuinte poderá contestar as margens legais²⁴².

5.9.9.1.3 Com efeito, ao regulamentar as solicitações de alteração de percentuais, efetuadas por entidades de classe ou por empresa, exige o artigo 47 da IN nº 1.312/12 que se façam acompanhar dos seguintes documentos:

²⁴² Nesse sentido, criticando os requisitos do então artigo 33 da IN nº 243/02, “que acabaram por tornar inviável a fruição do direito”, cf. José Gomes Jardim Neto, “A Interpretação da Legislação de Preços de Transferência por Parte do Fisco no Brasil: podemos aprender com os Erros?”, *Revista de Direito Tributário Internacional* vol. 4, ano 2, São Paulo: Quartier Latin, outubro de 2006, pp. 109-128 (127).

"I - demonstrativo dos custos de produção dos bens, serviços ou direitos, emitidos pela pessoa jurídica fornecedora, domiciliada no exterior;

(...)

§ 1º Os demonstrativos deverão ser corroborados com os seguintes documentos:

(...)

III - cópia de documentos fiscais de venda emitidos no último ano-calendário, nas operações entre a pessoa jurídica vinculada, domiciliada no exterior, e as pessoas jurídicas atacadistas, não vinculadas, distribuidoras dos bens, serviços ou direitos, objeto da solicitação;

IV - cópia de documentos fiscais de venda a consumidores, emitidos por pessoas jurídicas varejistas, localizadas nos países de destino dos bens, serviços ou direitos, com indicação do respectivo preço cobrado."

5.9.9.1.4 Vê-se, daí, que a alteração de percentuais somente é permitida àqueles que: (i) conhecem os custos de produção de bens no exterior; e (ii) têm acesso a vendas efetuadas por seu fornecedor ou cliente no exterior. Ora, diversas são as situações em que o contribuinte não tem acesso a tais informações.

5.9.9.2 Com efeito, deve-se lembrar, primeiramente, que a legislação de preços de transferência não se aplica apenas a pessoas pertencentes a um mesmo grupo empresarial; o conceito de pessoas vinculadas vai além da relação controladora/controlada.

5.9.9.3 Mesmo no caso de pessoas jurídicas pertencentes a um mesmo grupo, entretanto, não se deve pressupor que uma subsidiária brasileira tenha acesso às contas de sua matriz. Em regra, tais contas são mantidas sob sigilo, não sendo incomum que as relações entre ambas - em homenagem ao princípio *arm's length* - não difiram daquelas mantidas entre terceiros independentes, inclusive no que se refere aos segredos comerciais. Ou seja: se um grupo mantém, em sua política interna, a vigência plena do princípio *arm's length*, não haverá troca de informações financeiras entre as empresas. Paradoxalmente, tal grupo será punido por não conseguir contestar as margens de lucro previstas pela lei.

5.9.9.4 Finalmente, admitindo-se que haja a plena abertura dos livros entre as empresas do grupo, nem por isso será possível informar os custos de produção de bens, direitos e serviços, já que as sistemáticas de custo variam muito de um país para outro, não sendo raro que aquilo que, no Brasil, compõe o custo de produção de um bem, seja tratado, noutra país, como despesa e vice-versa. Ou seja: além da dificuldade de se obterem os dados financeiros, surge o ônus de se comprovarem os custos, tais como

entendidos pela legislação brasileira. A exigência redundaria, muitas vezes, na obrigação de ser refeita toda a contabilidade de custos da fornecedora, com o único intuito de instruir um processo de modificação de margens.

5.9.9.5 Dada a existência de tais dificuldades e limitações, cabe retornar ao que se disse acima, acerca da necessidade de se tomarem as margens de lucro preestabelecidas como relativas, sob o risco de se concluir por sua inconstitucionalidade. São relativas as margens estabelecidas pela Lei nº 9.430/96 porque ao contribuinte é facultado, a teor do que dispõe a própria lei, contestá-las.

5.9.9.6 Como proceder, entretanto, quando se constata que a legislação baixada pelas autoridades administrativas dificultam ou mesmo impedem a demonstração em contrário?

5.9.9.7 Na verdade, o efeito da Instrução Normativa foi, em vários casos, transformar uma presunção legal relativa estabelecida em lei em presunção legal qualificada. Uma das características desta espécie de presunção é admitir apenas certas provas em contrário ao fato indiciário, à relação de implicação e ao fato indiciado²⁴³.

5.9.9.8 Ocorre que esta característica, de vedar provas diversas das estabelecidas legalmente, opõe-se substancialmente ao princípio constitucional da ampla defesa. Com efeito, pode-se aceitar que seja ônus do contribuinte comprovar que a margem de lucro é diversa da presumida, mas não faz qualquer sentido cogitar que, suficientes as provas, estas não sejam aceitas por um capricho normativo.

5.9.9.9 Nem mesmo a lei pode chegar a tanto, pois menos ainda uma instrução normativa. Se um fato é verdadeiro e comprovado, não pode ser ele ignorado por requisitos legais que demandam provas diversas daquelas que conseguiu produzir o contribuinte. Neste caso, dar-se-á um impedimento de demonstração em contrário, sendo imediato o raciocínio no sentido da inconstitucionalidade desta previsão.

5.9.9.10 Simplificando o raciocínio: para o contribuinte que, embora tenha outros meios de prova, não dispõe daqueles especificamente previstos, a presunção torna-se absoluta. A prova torna-se, por força de lei, impossível para ele, convertendo-se em absoluta uma presunção relativa.

5.9.9.11 No campo da propriedade, no direito civil, a doutrina, já nos primórdios do direito romano, enfrentou esta questão: no curso da ação de reivindicação da propriedade (*rei vindicatio*), meio por excelência de proteção de tal instituto, exigia-se do autor a prova de aquisição da proprieda-

²⁴³ Cf. Maria Rita Ferragut, *Presunções no Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, 2001, p. 82.

de. Todavia, era tão difícil, na prática, referida prova, que os juristas medievais apelidaram-na de diabólica (*probatio diabolica*)²⁴⁴.

5.9.9.12 Não é difícil estender tal raciocínio ao caso presente: embora não seja necessariamente impossível ao contribuinte comprovar que terceiros independentes praticam outras margens de lucro, tal prova pode exigir tamanho desembolso de recursos, que se torna inviável a própria prova. Presentes, assim, as características da *probatio diabolica*, que converte as margens preestabelecidas pela Lei nº 9.430/96 em presunção absoluta.

5.9.9.13 Dado que tal raciocínio levaria à conclusão da inconstitucionalidade da Lei nº 9.430/96 (já que esta passaria a conter uma presunção absoluta de que terceiros independentes praticam as margens de lucro ali estabelecidas), cabe ao hermeneuta buscar outro sentido para o artigo 20 da Lei nº 9.430/96.

5.9.9.14 Daí, pois, a necessária conclusão de que deve ser facultado ao contribuinte apresentar a ocorrência de “circunstâncias justificadas”, valendo-se dos meios de que dispuser no caso concreto. O Poder Executivo não pode, insista-se, obstar a justificação do contribuinte, restringindo-lhe os meios para demonstrar que as margens que a lei atribui a terceiros independentes foge das práticas de mercado.

5.9.9.15 A demonstração, neste caso, não exigirá atividade probatória tão rigorosa a ponto de se determinar, com exatidão, os percentuais praticados por terceiros independentes. Tamanho detalhamento poderá, por vezes, revelar-se impossível (*probatio diabolica*).

5.9.9.16 Em seu lugar, parece atender o objetivo do artigo 20 da Lei nº 9.430/96 que o contribuinte traga indícios suficientes de que a margem de lucro que lhe é imposta não é adequada.

5.9.9.17 É assim que, na comercialização de um bem importado, cujo preço de transferência esteja sujeito ao método PRL, no lugar de o contribuinte necessitar de provar que terceiros independentes não praticam uma margem de lucro de 20%, pode-se aceitar, como motivação bastante para que o Ministro de Estado da Fazenda altere os percentuais de que trata a referida lei, que o contribuinte demonstre não ser razoável, com base no capital investido e nas funções por ele exercidas na transação, uma remuneração tão elevada. Para isso, uma análise econômica deverá considerar, dentre outros, elementos como: (i) qual o custo de oportunidade envolvido, ou seja, a remuneração que idêntico capital obteria noutra atividade conservadora (numa aplicação financeira, por exemplo); (ii) qual a remuneração adequada para um trabalho de distribuição de produtos de terceiros; (iii)

²⁴⁴ Cf. Thomas Marky, *Curso Elementar de Direito Romano*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 88; v. também José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano*, 13ª edição, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 317.

quais os riscos envolvidos no negócio; (iv) outras funções exercidas por importador e exportador etc.

5.9.9.18 Note-se que a análise funcional acima proposta não deixa de ser comparativa. No lugar, entretanto, de uma *probatio diabolica*, consistente na evidência da margem que comerciantes de produtos semelhantes, em iguais condições, praticam, adota-se uma comparação com o mercado em geral, em transações que não necessariamente guardam uma identidade com aquela em exame, mas cujo conjunto permite concluir qual a margem de lucro adequada a uma transação.

5.9.9.19 Assim, conclui-se que o artigo 20 da Lei nº 9.430/96 não convive com a ideia de presunções absolutas. Ao contrário, é ele que assegura a constitucionalidade da Lei nº 9.430/96, ao permitir alterações de margens.

5.9.10 A alteração de margens, por sua vez, não pode estar sujeita a restrições no campo probatório. Caberá ao agente público ou ao juiz verificar se as provas são suficientes, não se podendo admitir que nem mesmo a lei possa restringir os meios de comprovação de um fato e muito menos uma instrução normativa.

5.9.11 Foi publicada, em setembro de 2008, a Portaria nº 222, do Ministro da Fazenda²⁴⁵. A referida portaria parecia, a princípio, uma medida com vistas a adequar a Lei nº 9.430/96, com suas margens predeterminadas, aos ditames constitucionais. De fato, a nova norma trouxe importantes avanços à matéria, como a previsão de um procedimento específico para a alteração de margem em cada método, e não de um procedimento genérico, aplicável indistintamente a todos os métodos.

5.9.11.1 Com efeito, uma das maiores dificuldades enfrentadas pelos contribuintes tem sido, justamente, a exigência de documentos que em nada contribuíam para a solução da margem questionada. A título de exemplo, verificava-se que se o contribuinte pretendia ver alterada a margem exigida pelo método PRL, não fazia sentido que se exigisse dele documentos que informassem os custos praticados por seu fornecedor, no exterior.

²⁴⁵ Sobre o assunto, cf. também Luís Eduardo Schoueri, “Margens Predeterminadas, Praticabilidade e Capacidade Contributiva”, in Luís Eduardo Schoueri (coord.), *Tributos e Preços de Transferência*, vol. 3, São Paulo: Dialética, 2009, pp. 119-130; Igor Mauler Santiago e Valter Lobato, “Margens Predeterminadas: um Caso de Confronto entre a Praticabilidade e a Capacidade Contributiva? Exigências Constitucionais para sua Adoção”, in Luís Eduardo Schoueri (coord.), *Tributos e Preços de Transferência*, vol. 3, São Paulo: Dialética, 2009, pp. 107-118; Luís Eduardo Schoueri e Eduardo Santos Arruda Madeira, “Transfer Pricing Practice in an Era of Recession”, *International Transfer Pricing Journal*, Amsterdã: IBFD, novembro/dezembro de 2009, pp. 419-422.

5.9.11.2 No âmbito da Portaria MF nº 222/08, tanto para as importações (CPL, PRL com margem de 20% e PRL então com margem de 60%), quanto para as exportações (CAP, PVA e PVV), os pedidos devem ser instruídos por relatórios ou notas explicativas embasados por estudo ou pesquisa que demonstre que a margem de lucro pleiteada é praticada por outras pessoas jurídicas independentes, em transações com não vinculadas. Além disso, para cada um destes métodos, a Portaria MF nº 222/08 estabelece um rol de documentos, planilhas, estudos e demonstrativos, relativos às transações praticadas pela própria pessoa jurídica solicitante, que devem instruir o pedido de alteração de margens. Nesse ponto, é possível notar que a apresentação de um rol de documentos descabido e não razoável permanece na nova portaria.

5.9.11.3 Ao exigir que a pessoa jurídica apresente documentos relativos às suas próprias transações com partes não vinculadas, a Portaria MF nº 222/08 acaba inviabilizando o pedido de alteração de margens para alguns métodos. Por exemplo, a aludida portaria determina que, para solicitar a alteração das margens do método PRL, a pessoa jurídica deve apresentar documentação comprobatória de transações praticadas com partes não vinculadas. No entanto, muitas vezes as empresas que utilizam o PRL não praticam operações com empresas não vinculadas; caso houvesse tais transações, elas poderiam inclusive optar pelo método PIC.

5.9.11.4 Para tentar corrigir essa distorção, a Portaria MF nº 222/08 esclarece que “na hipótese de a pessoa jurídica não praticar operações com não vinculadas, poderá apresentar estudo ou pesquisa que demonstre a margem de lucro obtida por terceira pessoa jurídica independente, domiciliada no Brasil, em operações com não vinculadas”. Nesse sentido, pesquisas efetuadas por organismos internacionais como a OCDE e a OMC são também admitidos. Todavia, não se encontrou solução para o problema: se houver tal estudo ou pesquisa apontando transações entre partes independentes, então o contribuinte sequer precisa se valer do PRL e das mudanças de margem, já que tem um PIC a sua disposição. Desta forma, conclui-se que a mudança de margem é procedimento oferecido somente a quem não precisa daquela mudança, porque poderia se utilizar de métodos alternativos, como o PIC.

5.9.11.5 Cumpre salientar ser bastante criticável a não caracterização do pedido de alteração de margens como um processo de consulta, consoante dispõe o artigo 22 da Portaria MF nº 222/08. Ora, não se pode esperar que o contribuinte procure a Administração, revelando que os percentuais impostos pela lei não são compatíveis com suas operações, se ele corre o risco de ver um processo fiscal instaurado contra si, exatamente tomando por base as informações que ele, contribuinte, espontaneamente, trouxe. Os mais razoáveis princípios morais já indicam ser inaceitável

tal atitude da Administração; entretanto, o mero risco de tal procedimento é razão suficiente para que o contribuinte deixe de trazer as informações pertinentes a seu caso. Assim é que solução mais razoável foi encontrada pela IN nº 1.312/12, cujo parágrafo 2º do artigo 45 determina que sejam aplicadas “as normas relativas ao processo de consulta” constantes do Decreto nº 70.235/72 “aos pedidos de alteração de percentuais, efetuados por setor econômico ou pessoa jurídica”.

5.9.11.6 Por fim, deve ser mencionada a ausência de disposição relativa ao prazo para a análise do pedido pelas autoridades administrativas. Desta forma, tal como nos atos normativos anteriores, a não indicação de um prazo para a análise do pedido gera uma grande indefinição e insegurança para o contribuinte que, nos termos da Portaria MF nº 222/08, solicitar uma alteração de margem ou percentual junto ao órgão.

5.9.12 O recurso às margens predeterminadas revela-se a maior inovação do legislador brasileiro, quando confrontado com as práticas internacionais. Tem a seu favor a praticabilidade, além de servir de instrumento interessante para induzir comportamentos dos contribuintes. Do ponto de vista do princípio *arm's length*, entretanto, as margens predeterminadas podem ser questionáveis, exigindo, daí, mecanismo de calibração - o ajuste de margens - como forma de conciliar tais objetivos.

5.9.12.1 Interessante verificar a postura dos especialistas da ONU diante da iniciativa brasileira de adoção de margens predeterminadas. Longe de condená-las, o que se encontra no “Manual Prático”²⁴⁶ é um relatório sobre o tema, o que permite inferir que o exemplo brasileiro pode ser útil a países em desenvolvimento, na fixação de sua legislação de preços de transferência. Entretanto, o mesmo texto cuida de apresentar alguns cuidados que parecem mandatórios para tal expediente.

5.9.12.2 Nos seus comentários voltados a países que considerem a adoção de margens predeterminadas, os especialistas principiam por afirmar que os países podem estabelecer margens diversas por setor econômico, linha de negócios ou mesmo, por espécie de bens e serviços, a fim de calcular o preço-parâmetro. Afinal, o quanto mais precisas forem as margens e quanto maior o seu número, maior a probabilidade de que as margens não tenham efeitos que distorçam a atuação dos agentes econômicos.

5.9.12.3 Acreditam os especialistas que dependendo dos valores efetivos e dos tipos de bens e serviços exportados ou importados por um país, não se justifique um número acentuado de margens. Essa consideração, posta válida para países com menor grau de desenvolvimento, não parece

²⁴⁶ Cf. United Nations, *UN Practical Manual for Developing Countries*, capítulo 10, parágrafo 10.1.9 e seus subparágrafos (atualizado até outubro de 2012), disponível em http://www.un.org/esa/ffd/tax/documents/bgrd_tp.htm.

ser aplicável ao caso brasileiro, cuja pauta de comércio exterior é muito ampla. Daí ser de se esperar que os percentuais hoje fixados em lei venham a se multiplicar, por ato (justificado) do Ministro da Fazenda, ou a requerimento dos setores interessados, de modo a refletir a complexidade da economia nacional.

5.9.12.4 Conquanto reconhecendo que cada país deve decidir o grau de especificação que suas margens devem ter, os especialistas insistem no sentido de que a determinação das margens predeterminadas deve dar-se a partir de pesquisas de preços feitas pelas autoridades ou adquiridas de bancos públicos de dados, de modo a encontrar preços adequados para serem comparados. Sendo necessário especificar mais margens de lucro, os especialistas afirmaram que as autoridades tributárias devem determinar, estatisticamente, uma faixa de margens de lucro, *i.e.*, um lucro mínimo e um lucro máximo que correspondam estatisticamente às informações obtidas a partir de transações independentes. Tais pesquisas e margens encontradas devem estar à disposição dos contribuintes, para que estes possam constatar que a faixa de lucros assim encontrada poderia ser aplicada a qualquer transação semelhante.

5.9.12.5 O estudo dos especialistas da ONU conclui no sentido de que, em termos práticos, o que se aplica não são margens, mas faixas de lucro. Essa conclusão parece coadunar-se com a prática brasileira, já que aqui se admitem divergências de até 5%, para mais ou para menos, entre o preço-parâmetro e o preço praticado, dando, daí, conotação de faixa de lucros.

5.9.13 Se o tema das margens predeterminadas sofre restrições oriundas do princípio *arm's length*, pode ele, ao mesmo tempo, justificar ou inviabilizar a norma, quando construída à luz da Ordem Econômica.

5.9.13.1 Conquanto não seja este o espaço adequado para discutir o tema das normas tributárias indutoras²⁴⁷, parece hoje amplamente aceita a ideia de que a norma tributária não se conforma, apenas, aos ditames constitucionais previstos na conformação do Sistema Tributário Nacional; seu efeito indutor exige que se considerem, igualmente, seus reflexos sobre a Ordem Econômica.

5.9.13.2 Quando se adotam margens predeterminadas, pode-se, à luz do princípio *arm's length*, buscar margens aproximadas de mercado. É sob esse aspecto que se apresentou, até este ponto, o problema. Também esta foi a perspectiva no estudo dos especialistas da ONU.

5.9.13.3 O que fazer, entretanto, quando se conclui que as margens predeterminadas são discrepantes daquelas encontradas no mercado? À

²⁴⁷ Sobre o tema, cf. Luís Eduardo Schoueri, *Normas Tributárias e Indução Econômica*, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

luz do princípio *arm's length*, como visto, caberia exigir outras margens, mais condizentes com a realidade econômica.

5.9.13.4 Caso, entretanto, se aceite que outros princípios, além do *arm's length*, inspiram a Lei nº 9.430/96, pode-se chegar a outra conclusão. Pode a margem predeterminada ser um instrumento eficaz para intervenção no domínio econômico, a ser examinada, desta vez, à luz da Ordem Econômica.

5.9.13.5 Tome-se o caso das margens de lucros de 20% e 60%, aplicáveis ao método PRL até 2012. O tema será examinado com vagar no Capítulo VII. Por enquanto, admita-se, a título de argumentação, que a interpretação dada pela IN nº 243/02 tivesse fundamentação legal (isso será contestado no referido capítulo). Fosse isso correto, então se concluiria que a norma seria um incentivo à importação de produtos acabados, em detrimento da industrialização no País. Afinal, qualquer que fosse o grau de produção local, exigir-se-ia, sempre, um lucro de 60% do preço do produto final. Nesse sentido, a inconstitucionalidade seria patente, pois não condiz com a Ordem Econômica o desestímulo à produção no País.

5.9.13.6 Ainda no caso do PRL, veja-se a situação a partir de 2012. Em virtude das alterações promovidas pela Lei nº 12.715/12, os percentuais de 20% (regra), 30% ou 40% são fixos, independentemente de haver produção no País, ou, ainda, independentemente do grau de produção no País.

5.9.13.6.1 Sob a lógica do princípio *arm's length*, não há como justificar que se apliquem as mesmas margens de lucro independentemente das funções exercidas pelas partes. Numa análise funcional preliminar, já se teria que quanto maior o risco (quanto mais funções exercidas), tanto maior a margem de lucro.

5.9.13.6.2 Entretanto, sob o viés indutor, pode-se ter um efeito interessante: ao se fixarem as margens de lucro, estimula-se que sejam trazidas para o País funções que doutro modo seriam exercidas no exterior. Afinal, se a margem será, sempre, de 20%, torna-se interessante para o contribuinte que toda a industrialização se dê no País, trazendo-se para cá, ademais, outras funções, como garantia, propaganda etc. Não importa o número de funções exercidas pela parte brasileira, a margem será a mesma. Há claro estímulo para que se concentrem funções relevantes no território nacional, ficando a parte estrangeira com funções residuais. Em assim procedendo, o contribuinte tem evidente ganho, já que manterá a mesma margem, no País, enquanto poderá reduzir a margem exigida no exterior, em virtude de menor número de funções ali exercidas.

5.9.13.6.3 Por certo a legislação brasileira poderá ser contestada pelos parceiros comerciais do Brasil, havendo o risco, mesmo, de questionamento quanto às boas práticas comerciais. Não é demais lembrar que no âmbito da Organização Mundial do Comércio, o Brasil aderiu ao Acordo sobre

Subsídios e Medidas Compensatórias, onde se encontra, na nota de rodapé 59, o seguinte preceito:

“Os Membros reafirmam o princípio segundo o qual os preços de bens praticados em transações entre empresas exportadoras e compradoras estrangeiras controlados pelas primeiras, ou ambos sob o mesmo controle, devem, para fins tributários, ser os mesmos que se praticariam entre empresas independentes umas das outras em condições de livre concorrência. Qualquer Membro pode chamar a atenção de outro para práticas administrativas ou outras que contradigam esse princípio e que resultem em expressiva economia em impostos direitos aplicáveis a transações de exportação. Em tais circunstâncias, os Membros tentarão normalmente resolver suas diferenças pelas vias previstas em tratados bilaterais existentes em matéria fiscal ou por meio de outros mecanismos internacionais específicos, sem prejuízo dos direitos e das obrigações que para os Membros derivam do GATT 1994, entre os quais o direito de consulta criado no período precedente.”

5.9.13.6.4 A referida nota de rodapé chama a atenção por se referir ao princípio *arm's length*; mais relevante, entretanto, é que, ao vincular os países membros àquele princípio, inclui na categoria de subsídios proibidos as “práticas administrativas” que venham a contrariá-lo, especialmente se houver economia tributária aplicável às transações de exportação. Não se pode afastar o argumento de que a norma tributária indutora em questão possa vir a sofrer tal acusação cabendo, no âmbito da própria OMC, testar a norma indutora diante dos preceitos adotados pelo Brasil.

5.9.13.6.5 Do ponto de vista constitucional, entretanto, o que se terá será uma norma indutora, que promove atividades no País. Neste caso, se o princípio *arm's length* exigir (posto que por média) determinada margem, a Ordem Econômica constitucional justificará margem de lucro menor, como forma de estímulo à atividade econômica no País.

Lucros no Exterior

5.10 Omissão nas normas brasileiras sobre os preços de transferência encontra-se na hipótese de a pessoa vinculada à empresa brasileira ser sua filial, sucursal, controlada ou coligada, cujos lucros, nos termos da Lei nº 9.249/95 e alterações posteriores, estejam sujeitos à tributação no Brasil²⁴⁸.

5.10.1 Trata-se de lacuna que deve forçosamente ser preenchida pelo intérprete, sob pena de um *bis in idem* que, conquanto não proibido pela

²⁴⁸ Sobre o assunto, cf. Diogo Ferraz, “O Possível Conflito entre os Preços de Transferência e a Legislação CFC”, *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 121, São Paulo: Dialética, outubro de 2005, p. 22.

sistemática tributária brasileira, não deve ser aceito pelo aplicador da lei, exceto quando o legislador inequivocamente o desejou. Não há, outrossim, razão para crer que o legislador nacional tenha planejado o referido *bis in idem*.

5.10.2 Dessa forma, impõe-se a análise da contraposição desta regra com os ajustes relativos aos preços de transferência, notadamente no que concerne à coerência de uma eventual bitributação de tais lucros.

5.10.3 Nos últimos anos, o Brasil aderiu ao empenho mundial para inibir o diferimento (*deferral*) da tributação dos lucros mediante o emprego de mecanismos que impedem a alocação de lucros em países de baixa tributação. Mecanismos dessa natureza estão presentes, destacadamente, na legislação relativa às *Controlled Foreign Corporations* (CFCs)²⁴⁹ e na legislação de preços de transferência.

5.10.3.1 Já quando da edição da Lei nº 9.249/95, à semelhança do que se propôs por meio do artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/01, pretendia o legislador que a tributação, pela empresa brasileira, dos lucros auferidos por controladas e coligadas *no exterior* fosse feita no próprio período em que fossem eles auferidos, independentemente de qualquer ato tendente à sua disponibilização.

5.10.3.2 Existe uma evidente coincidência entre o disposto no artigo 74 da MP nº 2.158-35/01 e o modelo, utilizado por diversas legislações, que visa combater a evasão fiscal praticada por meio das CFCs. Ambos buscam inibir a evasão fiscal praticada em âmbito internacional, mediante recurso idêntico, qual seja, regime de transparência (da sociedade) com imputação do lucro diretamente na pessoa do sócio. Na verdade, a legislação brasileira acaba sendo bem mais ampla, já que não se limita a algumas situações especialmente propícias ao deferimento da tributação, valendo para todo e qualquer investimento brasileiro no exterior.

5.10.3.3 O objetivo pretendido pelo artigo 74 da MP nº 2.158-35/01 é o de obstar a alocação dos lucros de residentes brasileiros em países de diminuta carga tributária, notadamente os paraísos fiscais, bem como impedir a prática do *deferral* desses lucros sob o escudo de jurisdição estrangeira.

5.10.3.4 Em síntese, o fenômeno da transparência, na seara fiscal, implica a imputação automática (independente de distribuição) dos lucros gerados por sociedade não residente aos seus sócios, submetendo à tributação o lucro que tem sua fonte no exterior, como se houvesse sido produzido internamente.

²⁴⁹ As denominadas *Controlled Foreign Corporations* - CFCs consistem em sociedades constituídas em países de baixa tributação, cujos sócios são residentes de Estados de tributação normal.

5.10.3.5 Assim, identificando-se a sociedade não residente como uma CFC, mediante a aplicação de critérios estabelecidos na lei, atribui-se a ela a condição de “sociedade transparente” com o propósito de submeter à tributação, na pessoa do sócio, controladora ou coligada, o lucro por ela obtido no exterior.

5.10.3.6 Decorre daí que, mesmo sendo o lucro mantido na sociedade não residente sem a distribuição aos sócios, ocorrerá na pessoa destes, em seu país de residência, a tributação dos lucros da sociedade.

5.10.4 Em que pese serem amplamente criticáveis as regras CFCs adotadas pelo Brasil²⁵⁰, é necessário que se proceda a uma análise de cada caso prático, a fim de evitar que sobre uma mesma operação possam incidir irrazoavelmente esta sistemática somada à regulação de preços de transferência. Uma análise mais detida da legislação em tela, nomeadamente do artigo 25 da Lei nº 9.249/95, pode revelar que um caso específico escapa ao âmbito de aplicabilidade das regras CFCs brasileiras.

5.10.4.1 Em situações em que a legislação pátria de preços de transferência determina que sejam efetuados ajustes nos preços praticados nas operações controladas, para corrigir as distorções do lucro contábil da pessoa jurídica, aproximando o resultado, assim, da efetiva renda da empresa, substituem-se os valores das transações concretas pelos preços de mercado, permitindo que se apure um lucro, diverso do contábil, que melhor refletirá a renda da pessoa jurídica, aferindo com maior exatidão a riqueza gerada por ela.

5.10.4.2 Em outras palavras, o princípio *arm's length* é aplicável para o intuito de tributar-se um lucro que, em verdade, é imputável à empresa sediada no Brasil.

5.10.4.3 Nesse cenário, parece correto afirmar que a efetuação dos preços de transferência realizada pelo contribuinte brasileiro implica a asserção de que os lucros que este apurou nas transações controladas, praticadas com a controlada no exterior, teriam sido auferidos no Brasil, não havendo, portanto, causa jurídica (*i.e.*, fundamento jurídico) para a aplicação das regras CFC a esses casos.

5.10.4.4 De fato, consoante dispõe o parágrafo 2º do artigo supra mencionado, são computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas brasileiras “os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior” (g.n.).

5.10.4.5 A legislação de preços de transferência tributa o lucro que economicamente seria da empresa brasileira, mas que no País não foi con-

²⁵⁰ Cf. Luís Eduardo Schoueri. “Imposto de Renda e os Lucros Auferidos no Exterior”, *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*, vol. 7, São Paulo: Dialética, 2003, pp. 308-313.

tabilmente declarado como tal. Assim, resta claro que a única possibilidade de haver tributação é a de estar o referido lucro no Brasil, e não exterior. Em outras palavras, o lucro tributado pela legislação de preços de transferência é riqueza auferida no País, mas não contabilizada; o ajuste apenas revela tal riqueza. Se a Lei nº 9.249/95 alcança lucros no exterior, não podem ser nela compreendidos os lucros auferidos no Brasil.

5.10.5 Ainda que se cogitasse a aplicabilidade das regras CFCs em casos onde o lucro já fosse alcançado pela legislação de preços de transferência, haveria que se questionar se os efeitos deste procedimento poderiam ser considerados lógicos e coerentes.

5.10.5.1 Para que se examine esta questão, importa inicialmente observar que nos ajustes de preços realizados com base na legislação de preços de transferência, verifica-se, através da limitação ao custo dedutível, uma majoração da base de cálculo do imposto de renda brasileiro.

5.10.5.2 Com fundamento nesta constatação, tem-se que eventual incidência tributária com base nas regras CFCs significará bitributação econômica, uma vez que o lucro auferido na operação do caso concreto já teria sido submetido à tributação decorrente da efetuação de ajustes de preços de transferência.

5.10.5.3 Em face desse cenário, deflui o questionamento relativo à aplicabilidade das regras CFCs às situações nas quais já houver tributação do lucro da empresa com base na legislação de preços de transferência.

5.10.5.4 No exame da aplicabilidade de uma norma em relação a uma determinada situação fática, é necessário que se parta da interpretação daquela.

5.10.5.5 Para tanto, é necessário que se aponte que, na interpretação da legislação, não há a prevalência de um único método²⁵¹. O que se observa são a pluralidade e a equivalência, sendo os métodos aplicados de acordo com o caso, ressaltando-se que eles não se contradizem, mas se complementam e intercomunicam-se.

5.10.5.6 A interpretação literal (também conhecida como gramatical) deve ser considerada apenas como o início do processo interpretativo, o qual, de fato, deve partir do texto da norma, investigando sua sintaxe. Todavia, a consistência sintática é insuficiente para cobrir toda a dimensão dos enunciados prescritivos das normas jurídicas, os quais suscitam investigações em outros planos também.

5.10.5.7 Nesse sentido, embora a clareza do texto reduza a atividade do intérprete, não é apta a eliminá-la. Por mais clara que seja a letra da lei, aconselha-se o emprego de outros métodos interpretativos, diversos do gra-

²⁵¹ Tradicionalmente, a doutrina costuma apontar como métodos de interpretação das normas jurídicas o método literal, o teleológico, e o sistemático (sistêmico).

matical, de forma a extrair do texto sentido diverso daquele superficial captado pela interpretação gramatical.

5.10.5.8 Desse modo, tem-se que a interpretação, embora se vincule ao texto da norma, nele não se deixa aprisionar. Fundamental para a interpretação da norma é a sua completa compreensão, devendo-se buscar a estrutura, a extensão, o sentido e o conteúdo da norma, bem como a sua relação com outras normas do ordenamento.

5.10.5.9 No cenário analisado, deve o intérprete analisar o contexto sistêmico da tarefa interpretativa. Isto porque na situação sob análise verifica-se uma dúvida que se manifesta em razão de o significado *prima facie* de uma norma (regras CFCs) implicar incoerência em presença de outra norma (regras de preços de transferência) inserida no mesmo sistema jurídico em que se encontra inserida a primeira²⁵².

5.10.5.10 Em outras palavras, ainda que uma primeira análise (predominantemente literal) das disposições das regras CFCs indicasse ao intérprete a exigência de tributar os lucros auferidos no exterior, não seria afastada a necessidade de avaliação do contexto sistêmico de interpretação.

5.10.5.11 Isso porque, consoante já se observou, a referida tributação resultaria incoerente em face da legislação de preços de transferência - a qual determina a aplicação de ajustes aos preços praticados, e consequente tributação das margens excedentes aos preços-parâmetros.

5.10.5.12 Essa incoerência resultaria da verificação de uma dupla incidência tributária sobre os lucros auferidos pela controlada no exterior, se aplicadas à situação em estudo tanto as regras de preços de transferência quanto as CFCs.

5.10.5.13 A referida dupla incidência tributária representaria uma quebra no ordenamento, particularmente no que se refere às normas tributárias, entrando em rota de colisão com a natureza e finalidade destas.

5.10.5.14 Nesse sentido, oportuno transcrever as observações de Carlos Maximiliano:

“Ainda que o texto pareça admitir dupla tributação do mesmo objeto, valor ou ato jurídico, paga, direta ou indiretamente, pela mesma pessoa, servem de fanal do hermeneuta os cânones das ciências econômicas, e a estes contraria a incidência do mesmo imposto duas vezes sobre o mesmo bem e o mesmo contribuinte.”²⁵³

²⁵² Cf. Eros Roberto Grau, *Ensaio sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, 2ª edição, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 74.

²⁵³ Cf. Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 14ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 335.

5.10.5.15 Nesse ponto, inevitável a indagação relativa à possibilidade de o sistema jurídico apresentar quebras, rupturas em sua estrutura. Seriam elas inaceitáveis para o direito?

5.10.5.16 Parece que não.

5.10.5.17 A presença de situações de incoerência, ou até mesmo antinomia, entre as normas jurídicas de um mesmo sistema, ainda que criticável, não pode ser considerada como antijurídica, imprópria ao direito. Este não é um sistema fechado, dotado de plenitude hermética, apresentando diversas zonas de penumbra²⁵⁴.

5.10.5.18 Todavia, condenável é a conduta do intérprete que, em sua tarefa de compreensão da norma jurídica, parte do pressuposto de que o sistema apresenta inconsistências e incoerências em sua estrutura.

5.10.5.19 O intérprete deve atuar valendo-se de bom senso, adotando a premissa de que o ordenamento jurídico caracteriza-se como um sistema consistente e coerente. Eventuais quebras que venham a contradizer esta premissa apenas podem se apresentar como um resultado direto da tarefa de interpretação, nunca como pressuposto desta.

5.10.5.20 Pretende-se aqui afirmar que não há obstáculos à constatação, por meio da interpretação sistemática das normas, de que o sistema jurídico revela pontos de contrariedade, incoerência e inconsistência; a tarefa interpretativa é, assim, o meio próprio de alcance de tal constatação, bem como de sua solução.

5.10.5.21 O que não se pode aceitar é a influência prévia do intérprete que já inicia seu trabalho apoiando-se na ideia de que o sistema é incoerente ou inconsistente. Se adotada esta perigosa premissa, estará o intérprete negando o ponto de partida básico da noção dogmática de sistema jurídico.

5.10.5.22 De fato, a concepção do ordenamento jurídico como um sistema dotado de unidade e consistência é um pressuposto ideológico que a dogmática do direito assume prevalentemente²⁵⁵.

5.10.5.23 Eros Roberto Grau, valendo-se da lição de Jerzy Wróblewski, aponta que em relação às normas de um sistema jurídico não se pode presumir contradição, o que contrariaria a noção de consistência do sistema. Haveria também a pressuposição de harmonia entre as normas de um sistema, ou seja, de coerência deste²⁵⁶.

5.10.5.24 Pode-se, neste ponto, fazer referência a um pressuposto importante da hermenêutica: o “legislador racional”. Trata-se de uma construção dogmática que não se confunde com o “legislador normativo” (o ato

²⁵⁴ Cf. Genaro Carrió, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 4ª edição, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, pp. 58-66.

²⁵⁵ Cf. Tércio Sampaio Ferraz Jr., *op. cit.* (nota 85), p. 202.

²⁵⁶ Cf. Eros Roberto Grau, *op. cit.* (nota 252), p. 74.

juridicamente competente) nem com o "legislador real" (a vontade que de fato positiva normas); é, em verdade, uma figura intermediária, que funciona como um terceiro metalinguístico, em face da linguagem normativa e da língua da realidade. Dentre as propriedades que caracterizam o legislador racional, apontadas por Tércio Sampaio Ferraz Jr. a partir da lição de Santiago Nino, merece destaque a *coerência*²⁵⁷.

5.10.5.25 Prosseguindo em seu raciocínio, o jurista aponta três critérios básicos em virtude dos quais se pode propor, didaticamente, um quadro esquemático dos métodos de interpretação, quais sejam: coerência, consenso e justiça²⁵⁸.

5.10.5.26 No mesmo sentido, Carlos Maximiliano afirma que não se presumem incompatibilidades nos repositórios jurídicos. Supõe-se que o legislador expressiu o seu pensamento com o necessário método, cautela, segurança; de sorte que haja unidade de pensamento, coerência de ideias e harmonia, devendo o ordenamento jurídico ser considerado como um todo orgânico, exequível, útil, ligado por uma correlação natural²⁵⁹.

5.10.5.27 Resta claro, desse modo, que a coerência e o bom senso substanciam para a tarefa do intérprete do direito premissas básicas e inafastáveis.

5.10.5.28 A aplicação de normas que impliquem desarmonia ou incoerência apenas deve ser realizada quando a tarefa interpretativa trazer como resultado a constatação de que o legislador expressamente desejou que tal aplicação fosse observada.

5.10.5.29 Um exemplo poderá ilustrar a exposição. Suponha-se uma norma "A", que, se aplicada a um caso concreto, revele uma situação de incoerência em relação ao que dispõe a norma "B" (já aplicada anteriormente). Somente quando for possível a confirmação de que o legislador teve o intento de regular o caso simultaneamente através das normas "B" e "A", deve a norma "A" ser aplicada também.

5.10.5.30 Transportando-se este exemplo, tem-se que a tributação com base nas regras CFCs - por representar situação de incoerência com a tributação já incidente, fundamentada nas regras de preços de transferência - apenas poderia ser aplicável na hipótese de o legislador ter manifestado expressamente a intenção de tributar por duas vezes os lucros da operação do caso concreto.

5.10.5.31 Novamente cabe referência à lição de Carlos Maximiliano. O jurista, apoiado nas observações de Cooley, afirma que as exceções ao preceito de inadmissibilidade da bitributação (*ne bis in idem*) prevalecem

²⁵⁷ Cf. Tércio Sampaio Ferraz Jr., *op. cit.* (nota 85), p. 276.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 282.

²⁵⁹ Cf. Carlos Maximiliano, *op. cit.* (nota 253), p. 135.

somente quando estabelecidas de forma clara, evidente e indiscutível. Não podem tais exceções ser deduzidas, ou presumidas por simples inferência²⁶⁰.

5.10.5.32 Todavia, quando da interpretação das regras, não se encontra qualquer comando legal referente à necessidade de aplicação de tais regras a situações já tributadas pela legislação de preços de transferência.

5.10.5.33 Não causa surpresa esta constatação. Tendo em vista as considerações suprarrealizadas acerca da unidade coerente do sistema jurídico, natural concluir que o legislador tenha de pautar sua conduta de forma a privilegiar e preservar a harmonia e a coerência do ordenamento jurídico.

5.10.5.34 Assim, uma vez eleitos os princípios básicos para a disciplina de determinado imposto, fica o legislador obrigado a aplicar coerentemente os princípios que ele mesmo elegeu, sob pena de ferir o Princípio da Igualdade.

5.10.5.35 Não seria coerente que o legislador simplesmente desconsiderasse que em determinada situação já incidira tributação pelo imposto de renda, com fundamento em princípio que ele mesmo elegeu, determinando nova tributação.

5.10.5.36 A ilação lógica do raciocínio, até o momento apresentado, é a de que apenas se pode cogitar da aplicação das regras CFCs quando se está em face de situações que não impliquem dupla tributação, sob pena de ferir a coerência e a harmonia do ordenamento jurídico, bem como contrariar a natureza e a finalidade das normas tributárias.

5.10.5.37 De outra parte, se é verdade que a legislação de preços de transferência existe para o fim de tributar um lucro que economicamente seria da empresa brasileira, mas que no País não foi contabilmente declarado como tal, não faz sentido aceitar-se o ajuste se o lucro auferido no exterior estiver sujeito a posterior tributação pelo imposto de renda brasileiro.

5.10.5.38 Em outras palavras, se o ajuste é devido para corrigir-se um efeito derivado da remessa de lucros do ponto de vista econômico entre empresas vinculadas, sem a tributação no país de origem desse lucro, não faz sentido que o ajuste seja devido quando o lucro for reconhecido economicamente e para efeitos tributários por meio da legislação CFC.

5.10.5.39 Assim, ou se conclui pela aplicação do ajuste ou pela tributação CFC. As duas formas não se justificam a par e passo.

5.10.5.40 Um ordenamento jurídico que se baseie no Princípio da Igualdade, como é o caso do brasileiro, não se pode abster de adotar prin-

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 335.

cípios norteadores de cada uma das normas que o compõem, de modo a garantir sua aplicação consistente.

5.10.6 Ademais, no que concerne ao Princípio da Igualdade, importa notar que a interpretação equivocada das disposições das regras CFCs implicaria discriminação injustificada.

5.10.6.1 O Princípio da Igualdade pode ser conceituado de forma prevalentemente negativa: a abolição e o afastamento de privilégios encontram-se consubstanciados já no artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

5.10.6.2 O referido princípio possui duas facetas, tendo como destinatários tanto o legislador como o aplicador da lei. Quando se dirige ao aplicador da lei, o princípio implica a assunção de que toda e qualquer pessoa que se enquadre na hipótese legalmente descrita ficará sujeita ao mandamento legal. Em seu segundo aspecto, o Princípio da Igualdade, dirigindo-se ao próprio legislador, veda que ele dê tratamento diverso para situações iguais ou equivalentes.

5.10.6.3 Assim, nessa última faceta, o princípio significa que o legislador, ao elaborar a lei, deve reger com iguais disposições (os mesmo ônus e as mesmas vantagens) situações idênticas e, reciprocamente, distinguir, na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a quinhoá-las ou gravá-las em proporção às suas diversidades.

5.10.6.4 Além da regra genérica de isonomia estabelecida no *caput* do artigo 5º, o constituinte estabeleceu garantia específica ao campo tributário, constante do artigo 150, inciso II, da Constituição Federal de 1988, determinando ser “vedado instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”.

5.10.6.5 Desse modo, pode-se afirmar que a Constituição proíbe, em seu artigo 150, inciso II, os privilégios (permissões para fazer ou deixar de fazer alguma coisa contrária ao direito comum) que encerrem discrimen que leve à diminuição ou exclusão de carga tributária, e que signifique desigualdade entre contribuintes, independentemente da forma ou denominação jurídica.

5.10.6.6 Embora atue contra as desigualdades, na defesa dos princípios vinculados às ideias de justiça e utilidade, a proibição constitucional visaria proteger, sobretudo, os iguais direitos da liberdade (assegurados pelo artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal), que seriam afinal atingidos pelos privilégios odiosos e pela desigual repartição da carga tributária²⁶¹.

²⁶¹ Cf. Ricardo Lobo Torres, *Curso de Direito Financeiro e Tributário*, 10ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 67.

5.10.6.7 Observa-se que eventual aplicação das regras CFCs às situações já oneradas por incidência tributária anterior (com base na legislação de preços de transferência) implicaria discriminação das empresas brasileiras que mantêm controladas ou coligadas no exterior e importam produtos destas, em relação às empresas que apenas mantêm controladas ou coligadas.

5.10.6.8 De fato, ambos os grupos de empresas seriam obrigadas a tributar os lucros de suas controladas ou coligadas, em virtude da aplicação das regras CFCs; todavia, aquelas que também importam produtos de suas controladas ou coligadas teriam que tributar os lucros apurados nas importações com base nos ajustes de preços de transferência. Haveria, assim, a adoção de uma discriminação desarrazoada (sem qualquer fundamentação jurídica) para incidência por duas vezes de tributação, em razão do mero fato de a empresa brasileira importar produtos de sua vinculada.

Ajustes

5.11 A aplicação do princípio *arm's length*, enquanto critério para que seja verificada a adequabilidade dos preços de transferência, somente é possível através da comparação entre os preços praticados entre partes ligadas com aqueles praticáveis entre partes independentes.

5.11.1 Essa comparação somente será válida e produzirá resultados verdadeiros caso as transações que se pretendem comparar sejam equivalentes, ou seja, nenhuma das diferenças economicamente relevantes entre essas transações é capaz de afetar de forma substancial o objeto da comparação (o preço ou a margem, conforme o caso).

5.11.2 Caso haja diferenças entre essas transações que sejam capazes de afetar seu resultado, uma comparação apenas será possível se essas diferenças puderem ser eliminadas através de ajustes razoáveis.

5.11.3 Assim, por exemplo, para que se possa comparar um preço praticado em uma transação controlada referente à venda de determinada mercadoria desprovida de garantia com outro preço praticado, desta feita entre partes independentes, referente à venda de mercadoria idêntica, porém acrescida de garantia, deve-se calcular o valor que essa garantia representa no preço da transação e expurgá-la. Dessa forma, por meio de um simples ajuste, qual seja, a diminuição do valor atribuído à garantia, as transações tornam-se comparáveis e o resultado que daí emana pode ser utilizado adequadamente para analisar se o preço praticado entre as partes ligadas pode ser considerado *at arm's length*.

5.11.4 A análise de comparabilidade entre transações deve se guiar pelos fatores econômicos que condicionam a relação entre partes independentes, em uma relação marcada, verdadeiramente, por condições de mercado, *i.e.*, as condições que determinam quando as partes vão entabular ou

não um negócio, analisando se este negócio representa a melhor opção para elas.

5.11.5 Assim, a OCDE, em seus *Guidelines*²⁶², e os especialistas da ONU, em seu “Manual Prático”²⁶³, sugerem que essa análise de comparabilidade seja estabelecida a partir seguintes critérios:

- características do produto ou serviço;
- análise funcional;
- termos contratuais;
- circunstâncias econômicas;
- estratégia de negócios²⁶⁴.

5.11.6 No Brasil, o legislador ordinário não estabeleceu as condições específicas que deveriam ter seus reflexos ajustados no preço da transação. Assume-se, portanto, que qualquer ajuste razoável, efetuado pelo contribuinte, justifica-se na busca de condições para a aplicação da Lei nº 9.430/96, na medida em que permite a comparabilidade entre transações.

5.11.7 As autoridades tributárias, todavia, definem, de forma taxativa, quais as circunstâncias que podem gerar ajustes de preço²⁶⁵, limitando-as a:

- prazo para pagamento;
- quantidades negociadas;
- obrigação por garantia;
- obrigação pela promoção, propaganda e publicidade;

²⁶² A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) elaborou, em 1979, um relatório denominado “Preços de Transferência e Empresas Multinacionais” (*Transfer Pricing and Multinational Enterprises*), o qual foi revisado em 1995, dando origem às “Diretrizes sobre Preços de Transferência para Empresas Multinacionais e Administrações Tributárias” (*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*). Este último documento foi apresentado pela Comissão de Assuntos Fiscais de referida organização internacional, e aprovado pelo seu Conselho (Cf. “Supplement No. 16”, *The Tax Treatment of Transfer Pricing*, Amsterdã: IBFD, 1995). As Diretrizes de 1995 representam um consenso acordado entre todos os países-membros da OCDE acerca da sistemática dos preços de transferência, configurando uma recomendação do Conselho de tal organização aos contribuintes e administrações tributárias de referidos países. Muito embora o Brasil não seja membro da OCDE, não se pode perder de vista o fato de que mantém estreita relação com a organização, participando como convidado de diversas reuniões do Conselho desta, e adotando vários modelos (como o modelo de acordo de bitributação) e orientações por ela recomendados.

²⁶³ Cf. United Nations, *UN Practical Manual for Developing Countries* capítulo 5, parágrafo 5.1.6 (atualizado até outubro de 2012), disponível em http://www.un.org/esa/ffd/tax/documents/bgrrd_tp.htm.

²⁶⁴ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), parágrafos 1.38 a 1.63.

²⁶⁵ Art. 9º da IN nº 243/02 e parágrafo 1º, art. 9º, da atual IN nº 1.312/12.

- obrigação pelos custos de fiscalização de qualidade, padrão e higiene;
- obrigação pelos custos de intermediação;
- acondicionamento;
- frete e seguro.

5.11.8 A determinação taxativa de ajustes possíveis, tal como delineada na Instrução Normativa acima, não se coaduna com o princípio norteador dos preços de transferência. Qualquer circunstância que possa influenciar o preço final da transação não só pode como deve ser levada em conta, sob pena de restar incompleta a determinação do preço para fins de comparação.

Transações Sujeitas a Ajustes de Preços de Transferência

5.12 Consoante já se discutiu neste livro, a finalidade da legislação de preços de transferência, com a criação dos métodos para a definição de preços-parâmetros, é evitar que as empresas, em transações com partes vinculadas, pratiquem preços não condizentes com os preços de mercado, reduzindo indevidamente seu lucro tributável. Seguindo esta lógica, para fins de aplicação dos preços de transferência, deve-se somente ajustar os valores relativos a bens, direitos e serviços importados de pessoa vinculada que vierem a afetar o resultado da empresa, constituindo um custo ou despesa desta e, conseqüentemente, alterando o seu resultado tributável.

5.12.1 Desta forma, a comparação e o ajuste de preços de transferência somente serão feitos em relação aos bens importados que de alguma forma afetarem o resultado do período, seja por terem sido vendidos, doados etc. Nessas hipóteses, tais valores serão creditados do ativo a débito de resultado, e desta forma afetarão a composição do lucro líquido e, conseqüentemente, do lucro tributável da empresa. Logo, somente estão sujeitos aos ajustes de preços de transferência os bens que, tendo sido importados de partes vinculadas, foram consumidos em dado período, atuando na composição do lucro tributário da empresa. Tais bens, quando baixados, afetam o resultado, de tal modo que devem ter seus preços de aquisição ajustados, para não reduzir indevidamente o lucro real da empresa, que será objeto de tributação.

5.12.2 Por outro lado, os bens importados de pessoa vinculada que não tiverem influência no resultado do período da empresa não estarão sujeitos a ajustes fiscais. É o que ocorre com os bens importados de pessoas vinculadas que tenham permanecido em estoque ao final do período de apuração. Tais bens remanescentes em estoque não são ajustados no exercício em que tiverem sido importados, mas somente quando forem consumidos, passando a afetar o resultado da empresa. Esse entendimento, inclusive, foi

objeto de solução de consulta expedida pela Receita Federal, conforme se depreende do trecho da ementa transcrito abaixo:

“(…) Eventual ajuste do preço de transferência, a ser consignado na apuração do lucro real, ocorre no ano-calendário da venda da mercadoria, período em que são imputados os custos correspondentes dos bens importados, conforme o regime de competência. *Na hipótese de produto importado permanecer no estoque final, no encerramento do exercício social, eventual ajuste de custo do preço de transferência deverá ser controlado na parte ‘B’ do Lalur, e ser adicionado às bases de cálculo do IRPJ e CSLL no mesmo período em que houver realização da venda do bem.*” (Solução de Consulta COSIT nº 14, de 26/07/02) (g.n.)

5.12.3 Ressalte-se que na hipótese de remanescer saldo de estoque ao final do ano-calendário, os ajustes que afetam as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL somente ocorrem no período em que os bens forem consumidos e contabilizados como custos, e não no período em que tiver ocorrido a importação. Este ajuste, contudo, levará em conta o preço-parâmetro calculado no ano da importação do bem, conforme será explicitado adiante. Assim, para fins fiscais, o contribuinte deverá controlar o ajuste apurado no ano em que ocorreu a importação do bem, para adicioná-lo ao lucro real somente no exercício em que houver sua realização (*i.e.*, débito em conta de resultado).

5.12.4 A ideia de que somente os preços dos bens que forem consumidos, afetando o resultado tributável da empresa, devem ser ajustados, é bastante lógica e consentânea com a finalidade do controle dos preços de transferência. Cumpre-se indagar, no entanto, qual seria o preço-parâmetro a ser utilizado para fins de comparação - e, quiçá, ajuste - na hipótese em que determinado bem não seja consumido ou revendido no ano-calendário de sua importação, mas somente em ano-calendário posterior: nesse caso, o correto seria adotar preço-parâmetro calculado no ano-calendário da importação, ou calcular o preço-parâmetro no ano-calendário do consumo/revenda?

5.12.5 A lei (à exceção, conforme se verá, do caso do método PRL) e a regulamentação infralegal não trazem em seu bojo, de maneira expressa, o devido procedimento a ser adotado em tal situação. No entanto, ao se interpretar o artigo 45 da Lei nº 10.637/02, é possível indicar a resposta que teria sido vislumbrada pelo legislador. O mencionado dispositivo prevê a possibilidade de realização de ajustes contábeis e/ou fiscais para fins de controle dos preços de transferência. Ao tratar de bens que não são baixados no ano de sua importação, mas posteriormente, o artigo 45 abre ao contribuinte as seguintes possibilidades:

i) controlar o preço dos bens contabilmente, no ano da importação, independentemente de seu consumo/revenda;

ii) controlar o preço dos bens fiscalmente, por meio de adição às bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, no ano de sua efetiva baixa.

5.12.6 Caso se adote o ajuste contábil, impõe o artigo 45 da Lei nº 10.637/02 que o “excesso de custo” de bens importados que não for levado a resultado até o encerramento do período de apuração seja registrado a crédito de conta de estoque, em contrapartida a lucros ou prejuízos acumulados:

“Artigo 45. Nos casos de apuração de excesso de custo de aquisição de bens, direitos e serviços, importados de empresas vinculadas e que sejam considerados indedutíveis na determinação do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, apurados na forma do *art. 18 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, a pessoa jurídica deverá ajustar o excesso de custo, determinado por um dos métodos previstos na legislação, no encerramento do período de apuração, contabilmente, por meio de lançamento a débito de conta de resultados acumulados e a crédito de:*

I - conta do ativo onde foi contabilizada a aquisição dos bens, direitos ou serviços e que permanecerem ali registrados ao final do período de apuração; ou

II - conta própria de custo ou de despesa do período de apuração, que registre o valor dos bens, direitos ou serviços, no caso de esses ativos já terem sido baixados da conta de ativo que tenha registrado a sua aquisição.” (g.n.)

5.12.7 Vê-se, então, que não haveria razão para se exigir do contribuinte um imediato ajuste dos bens mantidos em estoque após o encerramento do ano-calendário de sua aquisição caso não se desejasse que o preço-parâmetro a ser considerado para a comparação fosse o determinado no período em que o bem foi adquirido.

5.12.8 Apesar da sua redação, não muito clara, verifica-se que o parágrafo 2º do mencionado artigo 45 da Lei nº 10.637/02 confere a possibilidade de se controlar fiscalmente os preços de transferência, mediante ajustes no Livro de Apuração do Lucro Real (LALUR):

“Artigo 45

(…)

§ 2º *Caso a pessoa jurídica opte por adicionar, na determinação do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, o valor do excesso apurado em cada período de apuração somente por ocasião da realização por alienação ou baixa a qualquer título do bem, direito ou serviço adquirido, o*

valor total do excesso apurado no período de aquisição deverá ser excluído do patrimônio líquido, para fins de determinação da base de cálculo dos juros sobre o capital próprio, de que trata o art. 9º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, alterada pela Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.” (g.n.)

5.12.9 O parágrafo acima transcrito trata de ajuste a ser efetuado para fins de determinação da base de cálculo dos juros sobre o capital próprio. É evidente, no entanto, que a norma em comento permite que o ajuste fiscal dos preços de transferência seja calculado somente quando da baixa ou alienação do bem importado, consoante já se defendeu no tópico anterior.

5.12.10 Por sua vez, o parágrafo 3º do artigo 45 determina que, na situação descrita no parágrafo 2º, o contribuinte “deverá registrar o valor total do excesso de preço de aquisição em subconta própria que registre o valor do bem, serviço ou direito adquirido no exterior”. Em outras palavras, optando-se pelo ajuste fiscal apenas quando da baixa do bem importado, por meio de adição ao lucro real, o contribuinte deverá já no ano da aquisição do bem ter conhecimento do eventual excesso de preço existente, uma vez que claramente se exige que este mantenha tal excesso registrado na subconta que registre o bem adquirido.

5.12.11 Naturalmente, para a realização dos ajustes fiscais de preços de transferência no ano em que ocorrer a baixa dos bens importados, o contribuinte deve manter o registro do excesso de custo apurado no ano da importação de tais bens, o qual será obtido a partir da comparação do preço-parâmetro então calculado com o preço praticado na importação. Conclui-se, desta forma, que embora os ajustes de preços de transferência somente ocorram quando os bens importados afetarem o resultado da empresa, o que pode não coincidir com o ano da importação, o preço-parâmetro a ser considerado para fins de ajuste será aquele calculado no ano da importação do bem.

5.12.12 Esta conclusão parece ser absolutamente lógica e razoável quando se está lidando com os métodos PIC e CPL, em que não haveria qualquer evento posterior à importação do bem controlado que pudesse nos levar à indagação sobre se o mais correto seria mesmo tomar como base um preço-parâmetro calculado no ano da importação do bem, e não quando do seu consumo ou revenda. Afinal, o método PIC toma como base a comparação, e nada mais correto que comparar a importação sujeita ao controle de preços de transferência a transações idênticas ou similares efetuadas entre terceiros independentes à mesma época. Neste sentido é clara a IN nº 1.312/12, que apenas em situações excepcionais permite que seja utilizado preço-parâmetro obtido em ano diverso ao da importação:

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

(...)

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

(...)

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

5.12.13 Mais evidente ainda se torna a situação do preço-parâmetro segundo o método CPL: se tal método parte do custo incorrido pela parte vinculada domiciliada no exterior na transação controlada no Brasil, por óbvio o preço-parâmetro deverá ser calculado tomando como base valores do ano-calendário da importação.

5.12.14 Esta conclusão com relação aos métodos PIC e CPL não se mostra tão evidente quando se observa a sistemática do método PRL, o qual tem como sua base a revenda. Devem-se considerar transações de revenda do ano-calendário em que o bem controlado tiver sido importado ou do ano-calendário em que o bem controlado tiver sido revendido? De acordo com a interpretação mais adequada da redação legal anterior à Medida Provisória nº 563/12, poder-se-ia entender que o legislador quis prestigiar a primeira opção.

5.12.15 Esta conclusão parecia também ter sido alcançada pelo legislador infralegal, se se pensasse na sistemática disposta na IN nº 243/02 para o cálculo do preço-parâmetro segundo o método PRL. Isso porque o parágrafo 4º do artigo 12 assevera que “para efeito desse método, a média aritmética ponderada do preço será determinada computando-se as operações de revenda praticadas desde a data da aquisição até a data do encerramento do período de apuração”.

5.12.16 Pois bem. Se as autoridades fiscais determinavam que o preço-parâmetro, aplicável para controlar determinada importação, seria obtido mediante o cômputo de transações de revenda praticadas desde a aquisição até o encerramento do período de apuração, nada mais coerente seria deduzir que: (i) data de aquisição = data de aquisição *do bem oriundo da transação controlada*; e (ii) encerramento do período de apuração = encerramento do ano-calendário da importação *do bem oriundo da transação controlada*.

5.12.17 Caso, porventura, se considerasse que o período de apuração a que o Fisco se refere é aquele em que o custo do bem importado seria conduzido a resultado, *i.e.*, aquele em que ocorreria o efetivo consumo/revenda do bem, o dispositivo em comento incorreria em vício de impraticabili-

dade: a IN nº 243/02 tornaria a apuração do preço-parâmetro do método PRL impraticável para situações em que o consumo/revenda do bem ocorresse anos depois de sua importação, porquanto poderia estender demasiadamente o espaço amostral a ser considerado.

5.12.18 Note-se, contudo, que o entendimento acima consignado com relação ao método PRL não se mostrava alheio a críticas, podendo causar dificuldades na aplicação do método. Neste diapasão, poder-se-ia imaginar, por exemplo, determinado contribuinte que importasse apenas uma unidade de determinado bem no final de dezembro de certo ano-calendário, revendendo tal bem no início do ano-calendário seguinte.

5.12.19 Ora, como não haveria a revenda do bem no ano de sua importação, não seria possível calcular um preço-parâmetro em tal ano em conformidade com o método PRL. O emprego do método, portanto, seria restringido, restando ao contribuinte apenas a alternativa de socorrer-se dos métodos PIC ou CPL, se aplicáveis.

5.12.20 Por outro lado, não se podia deixar de mencionar que as previsões legais sob análise coíbiam situações em que o contribuinte, importando um bem em um ano e revendendo-o muitos anos depois, utilizasse preço-parâmetro que em nada guardaria relação com o preço que teria sido calculado no ano da importação, distanciando-se assim do preço de mercado à época da importação de tal bem.

5.12.21 Nada obstante a possibilidade de a interpretação acima exposta restringir a aplicação do método PRL em determinadas hipóteses, aparentemente, esta era a mais adequada por não desprestigiar o princípio *arm's length* em nenhuma situação, até mesmo quando da referida restrição.

5.12.22 Entretanto, em que pese a coerência de dita interpretação com o princípio *arm's length*, o legislador, por ocasião da conversão da Medida Provisória nº 563/12, na Lei nº 12.715/12, houve por bem determinar, no parágrafo 15 do artigo 18 da Lei nº 9.430/96, que, no caso do método PRL, "o preço parâmetro deverá ser apurado considerando os preços de venda no período em que os produtos forem baixados dos estoques para resultado". Ou seja, na nova conformação legal, um bem importado em um ano e apenas revendido em outro ano sujeitar-se-á ao PRL do ano da venda.

Formação do Preço-parâmetro nas Importações

5.13 Consoante as conclusões apresentadas, verifica-se que o preço-parâmetro a ser utilizado para a comparação com o preço efetivamente praticado nas transações controladas será, à exceção do método PRL, sempre o preço calculado no ano-calendário da importação.

5.13.1 Resta investigar como se dará o cálculo do preço-parâmetro nas importações, *i.e.*, quais são os bens importados que servirão de base para

a apuração deste preço. Neste sentido, é comum que se indague se o preço-parâmetro tomará como ponto de partida somente os bens consumidos ou se, diferentemente, todos os bens importados serão utilizados em sua composição.

5.13.2 Na fase de formação do preço-parâmetro, calcula-se tal preço de acordo com as disposições do artigo 18 da Lei nº 9.430/96, aplicando-se o método PIC, o método PRL ou o método CPL. Passemos a investigar a composição do preço-parâmetro em cada um desses métodos.

5.13.3 Especificamente no método PRL, o preço-parâmetro é obtido através da metodologia de cálculo proposta no inciso II do artigo 18 da Lei nº 9.430/96, qual seja:

"II - Método do Preço de Revenda menos Lucro - PRL - definido como a média aritmética ponderada dos preços de venda, no País, dos bens, direitos ou serviços importados, em condições de pagamento semelhantes e calculados conforme a metodologia a seguir:

- a) preço líquido de venda - a média aritmética ponderada dos preços de venda do bem, direito ou serviço produzido, diminuídos dos descontos incondicionais concedidos, dos impostos e contribuições sobre as vendas e das comissões e corretagens pagas;
- b) percentual de participação dos bens, direitos ou serviços importados no custo total do bem, direito ou serviço vendido - a relação percentual entre o custo médio ponderado do bem, direito ou serviço importado e o custo total médio ponderado do bem, direito ou serviço vendido, calculado em conformidade com a planilha de custos da empresa;
- c) participação dos bens, direitos ou serviços importados no preço de venda do bem, direito ou serviço vendido - aplicação do percentual de participação do bem, direito ou serviço importado no custo total, apurada conforme a alínea 'b', sobre o preço líquido de venda calculado de acordo com a alínea 'a';
- d) margem de lucro - a aplicação dos percentuais previstos no § 12, conforme setor econômico da pessoa jurídica sujeita ao controle de preços de transferência, sobre a participação do bem, direito ou serviço importado no preço de venda do bem, direito ou serviço vendido, calculado de acordo com a alínea 'c'; e
- e) preço parâmetro - a diferença entre o valor da participação do bem, direito ou serviço importado no preço de venda do bem, direito ou serviço vendido, calculado conforme a alínea 'c', e a 'margem de lucro', calculada de acordo com a alínea 'd'."

5.13.3.1 Portanto, no método PRL, o cálculo do preço-parâmetro sempre partirá da "média aritmética ponderada dos preços de venda, no País, dos bens ou direitos importados". O parágrafo 1º do artigo 12 da IN nº

1.312/12 esclarece que os preços de venda a serem considerados “serão os praticados pela própria pessoa jurídica importadora, em operações de venda a varejo e no atacado, com compradores, pessoas físicas ou jurídicas, que não sejam a ela vinculados”.

5.13.3.2 O preço-parâmetro calculado segundo o método PRL, deste modo, só poderá tomar como base a média dos preços adotados nas operações de venda praticadas, no País, por determinada pessoa jurídica importadora no período compreendido entre a data da importação e o encerramento do período de apuração²⁶⁶. Não havendo venda, por óbvio não haverá preço para compor a média dos preços de revenda.

5.13.3.3 Assim, supondo-se que determinada empresa tenha procedido à importação de dez veículos automotores de parte vinculada, dos quais apenas dois foram vendidos até a data de encerramento do período de apuração, o cálculo do método PRL tomará por base a média aritmética dos preços de venda dos dois automóveis, não havendo lógica em se cogitar algo diverso, uma vez que os oito automóveis restantes continuariam em estoque, ou seja, não teriam sido objeto de revenda.

5.13.3.4 O preço-parâmetro assim obtido seria comparado com o preço efetivamente praticado na importação dos veículos lançado a resultado. O ajuste fiscal em relação aos bens revendidos ocorreria no próprio ano da alienação. No que tange aos bens remanescentes em estoque, o ajuste somente seria efetuado no ano em que ocorresse a alienação, levando em conta (i) o preço-parâmetro calculado com base nas vendas dos dois automóveis, ocorridas no ano da importação, ou, a partir da inserção do parágrafo 15 no artigo 18 da Lei nº 9.430/96 pela Medida Provisória nº 563/12, convertida na Lei nº 12.715/12, (ii) “os preços de venda no período em que os produtos forem baixados dos estoques para resultado”.

5.13.3.5 Portanto, com relação ao método PRL, fica claro que o preço-parâmetro somente pode ser calculado com base nos itens que foram efetivamente vendidos, já que essa exigência decorre da própria natureza do método.

5.13.4 Já o método PIC é definido no inciso I do artigo 18 da Lei nº 9.430/96 como “a média aritmética ponderada dos preços de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, apurados no mercado brasileiro ou de

²⁶⁶ De acordo com o parágrafo 3º do artigo 12 da IN nº 243/02 e o parágrafo 3º do artigo 57 da atual IN nº 1.312/12, também os valores e as quantidades relativos aos estoques existentes no início do período de apuração são computados na determinação da média ponderada dos preços. Assim, vendas relativas a bens importados em anos-calendários anteriores são consideradas para fins de apuração do preço-parâmetro pelo método PRL, contanto que tais vendas sejam efetuadas após a importação do bem que virá a ser controlado mediante a comparação com esse preço-parâmetro.

outros países, em operações de compra e venda, em condições de pagamento semelhantes”. Destarte, para a aplicação do método, são procuradas, no mercado brasileiro e estrangeiro, operações entre compradores e vendedores não vinculados que tenham por objeto bens, serviços ou direitos idênticos ou semelhantes àqueles importados pela empresa brasileira.

5.13.4.1 Uma vez que a apuração do preço-parâmetro segundo o referido método parte de uma comparação de preços praticados no mercado para determinado produto, para tal finalidade é irrelevante se os bens importados foram consumidos ou não após a importação. Em outros termos, o preço-parâmetro pelo método PIC é construído a partir média de preços praticados entre partes não vinculadas, não importando o preço efetivamente praticado pelo importador na revenda do produto.

5.13.5 Também no que diz respeito ao método CPL, o efetivo consumo dos bens é irrelevante para fins de formação do preço-parâmetro. Isso porque, de acordo com o artigo 18, inciso III, da Lei nº 9.430/96, tal método é definido como “o custo médio ponderado de produção de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, acrescido dos impostos e taxas cobrados na exportação no país onde tiverem sido originariamente produzidos, e de margem de lucro de vinte por cento, calculada sobre o custo apurado”. Ora, se o método CPL busca os custos de produção dos bens importados ou de similares para determinar o preço-parâmetro, não tem qualquer relevância para esta fase o consumo efetivo de tais bens no mercado interno.

5.13.6 De qualquer forma, os ajustes determinados pelos métodos PIC e CPL somente serão efetuados no momento em que os bens importados passarem a afetar o resultado da empresa, *i.e.*, após o seu consumo.

6. Método dos Preços Independentes Comparados

O Método dos Preços Independentes Comparados

6.1 Pelo método dos preços independentes comparados, as importações oriundas de pessoas vinculadas consideram-se em limites adequados, para efeitos de dedutibilidade pelo contribuinte brasileiro, quando se efetuam por preços e condições equivalentes àquelas que se efetuam no mercado entre partes não vinculadas. De igual modo, no caso das exportações, considera-se que o exportador obteve receita suficiente quando a transação se dá em iguais bases. Por tal conceituação, verifica-se que a referência aos preços independentes comparados é, por si só, uma busca do parâmetro *arm's length*. Dos três métodos transacionais tradicionais propostos pela OCDE, este é o único que efetivamente compara uma transação entre pessoas ligadas com transações de fato ocorridas entre pessoas independentes (*Ist-Ist-Vergleich*), já que nos demais métodos, a investigação sempre parte da indagação de como *teriam* agido pessoas independentes em igual situação (*hypothetischer Fremdvergleich*; *Soll-Ist Vergleich*)²⁶⁷.

6.1.1 Na doutrina especializada, o método acima divide-se em duas espécies: a comparação interna (*innerer Preisvergleich*, confronto interno) e a externa (*äußerer Preisvergleich*, confronto externo)²⁶⁸.

6.1.1.1 A comparação interna pressupõe que uma empresa pertencente a um grupo efetue transações comerciais em condições comparáveis com empresas pertencentes ao mesmo grupo e com terceiros. Neste sentido, a comparação interna é considerada adequada principalmente no caso de grupos empresariais, com empresas juridicamente independentes, que mantêm relações comerciais com empresas vinculadas e com empresas não vinculadas, adotando, em ambos os casos, programas de entrega semelhantes. Para a comparação interna, entretanto, somente se consideram transações de boa-fé com terceiros; transações isoladas, praticadas nas mesmas condições que as pactuadas com pessoas ligadas, feitas no exclusivo intuito de "criar" um preço independente comparável, não podem ser tomadas em conta na fixação do parâmetro de comparação interna, já que lhes falta o confronto de interesses que se espera na comparação com terceiros independentes²⁶⁹.

²⁶⁷ Cf. Andrea Lahodny-Karner, "Die geschäftsfallbezogenen Standardmethoden in den OECD-Verrechnungspreisrichtlinien 1995", in Michael Lang (org.), *Die neuen Verrechnungspreisrichtlinien der OECD*, Viena: Linde, 1996, pp. 31-59 (33-34).

²⁶⁸ Cf. Humbertus Baumhoff, *op. cit.* (nota 65), p. 312; Andrea Lahodny-Karner, *op. cit.* (nota 267), p. 35, Guglielmo Maisto, *op. cit.* (nota 28), p. 106.

²⁶⁹ Cf. Andrea Lahodny-Karner, *op. cit.* (nota 267), p. 35.

6.1.1.2 Para a comparação externa, o parâmetro passa a ser transações entre terceiras empresas não ligadas. Desse modo, não se usa, para a constituição do parâmetro, nenhum negócio celebrado por qualquer das partes vinculadas em questão. De regra, recomenda-se a comparação externa no caso em que o objeto do negócio é homogêneo, quase padronizado, ou para prestações de serviços comuns no mercado, bem como para mercadorias cujo padrão de produção e qualidade é normatizado, ou, ainda, para as mercadorias cotadas em bolsas de mercadorias. São os casos em que é possível aferir o preço a partir de informações de bolsas, ou de costumes comerciais arraigados no mercado, ou de listas de preços publicadas por associações de classe ou entidades profissionais (tabelas de honorários, por exemplo).

6.1.2 Diferentemente da sistemática internacional, que, tratando dos preços independentes comparados, admitiu o método tanto para as importações como para as exportações, o legislador brasileiro optou por separá-los, referindo-se, no primeiro caso, aos Preços Independentes Comparados e, no segundo, ao Preço de Venda nas Exportações. Para as *commodities*, a Lei nº 12.715/12 criou métodos específicos para importação e exportação, de aplicação obrigatória. Convém, assim, estudar em separado todos os casos, buscando, sempre, compará-los ao parâmetro internacional.

Transfer Pricing na Importação e o Método dos Preços Independentes Comparados: Definição Legal

6.2 O método dos Preços Independentes Comparados (PIC) é o primeiro oferecido pela legislação brasileira como parâmetro para importações *arm's length*, definido no artigo 18, I, da Lei nº 9.430/96, como "a média aritmética ponderada dos preços de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, apurados no mercado brasileiro ou de outros países, em operações de compra e venda empreendidas pela própria interessada ou por terceiros, em condições de pagamento semelhantes"²⁷⁰. Nos termos do parágrafo 2º do mesmo artigo, somente serão consideradas as operações de compra e venda praticadas entre compradores e vendedores não vinculados²⁷¹.

²⁷⁰ Sobre a aplicação do método PIC, ver: Acórdão nº 18-8.136, de 20/11/07, da 1ª Turma da DRJ-Santarém/PA; Acórdão nº 02-9.427 e Acórdão nº 02-9.428, de 22/09/05, da DRJ-Belo Horizonte/MG.

²⁷¹ Neste sentido, afirma o Acórdão nº 16-30.721, de 12/04/11, da 5ª Turma da DRJ/SP, que "verificando-se que as faturas utilizadas pela contribuinte para a apuração dos preços-parâmetro pelo método PIC (Preços Independentes Comparados) decorreram de operações de compra e venda entre pessoas jurídicas não vinculadas entre si, incabível a desconsideração, pela fiscalização, do método adotado pela contribuinte".

6.2.1 Para a média proposta pelo legislador, a IN nº 38/97, a IN nº 243/02 e a IN nº 1.312/12 determinaram que se tomassem os preços de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares:

- vendidos pela mesma pessoa jurídica exportadora, a pessoas jurídicas não vinculadas, residentes ou não residentes;
- adquiridos pela mesma importadora, de pessoas jurídicas não vinculadas, residentes ou não residentes;
- em operações de compra e venda praticadas entre terceiros não vinculadas, residentes ou não residentes.

6.2.2 A comparação da lista acima com a classificação proposta na doutrina revela que, nos primeiros dois casos, está-se diante de uma comparação interna, enquanto o último dos casos versa sobre a comparação externa. A base será, sempre, preços efetivamente praticados²⁷².

6.2.2.1 Em relação às comparações internas, pode passar despercebida uma sutil restrição feita pela Instrução Normativa ao texto legal: não está prevista a possibilidade de utilização, no cálculo do PIC, das operações de aquisição do mesmo produto pela exportadora ou de venda pela importadora. Essa restrição não possui base no texto da Lei nº 9.430/96, que alcança, pelo método PIC, qualquer operação com bens, serviços ou direitos idênticos ou similares, desde que praticadas entre compradores e vendedores não vinculados. Uma vez sem suporte legal expresso, essa restrição somente poderia ser aceita se decorresse de mera interpretação legal.

6.2.2.2 Um possível argumento nesse sentido seria dizer que aceitar operações de venda da empresa importadora como limite de preço de importação permitiria à revendedora trabalhar com lucro zero no país, o que seria contrário ao objetivo da legislação de preços de transferência. De fato, ainda que atualmente a legislação de preços de transferência não mais se confunda com a distribuição de lucros entre as unidades de uma empresa multinacional, utilizar o método PIC de forma a permitir que o preço de compra de um produto seja idêntico ao seu preço de venda não parece atingir o objetivo de tratar a transação de compra como praticado entre empresas independentes.

6.2.2.3 Cabe ver, também sobre as hipóteses de comparação interna, limitação inserida no texto da lei por ocasião da edição da Medida Provisória nº 563/12, convertida na Lei nº 12.715/12, impondo representatividade

²⁷² Nesse sentido, na Decisão COSIT nº 356, de 06/05/99, bem como na Decisão COSIT nº 12, de 24/09/99, afirma-se que na adoção do método PIC é impropriedade a utilização de lista de preços, elaborada pela empresa controladora, com base em critérios outros, que não tenham por base a adoção de preços praticados entre compradores e vendedores não vinculados. No mesmo sentido, o Acórdão nº 16-24.027, de 20/01/10, da 5ª Turma da DRJ/SP.

de da amostra colhida. Neste sentido, nota-se, no inciso I do parágrafo 10 do artigo 18 da Lei nº 9.430/96, que, caso o contribuinte apresente preços que ele mesmo praticou com terceiros, as operações utilizadas para fins de cálculo do método PIC devem representar ao menos 5% do valor das operações de importação sujeitas ao controle de preços de transferência no período de apuração para o tipo de bem, direito ou serviço importado.

6.2.2.4 Essa nova restrição foi regulamentada pelo artigo 11 da IN nº 1.312/12. Exige o inciso II do referido dispositivo que, além do percentual acima referido, sejam as operações assim levantadas referentes ao mesmo ano-calendário das respectivas operações de importações sujeitas ao controle de preços de transferência ou, não se alcançando tal volume naquele ano, admitem-se, nos termos do parágrafo 1º, importações efetuadas no ano-calendário imediatamente anterior, ajustado pela variação cambial do período. O parágrafo 3º do mesmo dispositivo trata da conversão, em virtude de variação cambial, no caso de operações efetuadas em países cuja moeda não tenha cotação em moeda nacional, determinando que sejam, inicialmente, convertidos em dólares dos Estados Unidos da América e, depois, para reais, tomando-se por base as respectivas taxas de câmbio praticadas na data de cada operação.

Utilização de Dados Sigilosos

6.3 Conquanto não se extraia da literalidade da norma em questão, a existência de sigilo fiscal implica que não se pode usar, para a comparação externa, dados cujo conhecimento o Fisco tem por meio de investigações levadas a efeito em cada contribuinte²⁷³. Neste sentido, é mais adequado entender que, também no Brasil, vale a limitação da comparação externa aos dados que são dados no mercado, por meio de publicações e relatórios de conhecimento público²⁷⁴.

²⁷³ Na nova versão dos *Guidelines* da OCDE, reconhece-se que a utilização de dados desconhecidos pelos contribuintes é injusta, a menos que a Administração possa, dentro dos requerimentos de confidencialidade, revelar tais dados aos contribuintes, de modo que estes tenham a possibilidade de defender sua posição judicialmente. Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), parágrafo 3.36.

²⁷⁴ Não obstante, frequentemente as autoridades fiscais utilizam, na formação do preço-parâmetro pelo método PIC, dados que não são de conhecimento do contribuinte. Conforme afirma Daniel Vitor Bellan, são duas as situações em que isso ocorre: "(1) no emprego do SISCOMEX; e (2) na intimação a outros contribuintes de forma individualizada; neste caso, porém, ainda que se considerassem as informações acessíveis ao sujeito passivo após a ciência da autuação (no prazo da impugnação), elas seriam irrelevantes, tendo em vista que seus preços de transferência teriam que ter sido fixados muito antes da fiscalização, ainda à época da ocorrência do fato gerador." Cf. Daniel Vitor Bellan, "Preços de Transferência: Dificuldades Práticas na Aplicação do Método PIC", in Luís Eduardo Schoueri (coord.), *Tributos e Preços de Transferência*, vol. 3, São Paulo: Dialética, 2009, pp. 9-27 (17).

6.3.1 Não é demais ressaltar que a comparação externa não pode deixar de atender aos requisitos acima, especialmente no que se refere ao detalhamento e à contemporaneidade da publicação, bem como à exclusão das operações entre empresas vinculadas²⁷⁵.

6.3.2 Dito de outra maneira: merece crítica a comparação externa baseada em dados secretos, que não estejam à disposição do contribuinte. Outro entendimento implicaria cerceamento da liberdade de o contribuinte incorrer, ou não, na tributação: qualquer importador ou exportador seria colocado diante de verdadeira "roleta russa", sujeito a todo momento a vir a ser surpreendido por tributação com a qual não contava e da qual não sabia como escapar.

6.3.3 Tampouco podem as autoridades fiscais cair na tentação do emprego de dados referentes a exportações brasileiras (SISCOMEX)²⁷⁶, se tais dados agrupam os produtos por meio de sua classificação fiscal. Em uma mesma classificação agrupam-se produtos com qualidade e reputação comercial diversas, o que por si afasta os quesitos da identidade ou semelhança na comparação. Ademais, tais dados não desconsideram os efeitos dos vínculos entre as pessoas jurídicas (entendendo-se por vínculo todas as hipóteses contempladas pela Lei nº 9.430/96), sendo, também por tal ângulo, imprestáveis. Perde sentido, dessa forma, o controle fiscal sobre as transferências de preços. O contribuinte pode, no entanto, defender-se de tal prática, exigindo informações de conhecimento público, como previsto pelo artigo 21 da Lei nº 9.430/96 e invocando a observância do artigo 148 do Código Tributário Nacional²⁷⁷.

6.3.4 Não há indicação alguma de preferência ou de exclusão quanto a qualquer dos métodos de comparação acima arrolados: não é pelo fato de a empresa exportadora efetuar vendas a pessoas jurídicas não vinculadas, que se podem desprezar os dados referentes à aquisição da mesma empresa importadora. Tal assertiva torna-se evidente já à luz do antigo artigo 10 da IN nº 38/97, que, tratando do cálculo da média, determinara que preliminarmente à comparação fossem os preços correspondentes a cada empresa

²⁷⁵ Cf. parágrafo 5.7.6.5, *supra*.

²⁷⁶ No Acórdão nº 08-17.296, de 07/04/10, da 4ª Turma da DRJ-Fortaleza/CE, decidiu-se que "os dados contidos no Siscomex podem ser utilizados pelo Fisco para a definição do preço de transferência pelo método PIC. Nesse caso, a impossibilidade de realização dos ajustes." Ainda, que "fere o sigilo fiscal a divulgação detalhada das transações comerciais dos contribuintes utilizadas como paradigma". Por fim, entendeu-se que "o direito de defesa do autuado é suprido pela possibilidade de apresentação, a qualquer tempo, de cálculo alternativo, conforme os dados por ele colhidos".

²⁷⁷ Cf. Helene Taveira Tôres, *Direito Tributário Internacional. Planejamento Tributário e Operações Transnacionais*, São Paulo: RT, 2001, pp. 279-280.

multiplicados pelas quantidades relativas à respectiva operação e os resultados apurados somados e divididos pela quantidade total, determinando-se, assim, o valor médio ponderado do preço segundo parâmetros *arm's length*. Ora, a referência ao resultado apurado em cada empresa revela a suposição do legislador de que se tomariam dados de mais de uma empresa, indicando, desse modo, que o legislador não quis limitar o escopo da pesquisa. Nas instruções normativas posteriores o texto do artigo 10 foi alterado e sua substância foi substituída pelo novo texto do artigo 6º (INs nº 32/01, nº 243/02 e nº 1.312/12), que passou a tratar tanto do PIC quanto do PRL, suprimindo a referência a "cada empresa". De toda forma, não houve qualquer acréscimo de limitação quanto ao alcance da pesquisa.

6.3.5 Difere, neste sentido, a sistemática brasileira da italiana, por exemplo, em que se dá preferência à comparação interna, surgindo como subsidiários os dados externos²⁷⁸.

6.3.6 Tampouco parece a pesquisa do PIC limitar-se aos preços de produtos idênticos: mesmo existindo estes produtos, caso também haja produtos similares no mercado, devem eles ser computados na média, efetuados, por óbvio, os ajustes de que se tratará a seguir.

Transfer Pricing na Exportação e o Método do Preço de Venda nas Exportações

6.4 Voltando-se às exportações, o legislador determinou que a comparação com os preços independentes se desse pelo Método do Preço de Venda nas Exportações - PVEx, que foi definido, no artigo 19, parágrafo 3º, I, "como a média aritmética dos preços de venda nas exportações efetuadas pela própria empresa, para outros clientes, ou por outra exportadora nacional de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, durante o mesmo período de apuração da base de cálculo do imposto de renda e em condições de pagamento semelhantes". O parágrafo 8º do mesmo artigo esclarece que "somente serão consideradas as operações de compra e venda praticadas entre compradores e vendedores não vinculados".

6.4.1 Nota-se que também aqui, o legislador contemplou tanto a comparação interna quanto a externa.

6.4.1.1 Enquanto, entretanto, a comparação interna, na aplicação do PIC, considerava ambas as partes (sendo possível tanto considerar as compras, pelo importador nacional, de terceiros independentes, quanto as vendas, pelo exportador no exterior, a terceiros independentes), no PVEx o parâmetro interno de comparação limita-se a dados do exportador nacional. Irrelevante, assim, para a aplicação do PVEx, a demonstração de que

²⁷⁸ Cf. Guglielmo Maisto, *op. cit.* (nota 28), p. 107.

o exportador, no exterior, adquiriu de partes independentes produtos idênticos ou semelhantes, em condições e preços comparáveis. Nota-se, aqui, uma limitação, imposta pelo legislador nacional, às alternativas oferecidas ao contribuinte para a apuração do parâmetro *arm's length*, o que oferece ao contribuinte prejudicado a possibilidade de vir a discutir os critérios do legislador nacional, quando este se desvia do *arm's length*.

6.4.2 De igual modo, a comparação externa admitida para o PVEx apenas leva em conta dados de "outra exportadora nacional", afastando-se, daí, a possibilidade de o contribuinte demonstrar os parâmetros *arm's length* de sua transação a partir de dados do mercado internacional.

6.4.3 Aplicam-se, à comparação externa na aplicação do PVEx, as limitações e os requisitos acima apresentados, concernentes à contemporaneidade e publicidade das informações.

Ajustes no PIC e no PVEx

6.5 Ao regulamentarem os métodos PIC e PVEx, as autoridades fiscais foram sensíveis à realidade de que não é possível compararem-se preços de transações comerciais que, no mais, são diferentes. É certo que em situação ideal, todas as condições, principais ou acessórias, do negócio entre pessoas ligadas e aquele que serve de parâmetro deveriam estar reproduzidas. Tal identidade, entretanto, dificilmente se encontraria e, de qualquer modo, não é exigida pela sistemática, que apenas impõe sejam as transações comparáveis, implicando semelhança nos seus pontos essenciais²⁷⁹. Até mesmo o relatório da OCDE afirma que uma transação independente é comparável a uma transação controlada (*i.e.*, ela é uma transação independente comparável) se preencher um de dois requisitos: (i) nenhuma das diferenças (se houver) entre as transações que se comparam, ou entre as empresas que efetuam tais transações, poderia afetar substancialmente o preço, num mercado aberto (comparação direta); ou (ii) puderem ser efeitos ajustes precisos, de modo a eliminar os efeitos materiais de tais diferenças (comparação indireta)²⁸⁰. Assim, pois, determinariam as autoridades brasileiras, seguindo a recomendação internacional, que antes de qualquer comparação se fizessem os ajustes necessários a tornarem-se os preços comparáveis²⁸¹.

²⁷⁹ Cf. Andrea Lahodny-Karner, *op. cit.* (nota 267), p. 36.

²⁸⁰ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), parágrafo 2.14; Andrea Lahodny-Karner, *op. cit.* (nota 267), p. 37.

²⁸¹ Agostinho Toffoli Tavolaro critica a IN nº 38/97, apontando ser ilegal a limitação dos ajustes, já que na lei não há qualquer limitação aos ajustes a serem efetuados. Cf. "Precios de Transferencia", *Consejo Profesional de Ciencias Economicas de la Capital Federal, Sexto Congreso Tributario, Trabajos de Investigacion*, tomo I, Buenos Aires/Tucumán, 1998, pp. 486-539 (495).

6.5.1 Tratando-se de produtos idênticos, entenderam as autoridades fiscais que os ajustes não poderiam ser de outra natureza, senão no que se refere às condições comerciais do negócio.

6.5.1.1 Assim, o primeiro ajuste a ser efetuado é aquele relativo ao prazo para pagamento. Importa trazerem-se todos os preços a uma mesma data. Tanto faz se todos os preços comparados são trazidos a seu valor presente ou não. Do ponto de vista operacional, parece mais fácil verificar-se qual o prazo praticado nas importações e exportações com pessoas vinculadas, ajustando-se todos os preços a serem comparados a igual prazo de pagamento. Para tal finalidade, determinam os parágrafo 2º do artigo 9º e parágrafo 2º do artigo 22 da IN nº 1.312/12 que as diferenças nos prazos de pagamento ajustem-se pelo valor dos juros correspondentes ao intervalo entre os prazos concedidos para o pagamento das obrigações sob análise, com base na taxa praticada pela própria empresa fornecedora. Neste sentido, para cada empresa aplica-se uma taxa diferente, trazendo o valor ao mesmo prazo de pagamento. Não se conseguindo, entretanto, determinar uma aplicação consistente de uma mesma taxa, em relação a todas as vendas a prazo praticadas pela mesma empresa, o ajuste, que até 2012 devia ser efetuado com base na variação da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, para títulos federais, proporcionalizada para o intervalo, quando comprador e vendedor forem domiciliados no Brasil, ou *Libor*, para depósitos em dólares pelo prazo de seis meses, acrescida de três por cento anuais a título de *spread*, proporcionalizada para o intervalo, quando uma das partes for domiciliada no Brasil, passou a ter nova disciplina, introduzida pela Lei nº 12.715/12. Essa mudança, não refletida na IN nº 1.312/12, logo foi percebida pela Administração Tributária, que, por meio da IN nº 1.322/13, introduziu na norma administrativa referida um parágrafo 3º nos referidos artigos 9º e 22, ambos fazendo remissão ao novo artigo 38-A, para a hipótese de não ser comprovada a aplicação constante de uma taxa. Nesse caso, passa a se fazer referência a *spread*, fixado pelo Ministro da Fazenda, em sistemática idêntica à aplicada aos juros, que será vista mais adiante nesta obra.

6.5.1.2 Também entre as condições do negócio que podem variar o preço da transação e cujos efeitos devem ser anulados, na aplicação do PIC e do PVEx, estão as quantidades negociadas. Não basta, entretanto, uma argumentação de que quantidades negociadas podem ter interferido no preço. As autoridades administrativas só aceitarão tal ajuste, se demonstrada “em documentos de emissão da empresa vendedora (...) a prática de preços menores quanto maiores as quantidades adquiridas por um mesmo comprador”. Para tal demonstração, por sua vez, as autoridades administrativas não exigem se tomem apenas os descontos concedidos a pessoas não vinculadas, tornando-se possível, daí, o emprego de dados referentes a empresas vinculadas.

6.5.1.2.1 Não obstante maiores quantidades de produto adquiridas por um mesmo comprador representem, geralmente, preços menores, tal fenômeno nem sempre é verdadeiro. Como exemplo, cita-se o que ocorre em grandes indústrias químicas.

6.5.1.2.2 Tais empresas operam com máquinas de tecnologia avançada que trazem aumento de eficiência e conseqüente diminuição dos custos. No entanto, tais máquinas exigem materiais com especificações bastante definidas e dificilmente modificáveis.

6.5.1.2.3 Para manter a qualidade e homogeneidade dos medicamentos fabricados, é necessário que a cada novo lote de princípio ativo, sejam realizados diversos estudos técnicos e testes toxicológicos para determinar quais são os efeitos das impurezas não conhecidas. Do mesmo modo, são realizados ajustes dos equipamentos em função das características dos novos princípios ativos, o que demanda a coleta de diversas amostras, gerando a inutilização de preciosas quantias de princípios ativos, bem como indesejáveis paralisações do processo de manipulação.

6.5.1.2.4 Assim, um terceiro independente procurará comprar lotes homogêneos volumosos, como modo de reduzir a parada técnica para os ajustes de equipamentos. O fornecedor que puder garantir a homogeneidade em grandes lotes poderá, assim, exigir um preço mais elevado, por conta da vantagem que seu cliente terá. Deste modo, lotes pequenos poderão ter preços menores que os grandes lotes, em virtude de o mercado pagar mais por lotes maiores e homogêneos.

6.5.1.3 Reconhecem as autoridades, ademais, ser condição negocial que pode afetar o próprio preço da transação a existência, ou não, de obrigação por garantia de funcionamento do bem ou da aplicabilidade do serviço ou direito. Entretanto, em lugar de investigar qual o valor de mercado de tal garantia para, a partir daí, afastar sua influência, as autoridades administrativas optam por limitar o ajuste ao valor “resultante da divisão do total dos gastos efetuados, no período de apuração anterior, pela quantidade de bens, serviços ou direitos, com garantia em vigor, no mercado nacional, durante o mesmo período” (parágrafo 5º do artigo 7º e artigo 15 da IN nº 38/97, parágrafo 5º dos artigos 9º e 15 da IN nº 32/01, e parágrafo 5º dos artigos 9º e 15 da IN nº 243/02 e, atualmente, parágrafo 5º dos artigos 9º e 22 da IN nº 1.312/12). De duvidosa legalidade esta limitação, já que não condiz com o princípio *arm's length* a apuração dos custos efetivamente incorridos no ano anterior. O fato de uma determinada empresa ter tido, ou não, gastos efetivos com a prestação de garantia em nada diminui o valor de mercado desta. Ainda mais errado, no caso das importações, é considerar apenas os gastos de garantia no mercado nacional, quando se admite a inclusão, no PIC, de vendas pela mesma empresa exportadora a não residentes. Já para as exportações, também é estranha a consideração dos gas-

tos com garantia no mercado nacional, se o que se contempla é uma exportação. Mais consentâneo com o princípio *arm's length* seria buscar transações comparáveis, o que implicaria considerar as garantias no exterior. Nos termos do parágrafo 6º dos artigos 7º e 15 da IN nº 38/97, a Receita Federal previa que os gastos com garantia praticados em outro país só serão admitidos se o bem, serviço ou direito não houver ainda sido vendido no Brasil, sistemática mantida nas instruções normativas posteriores (parágrafo 6º dos artigos 9º e 15 da IN nº 32/01 e da IN nº 243/02, parágrafo 6º dos artigos 9º e 22 da IN nº 1.312/12).

6.5.1.4 Também a circunstância de a empresa exportadora, no exterior (no caso de importações) ou a importadora, no exterior (no caso de exportações), assumir ou não a obrigação pela promoção, perante o público, do bem, serviço ou direito, por meio de propaganda e publicidade (ou caso a adquirente no Brasil comprometa-se a gastos mínimos com tal finalidade), pode ser condição negocial a influir no preço, exigindo que se adaptem as transações, para torná-las comparáveis. Neste sentido, admite a Administração que quando a empresa vinculada, domiciliada no exterior, suporta o ônus da promoção do bem, serviço ou direito no Brasil, seu preço poderá exceder o de outra que não suporte o mesmo ônus, até o montante dispendido, por unidade do produto, pela empresa exportadora, com a referida obrigação (parágrafo 7º dos artigos 7º e 15 da IN nº 38/97 e artigos 9º e 15 das INs nº 32/01 e nº 243/02, parágrafo 7º dos artigos 9º e 15 da IN nº 1.312/12). No caso de promoção do nome ou marca da empresa, então os gastos rateiam-se para todos os bens, serviços ou direitos vendidos no Brasil ou no mercado exportador, conforme o caso, proporcionalmente em função das quantidades e respectivos valores de cada tipo de bem, serviço ou direito.

6.5.1.5 Assumindo a empresa vinculada, no exterior, a obrigação pelos custos de fiscalização de qualidade, do padrão dos serviços e das condições de higiene, então também estes devem ser deduzidos do preço cobrado, para efeito de comparação, utilizando-se, igualmente, o rateio por unidade do produto fiscalizado.

6.5.1.6 A autoridade administrativa reconhece, ademais, que são diversas as condições comerciais, conforme a empresa adquirente assuma, ou não, os encargos de intermediação na compra do bem, serviço ou direito, devendo tais encargos ser descontados do preço comparado.

6.5.1.7 Estando as mercadorias idênticas acondicionadas de forma diferente, então se devem descontar as diferenças de custos dos materiais utilizados em cada caso. Aqui cabe uma nota: o ajuste a que se refere a norma é aquele concernente a embalagens utilizadas para transporte. Se a embalagem implica uma valorização do próprio produto, então o produto com a embalagem e outro sem aquela embalagem não são idênticos nem

similares. Tal o caso da embalagem que atrai a atenção do consumidor, disposto a pagar mais pelas características de apresentação do produto²⁸² (comparem-se, por exemplo, arruelas vendidas em grosas e outras vendidas em cartelas com meia dúzia de unidades; cogite-se, ainda, da carne de boi, vendida em fatias embaladas e aquela em peça). O ajuste, insista-se, só cabe para produtos idênticos ou similares. O ajuste não torna idêntico o que antes não o era.

6.5.1.8 Também se autoriza o desconto das diferenças nos valores do frete e do seguro incidente em cada caso.

6.5.2 Tratando-se de produtos similares, todos os ajustes acima se praticam. Além destes, os artigos 10 e 17 da IN nº 243/02 (artigos 8º e 16 da IN nº 38/97 e 10 e 16 da IN nº 32/01 e 10 e 24 da IN nº 1.312/12) admitem ponderações sobre ajustes “em função das diferenças de natureza física e de conteúdo, considerando, para tanto, os custos relativos à produção do bem, à execução do serviço ou à constituição do direito, exclusivamente nas partes que corresponderem às diferenças entre os modelos objeto da comparação”.

6.5.2.1 Alerta-se que o ato normativo referido não cogita de qualquer ajuste em função da qualidade do produto ou de sua reputação comercial. Isso se justifica porque qualquer diferença nesses quesitos implica a negação da própria similaridade, despicienda, daí, análise posterior.

6.5.3 Finalmente, alargando a determinação do parágrafo 1º do artigo 18 da Lei nº 9.430/96 (que exige a média se faça considerando todo o período de apuração da base de cálculo do imposto de renda), os artigos 11 e 18 da IN nº 243/02 (artigos 9º e 17 da IN nº 38/97 e 11 e 17 da IN nº 32/01) tratavam do caso em que não fosse possível identificar operações de compra e venda no mesmo período a que se referirem os preços sob investigação, permitindo que, *apenas em tal caso*, a comparação faça-se com base em preços praticados em operações efetuadas em períodos anteriores ou posteriores, desde que ajustados por eventuais variações nas taxas de câmbio das moedas de referência, ocorridas entre a data de uma e de outra operação.

6.5.3.1 Muito embora a IN nº 243/02 não colocasse um limite nos períodos, anteriores ou posteriores, que poderiam ser levados em consideração para fins de comparação, a Medida Provisória nº 563/12, convertida na Lei nº 12.715/12, veio a determinar, para o método PIC, que o uso de preço praticado em operação independente realizada em período distinto deve ser limitado “à operação efetuada no ano-calendário imediatamente anterior ao da importação”, conforme se passou a ler no parágrafo 11 do artigo 18 da Lei nº 9.430/96.

²⁸² Cf. Guglielmo Maisto, *op. cit.* (nota 28), p. 117.

6.5.3.2 A previsão, agora em texto de lei, da aplicação de dados retroativos, encerra a discussão que surgia quando as autoridades administrativas se valiam de tais informações sem base legal.

6.5.3.3 Por outro lado, a restrição ao ano imediatamente anterior impede que se usem informações de outro períodos.

6.5.3.4 Embora à primeira vista pudesse ser conveniente buscar dados de outros anos, não merece censura a decisão do legislador. Afinal, o emprego de dados muito defasados no tempo pode implicar, no mais das vezes, distorções que se afastam da busca de um parâmetro *arm's length*. Com efeito, admitindo a variação cambial entre um período e outro, as autoridades administrativas, no passado e o legislador, a partir de 2012, veem que se tratam de realidades distintas. Esquecem-se, entretanto, que qualquer índice de variação cambial reflete, no máximo, a variação geral de preços, nunca servindo para constatar as variações setoriais²⁸³. Assim, por exemplo, é possível que em um ano, haja escassez de carne no mercado internacional, implicando preços altos, que não se repetem em anos subsequentes. Tal fenômeno, comum a todos os setores da economia de mercado, com maior ou menor intensidade, não se reflete na variação cambial. Para aplicar a lei coerentemente com o princípio norteador dos preços de transferência, portanto, deverá a autoridade fiscal tomar em consideração tais variações de preços, seja favorável ou desfavoravelmente ao contribuinte.

Limites

6.6 A aplicação dos métodos PIC e PVEx pressupõe a existência de transações comparáveis (internas ou externas) com produtos, direitos ou serviços idênticos ou assemelhados.

6.6.1 Um primeiro limite à aplicação do PIC e do PVEx poderia ser encontrado na comparabilidade das transações. Foi visto acima que a Administração, tomando ciência de tal limitação e seguindo a recomendação internacional, cuidou ela mesma de autorizar os ajustes necessários para que as transações tornem-se comparáveis. Havendo, no caso concreto, outras circunstâncias, não imaginadas pelas autoridades, que justifiquem se considerem as transações não comparáveis, não há razão para se afastar um ajuste, proposto pelo contribuinte ou pelo Fisco, com o fito de tornar comparáveis as transações.

²⁸³ No Acórdão nº 01-06.014, de 14/10/08, a CSRF, ao afastar a consideração de operações realizadas em períodos posteriores no cálculo do PIC pelos agentes fiscais, consignou que "considerar a taxa de câmbio como única variável importante na comparação de preços é subestimar a complexidade das economias modernas e a (*sic*) práticas de negócios internacionais". Também pela desconsideração de operações realizadas em períodos distintos ao da importação, Acórdão nº 1302-00.362, de 01/09/10.

6.6.1.1 Nesse diapasão, convém retomar os cinco critérios de comparabilidade desenvolvidos pelo Fisco norte-americano, acima apontados²⁸⁴. Nota-se que o Fisco brasileiro apenas cogitou condições contratuais²⁸⁵. A análise funcional pode revelar, por exemplo, que, em um caso, o comprador atua como mero prestador de serviços de distribuição, com o vendedor correndo o risco do insucesso do produto, enquanto em outro, o comprador assume tais riscos. Tal análise revela, outrossim, que atacadistas praticam preços diferentes dos varejistas, inclusive por encontrarem-se em níveis diversos da cadeia de produção e comercialização (diferença funcional), não sendo possível a comparação sem tais ponderações. Nesse sentido, a recomendação da OCDE de que a análise principie pela localização das principais funções executadas pelas partes (por exemplo: desenho, fabricação, montagem, pesquisa e desenvolvimento, serviços, compras, distribuição, *marketing*, propaganda, transporte, financiamento e gerência), para, a partir daí, efetuar os ajustes que decorram de quaisquer diferenças substanciais entre as transações comparadas. Ademais, lembra a OCDE que conforme o volume de ativos que cada parte emprega na operação, diferente se torna sua função²⁸⁶. A análise de riscos vai além, cogitando de quem será o responsável pelo insucesso de uma pesquisa, ou pelos riscos de crédito. O exame das condições econômicas (também previsto no Relatório da OCDE de 1979²⁸⁷) revela que não se praticam os mesmos preços para mercados desenvolvidos ou com alta competitividade e outros incipientes, nos quais o vendedor não está inserido, implicando, de um lado, desconfiança por parte do comprador quanto ao produto adquirido e, por outro, o temor do vendedor quanto ao não adimplemento das obrigações assumidas. Neste sentido, uma venda efetuada a um país que historicamente não honre seus compromissos exige um *spread* maior que em outros casos.

6.6.1.2 Qualquer dessas cogitações pode ser tomada em conta tanto pelo contribuinte quanto pelas autoridades fiscais, na busca de tornar comparáveis as transações. O fato de tais ajustes não terem sido previstos pelas instruções normativas implica que a eventual decisão unilateral do Fisco em adotar tais ponderações somente valerá dali em diante, não podendo servir como base para a imposição de penalidade para o contribuinte, à luz do que dispõe o artigo 146 do Código Tributário Nacional (mudança de critério jurídicos). Outrossim, a omissão de atos administrativos não impede que o contribuinte, por ato unilateral, tome em consideração tais cir-

²⁸⁴ Cf. parágrafo 5.2.1.7.

²⁸⁵ Ainda assim, limitadamente, não considerando, por exemplo, a circunstância de o fornecimento incluir, ou não, garantias de atualizações e novas versões (*updates*).

²⁸⁶ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), parágrafos 1.21 a 1.24.

²⁸⁷ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 20), p. 35.

cunstâncias. O referido contribuinte terá a seu favor a própria lei que, tratando de preços comparados, pressupõe sejam eles, primeiramente, comparáveis. Nesse sentido, será o ajuste efetuado pelo contribuinte medida justificada para a própria aplicação da lei. É ônus do contribuinte demonstrar a razoabilidade do ajuste, já que inexistente qualquer manifestação oficial quanto ao que se considera adequado.

6.6.2 Maior dificuldade encontra-se, entretanto, diante da realidade de que é muito frequente que inexistam, no mercado, transações com produtos idênticos ou similares aos negociados entre as partes relacionadas. Consequência da globalização, encontra-se a produção do grupo empresarial, hoje, espalhada por diversos países, cada qual se especializando no fornecimento de alguma parte ou peça para os demais integrantes do grupo empresarial. A consequência é que, muitas vezes, a exportadora somente vende para empresas vinculadas e a importadora somente compra daquela exportadora, ou de outras do mesmo grupo. Nestas circunstâncias, afasta-se qualquer possibilidade de comparação interna. Tratando-se de partes ou peças, muitas vezes são elas únicas, não se encontrando paralelo no mercado (comparação externa)²⁸⁸. Em tais circunstâncias, torna-se impossível a aplicação do método PIC²⁸⁹.

6.6.2.1 Não é demais ressaltar que em nenhum momento a legislação admite que, em tais circunstâncias, tomem-se produtos diferentes, “adaptando-os” àqueles objetos das transações examinadas. As únicas adaptações de que cogita a Administração, quando versa sobre os produtos, são aquelas previstas no artigo 10 da IN nº 1.312/12 (já constantes do artigo 8º da IN nº 38/97 e do artigo 10 da IN nº 243/02), que trata das adaptações de produtos de antemão assemelhados. Produtos que não são assemelhados (por faltar-lhes, por exemplo, a reputação comercial) não podem ser “adaptados”²⁹⁰.

Os Métodos Obrigatórios para as *Commodities* Sujeitas a Cotação em Bolsas de Mercadorias e de Futuros

6.7 A partir de 2013 (opcional para 2012), as operações de importação e exportação de *commodities* sujeitas a cotação em bolsas de mercadorias

²⁸⁸ Cf. Humbertus Baumhoff, *op. cit.* (nota 65), p. 314.

²⁸⁹ No mesmo sentido, cf. Roberto Quiroga Mosquera e Ana Cláudia Akie Utumi, “Aspectos Fundamentais da Aplicação das Regras de *Transfer Pricing*”, in Valdir de Oliveira Rocha (coord.), *Planejamento Fiscal. Teoria e Prática*, São Paulo: Dialética, 1998, pp. 123-143 (135).

²⁹⁰ No mesmo sentido, os Acórdãos nº 16-6.450 e nº 16-6.451, de 02/02/05, da 10ª Turma da DRJ/SP, expressam entendimento de que, não se tratando de bens idênticos, e não conseguindo a fiscalização comprovar a similaridade dos bens comparados, exonera-se a exigência.

e futuros internacionalmente reconhecidas, quando realizadas com pessoas vinculadas, residentes em países com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado, estão sujeitas a controle de preços de transferência exclusivamente pelos métodos do Preço sob Cotação na Importação (PCI) e do Preço sob Cotação na Exportação (PECEX).

6.7.1 A lei não traz uma definição do que sejam *commodities*, o que exige um levantamento do uso comum do termo.

6.7.1.1 Uma tradução literal do termo, com origem na língua inglesa, nos leva à palavra “mercadoria”. Inicialmente, nas relações comerciais internacionais o termo designava certa mercadoria em estado primário de importância comercial, ou seja, uma matéria-prima²⁹¹. No entanto, o reconhecimento de produtos industrializados, como o etanol, na categoria de *commodities* exigiu maior adequação ao mercado atual. Diante disso, o conceito de *commodities* é objeto de discussões e carece de um consenso absoluto.

6.7.1.2 Assim, por exemplo, a *Fecomercio* (Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo) define o termo como “produtos homogêneos em qualquer lugar do mundo, que podem ser vendidos em lotes padrão, com preços internacionais semelhantes e cotados em bolsas de valores”²⁹².

6.7.1.3 Não diverge desse conceito a conceituada revista *The Economist*, que apresenta um conceito semelhante ao supracitado, segundo o qual *commodities* são produtos relativamente homogêneos, que podem ser tipicamente adquiridos em grande quantidade. Ela ainda reconhece que, apesar de o termo normalmente se referir a matérias-primas, ele também pode abranger produtos manufaturados empregados na fabricação de outro²⁹³, ou seja, mercadoria oriunda da exploração de recursos naturais.

6.7.1.4 Outra definição do termo em estudo pode ser encontrada no *The Commodity Exchange Act*, que regula a negociação de *commodities* futuros nos Estados Unidos. De acordo com o documento, *commodities*

²⁹¹ <http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=1955&refr=608>.

²⁹² <http://www.fecomercio.com.br/blog/2011/04/04/as-commodities-e-o-brasil/>.

²⁹³ “A comparatively homogeneous product that can typically be bought in bulk. It usually refers to a raw material - oil, cotton, cocoa, silver - but can also describe a manufactured product used to make other things, for example, microchips used in personal computers. Commodities are often traded on commodity exchanges. On Average, the Price of natural commodities has fallen steadily in *Real Terms* in defiance of some predictions that growing *Consumption* of non-renewables such as copper would force prices up. At times the oil price has risen sharply in real terms, most notably during the 1970s, but this was due not to the exhaustion of limited supplies but to rationing by the *OPEC Cartel*, or war, or fear of it, particularly in the oil-rich Middle East.” (<http://www.economist.com/economics-a-to-z/c#node-21529407>)

são quaisquer mercadorias, artigos, serviços, direitos e interesses que são tratados, presente ou futuramente, em contratos para entrega futura. Um fato a ser observado, é que o termo não é limitado apenas a bens corpóreos, mas estende seu conceito a serviços, direitos e interesses²⁹⁴.

6.7.2 Do texto legal, extrai-se que há *commodities* que estão sujeitas a cotação em bolsa de mercadorias e de futuros internacionalmente reconhecidas.

6.7.2.1 A ideia inicial que vem à mente, quando se fala em produto *sujeito* a negociação, é investigar se há efetivas transações com o produto. A expressão, entretanto, é mais ampla: estar *sujeito* significa *ser passível*. Assim, a condição estará preenchida se o produto em questão preencher os requisitos para ser admitido a negociação em uma bolsa de mercadorias e de futuros internacionalmente reconhecida.

6.7.2.2 O grupo CME, proprietário do maior mercado de futuros do mundo, apresenta em seu *rulebook* a definição de *commodities* como qualquer produto aprovado e designado pelo Conselho para negociação, nos termos das regras da bolsa²⁹⁵. Isso significa que, para sua aprovação, um produto passa por exigências, precisa seguir critérios, que podem envolver desde processos de comercialização, de transporte e vigilância sanitária até questões de direito tributário - como barreiras tarifárias e embargos²⁹⁶.

²⁹⁴ "The term 'commodity' means wheat, cotton, rice, corn, oats, barley, rye, flaxseed, grain sorghums, mill feeds, butter, eggs, Solanum tuberosum (Irish potatoes), wool, wool tops, fats and oils (including lard, tallow, cottonseed oil, peanut oil, soybean oil, and all other fats and oils), cottonseed meal, cottonseed, peanuts, soybeans, soybean meal, livestock, livestock products, and frozen concentrated orange juice, and all other goods and articles, except onions (as provided by section 13-1 of this title) and motion picture box office receipts (or any index, measure, value, or data related to such receipts), and all services, rights, and interests (except motion picture box office receipts, or any index, measure, value or data related to such receipts) in which contracts for future delivery are presently or in the future dealt in." (<http://www.law.cornell.edu/uscode/text/7/1a>)

²⁹⁵ "Commodity: Any product approved and designated by the Board for trading or clearing pursuant to the rules of the Exchange." http://www.cmegroup.com/rulebook/files/CME_Definitions.pdf.

²⁹⁶ "Uma 'commodity tradicional' é toda mercadoria padronizada para compra e venda, oriunda da exploração dos recursos naturais (petróleo, soja, água mineral engarrafada, café, açúcar, frango, etc.). Para ser uma 'commodity', o produto passa por exigências nos processos de comercialização, de transporte, de vigilância sanitária e aspectos tributários, podendo enfrentar barreiras tarifárias e não tarifárias, embargos. As 'commodities' têm liquidez, podem vir ou não com selos ambientais e de qualidade, podem ser alimentos tradicionais, transgênicos ou orgânicos." (http://www.anbio.org.br/site/index.php?option=com_content&view=article&id=424:-commodities-ambientaisnovos-conceitos-para-o-agribusiness-brasileiro&catid=66:biodiversidade&Itemid=61)

Como anteriormente analisado, as definições do termo *commodity* convergem para a ideia de padronização em um mercado nacional, ou seja, para que um produto possa ser vendido internacionalmente em bolsas de mercadoria e futuros ele deve possuir os mesmos parâmetros e características presentes nos diversos países e regiões.

6.7.2.3 Contudo, deve-se mencionar a existência de uma possível etapa anterior a essas exigências e à aprovação de um conselho das bolsas de mercadoria e futuros, isto é, o que leva uma mercadoria a ser objeto de um processo de "commoditização". Para exemplificar essa questão, cabe analisar a discussão recente que envolveu a consolidação do etanol no mercado de *commodities*. O menor impacto da utilização do etanol como combustível, em comparação com a queima de hidrocarbonetos fósseis, revela uma crescente importância do etanol na estrutura de produção e no consumo de combustíveis no cenário internacional²⁹⁷. Já existe uma mobilização para consolidar o etanol como primeira alternativa de combustível renovável limpo. Diante disso, um interesse mundial sobre determinada mercadoria, além da necessidade de haver mecanismos que assegurem a estabilidade de preços e a garantia de abastecimento, se tornam premissas mínimas para transformação de um produto em *commodity* internacional.

6.7.2.4 Daí, em síntese, concluir-se que atende o requisito legal o bem que, tendo amplo interesse entre consumidores, apresente mecanismos para assegurar seu abastecimento e seus preços e tenha sido aprovado por um conselho de uma bolsa de mercadorias e de futuros internacionalmente reconhecida.

6.7.3 Dúvida que poderia surgir na primeira leitura do texto legal seria quanto à extensão dos métodos PCI e PECEX, *i.e.*, se haveria limitação a *commodities* ou qualquer bem sujeito a cotação em bolsas de mercadorias e de futuros poderia submeter-se ao método.

6.7.3.1 A leitura do texto da lei leva ao entendimento de que os artigos 18-A e 19-A, que definem, respectivamente, os métodos PCI e PECEX, não podem ser aplicados sem os artigos 18 e 19, que os antecedem. A leitura isolada dos artigos 18-A e 19-A nada diz sobre a situação em que os métodos são aplicados. Omite quais as operações de importação e exportação sujeitas a controle. É nos artigos 18 e 19 que encontramos a referência a transações com pessoas vinculadas. Ali também está a determinação para ajustes. Enfim, é nos artigos 18 e 19 que se aloja a previsão central para os preços de transferência.

6.7.3.2 Os artigos 18-A e 19-A encontram sua aplicação prevista no parágrafo 16 do artigo 18 e no parágrafo 9º do artigo 19, respectivamente,

²⁹⁷ <http://advivo.com.br/blog/luisnassif/o-desafio-de-transformar-o-etanol-em-commodity>.

na redação dada pela Lei nº 12.715/12. Dito de outro modo: a “porta de entrada” do artigo 18-A é o referido parágrafo 16, assim como o parágrafo 9º do artigo 19 da Lei nº 9.430/96 é a via de acesso para a aplicação do artigo 19-A.

6.7.3.3 Segundo o que se extrai do texto da lei, portanto, os métodos PCI e PECEX apenas se aplicam no caso de *commodities* sujeitas a cotação em bolsas de mercadorias e de futuros internacionalmente reconhecidas.

6.7.4 Não deixa de ser interessante confrontar as conclusões acima com a interpretação oferecida pelas autoridades administrativas, quando editaram a IN nº 1.312/12. Esta segue entendimento diverso, segundo o qual todas as *commodities* que ela lista estariam sujeitas aos métodos PCI e PECEX, sendo os referidos métodos aplicáveis, ademais, a outros produtos negociados nas bolsas de valores e de futuros que a mesma norma lista.

6.7.4.1 Este alargamento se deu, inicialmente, por meio do parágrafo 1º do artigo 16 da IN nº 1.312/12, que não restringiu a aplicação do método PCI a produtos sujeitos a negociação em bolsas, mas estendeu-o a qualquer hipótese que envolvesse *commodities*:

“§ 1º A partir de 1º de janeiro de 2013, o método PCI deve ser obrigatoriamente aplicado na hipótese de importação de *commodities*.”

6.7.4.2 Maior alargamento deu-se no parágrafo 3º do artigo 16 da referida norma, que teve o seguinte teor:

“§ 3º Consideram-se *commodities* para fins de aplicação do PCI, os produtos listados no Anexo I a esta Instrução Normativa, bem como os demais produtos negociados nas bolsas de mercadorias e futuros listadas no Anexo II a esta Instrução Normativa.”

6.7.4.3 Constata-se, daí, que a abrangência do método PCI, nos termos da norma administrativa, é muito maior que aquela que parece oferecer o texto legal. O mesmo, contudo, não ocorre em relação ao método PECEX: embora o parágrafo 3º do artigo 34 da IN nº 1.312/12 também considere *commodity* qualquer dos produtos listados no Anexo I ou negociados nas bolsas constantes do Anexo II, o parágrafo 1º do referido artigo, diferentemente do caso do método PCI, permanece referindo-se a “*commodities* sujeitas à cotação em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas”.

6.7.4.4 Tendo em vista que sendo aplicáveis os métodos PCI e PECEX, não há que se cogitar outro método, já que são eles obrigatórios, cabe a pergunta sobre o que fazer no caso de conflito entre a interpretação que se extrai do texto legal e aquela oferecida pelas autoridades administrativas. Ou seja: a referida “porta de entrada” não tem volta. Uma vez aplicáveis os métodos PCI e PECEX, não há espaço, na lei, para que se volte a cogitar a aplicação de outros métodos, mesmo que mais precisos.

6.7.4.5 Daí ser relevante indagar o que fazer se determinado bem:

- conquanto listado no Anexo I à IN nº 1.312/12, não esteja sujeito a negociação em nenhuma bolsa de mercadorias e de futuros, internacionalmente reconhecida, listada no Anexo II;
- embora sujeito à negociação em bolsa de mercadorias e de futuros listada no Anexo II, não está listado no Anexo I.

6.7.4.6 Tome-se o caso do aço, tendo em vista sua inclusão no Anexo I, que arrola produtos a partir de sua classificação na NCM (o aço aparece na posição 72), não há dúvida, à luz do texto da IN nº 1.312/12, acerca de sua inclusão no regime do PCI. Ocorre que quando se buscam cotações, não haverá preço para placas de aço, mas apenas para o tarugo de aço. Na sistemática da Instrução Normativa, a situação se resolveria pela aplicação do Anexo III, que arrola publicações reconhecidas para efeito de apuração de preços de mercado. Tal solução, entretanto, não resiste à evidência de que se acaba por aplicar o método mesmo na ausência de uma *commodity* sujeita a negociação em bolsas de mercadorias e de futuros internacionalmente reconhecidas. Ou seja: a norma administrativa admitirá (ou melhor: exigirá) a aplicação do método PCI (o mesmo não vale para o PECEX) em hipótese não prevista pelo artigo 18 da Lei nº 9.430/96.

6.7.5 Se o conceito de *commodities* oferece, em si, algum questionamento, a previsão de ajustes em função de prêmios torna ainda mais fráctidos os contornos dos métodos PCI e PECEX. Não cuidou o legislador de definir o que se entenderia por prêmio.

6.7.5.1 Numa primeira aproximação, a ideia de prêmio poderia levar a diferenças pagas em função da qualidade ou procedência do bem. Nesse sentido, é comum, no mercado, referir-se a prêmio por o produto não corresponder, de modo preciso, ao negociado nas bolsas de mercadorias e de futuros.

6.7.5.1.1 Embora não se possa afastar tal acepção, importa ter em mente o que já se disse acerca da “porta de entrada” dos métodos PCI e PECEX: são eles aplicáveis apenas se os produtos importados forem, eles mesmos, *commodities*, sujeitas a cotação em bolsas de mercadorias e de futuros internacionalmente reconhecidas. Desse modo, já se vê um limite para o conceito de prêmio. Não pode ser a expressão empregada no sentido de se alcançar o preço de um produto que não se qualifique no requisito acima.

6.7.5.1.2 Desse modo, se uma sucata é importada, pouco interessa o argumento de que seu preço é fixado em função do metal que predomina em sua composição e que este, por sua vez, tem cotação em mercado. O que importa não é se o parâmetro tem, ou não, cotação. Os métodos PCI e PECEX exigem que haja uma transação envolvendo uma *commodity* que esteja, ela mesma, sujeita a cotação em bolsa de mercadorias ou de futuros internacionalmente reconhecida.

6.7.5.1.3 Igual raciocínio deve ser aplicado mesmo em casos menos óbvios. Assim, o petróleo brasileiro: embora não haja dúvida de que o petróleo é uma *commodity* sujeita a cotação em bolsas internacionalmente reconhecidas, o petróleo alagoano, com características próprias, não o é.

6.7.5.2 Passado o “teste”, *i.e.*, sendo a mercadoria sujeita a cotação, então, sim, haverá espaço para ajustar o preço médio diário da cotação do bem, em função do prêmio. Este, como dito acima, não é definido.

6.7.5.2.1 Prêmio é uma expressão corrente nos mercados de mercadorias e de futuros. São descontos ou sobrepreços, cobrados em função das peculiaridades de uma transação, que justificam seja ela distanciada da cotação média. Podem explicar-se em virtude da região onde está o comprador ou o vendedor, ou do ano (safra) de produção, ou da quantidade negociada, dentre outros fatores. São, enfim, valores que pela sua própria natureza, não podem ser padronizados.

6.7.5.2.2 Daí causar espécie a decisão do legislador, ao admitir ajustes em função do prêmio médio de mercado. Ao fazê-lo, acabou o legislador por afastar-se da objetividade que os métodos PCI e PECEX aparentavam conferir. No lugar de cotações médias, objetivamente apuradas, ingressa-se no escorregadio campo das comparações, onde será necessário identificar transações semelhantes, apurando-se, daí, o prêmio em tais transações. O que torna mais preocupante é o fato de os métodos PCI e PECEX sequer se aplicarem para intervalos maiores de tempo. Se o que se quer é a cotação média diária, então, por coerência, também o prêmio médio de mercado da data da transação é que deve ser buscado. Numa análise estrita, o que se buscará, portanto, é uma transação comparável à controlada, na mesma data, investigando-se o prêmio assim pago e comparando-se com o preço pago.

6.7.5.2.3 Se os métodos tradicionais implicavam comparação de preços (PIC e PVEX) ou margens (afastadas as margens predeterminadas), os métodos PCI e PECEX exigem comparações de prêmios, com igual grau de subjetividade.

6.7.5.2.4 Mais uma vez, o confronto da conclusão acima com o posicionamento das autoridades administrativas revela que estas parecem extrapolar o mandamento legal. Eis o que dispõe o parágrafo 6º do artigo 16 da IN nº 1.312/12:

“§ 6º O valor do prêmio é decorrente de avaliação de mercado, positiva ou negativa, que deve ser somado à cotação de bolsa internacional ou do instituto de pesquisa, a que se refere o art. 18, para se obter o preço pago pelo importador, e devem ser consideradas, inclusive, as variações na qualidade, nas características e no teor da substância do bem vendido.”

6.7.5.2.5 Ao admitir variações em qualidade, características e teor, a norma administrativa parece ir além do que se pode entender por prêmio, já que dá espaço para se admitir que produtos não sujeitos a cotação em bolsas de mercadorias e de futuros internacionalmente reconhecidas ali se enquadrem.

6.7.5.2.6 Mais uma vez, importa lembrar que o primeiro teste legal é investigar se o produto importado da parte relacionada é uma *commodity* sujeita a tal cotação. Se o produto é similar a uma *commodity*, não há como aplicar os métodos PCI e PECEX.

6.7.5.2.7 Daí dever ser aplicada com cautela a norma do parágrafo 6º, acima transcrita. As variações admitidas não podem ser tais a ponto de se tratar de produto diverso, posto similar ao cotado em bolsa.

6.7.6 Tema que também oferece dificuldades é o da fixação da data da transação, base para que se apure o preço-parâmetro. Não se encontra no texto legal qualquer referência quanto ao que se considera a data da transação.

6.7.6.1 Quando se vê, entretanto, que o legislador se refere à data do registro da declaração de importação da mercadoria, no caso do PCI, ou a data do embarque dos bens exportados, no caso do PECEX, então se tem uma ideia de que a data da “transação” há de se referir à data do negócio, propriamente dito. Essa data, se conhecida, prevalece sobre aquela objetivamente verificável, que vale como alternativa.

6.7.6.2 Se a data da transação não se confunde com o momento do ingresso ou da saída da mercadoria do país, então restam, como possíveis sentidos para a “data da transação”, a do fechamento do negócio (data do contrato), ou da transferência da propriedade (que dependerá, por sua vez, das condições do negócio, inclusive de seus INCOTERMS).

6.7.6.3 A melhor solução quanto à “data da transação” pode ser encontrada no princípio *arm's length*. Afinal, é ele quem inspira a legislação de preços de transferência e exige que se busque o comportamento de terceiros independentes. A pergunta passa a ser, portanto, em que momento se exige que partes vinculadas atuem como terceiros independentes.

6.7.6.4 Não parece razoável imaginar que cotações médias na data do embarque, ou da saída da mercadoria, possam influenciar o comportamento de partes independentes.

6.7.6.5 Outrossim, é de se esperar que partes independentes, ao fixar seus preços, levem em consideração as cotações do mercado, naquela data.

6.7.6.6 Relevante, assim, parece ser a data em que os preços são fixados, não a da efetiva saída da mercadoria. Mais uma vez: partes independentes, quando fixam seus preços, podem ser influenciadas pelas cotações então em vigor.

6.7.6.7 Se é esse o comportamento que pode ser esperado de partes independentes, então, coerentemente, pode-se acreditar que a “data da

transação” a que se refere o legislador é a data em que o preço é fixado, independentemente da efetiva saída da mercadoria.

6.7.6.8 Conclui-se, portanto, que tanto a cotação como os prêmios médios a serem tomados para efeito de formação do preço-parâmetro, serão as da data em que o preço for fixado. É essa data que deve ser documentada pelas partes.

6.7.6.9 Não havendo documentação suficiente para que se conheça a data em que se fechou o preço, aí sim, como critério subsidiário, se consideram as datas, previstas na própria lei, como alternativas: a data do registro da declaração de importação ou a data do embarque, no caso de exportação.

6.7.7 Fruto de emenda trazida pelo Congresso Nacional quando da conversão da Medida Provisória nº 563/12 na Lei nº 12.715/12, os artigos 18-A e 19-A preveem, respectivamente, para o PCI e para o PECEX, alternativas para a hipótese de não haver cotação dos bens em bolsas de mercadoria e de futuros internacionalmente reconhecidas, quando os bens poderão ser comparados, no caso do PCI, com os obtidos a partir de fontes de dados independentes fornecidas por instituições de pesquisa setoriais internacionalmente reconhecidas e, no caso do PECEX, com (i) os obtidos a partir de fontes de dados independentes fornecidas por instituições de pesquisa setoriais internacionalmente reconhecidas; ou com (ii) os preços definidos por agências ou órgãos reguladores e publicados no *Diário Oficial da União*.

6.7.7.1 A previsão de inexistência de cotação parece, à primeira vista, contraditória com a própria existência dos métodos PCI e PECEX, já que estes se aplicam justamente para as *commodities* sujeitas à referida cotação.

6.7.7.2 Numa primeira leitura, poder-se-ia acreditar que os dispositivos em questão alargariam a abrangência dos métodos PCI e PECEX, admitindo sua aplicação mesmo que não fossem *commodities* sujeitas à cotação em bolsa de mercadorias e de futuros. Foi esta, como se viu acima, a interpretação dada pelas autoridades administrativas.

6.7.7.3 Tal leitura deve, entretanto, ser afastada, tendo em consideração o fato de que os métodos PCI e PECEX, conforme acima exposto, não podem ser aplicados fora das hipóteses previstas nos artigos 18 e 19 da Lei nº 9.430/96, por isso mesmo apontados como “portas de entrada” para os referidos métodos.

6.7.7.4 Daí ser a melhor leitura considerar que os métodos PCI e PECEX não se aplicam exclusivamente a *commodities* que efetivamente tenham seus preços cotados em bolsas de mercadorias e de futuros, mas sim que estejam *sujeitos* a tal cotação.

6.7.7.5 Assim, para a aplicação dos métodos PCI e PECEX, não importa, num primeiro momento, saber se há uma cotação efetiva em uma

bolsa de mercadorias e de futuros internacionalmente reconhecida (constatação fática), mas antes saber se a *commodity* em questão *preenche os requisitos* para que possa ser cotada.

6.7.7.6 Sob tal perspectiva, torna-se relevante examinar os regulamentos de admissão nas bolsas de mercadorias e de futuros, investigando se, *em tese*, o bem estaria sujeito a cotação. Respondida afirmativamente a questão, então já se tem a obrigatoriedade dos métodos PCI e PECEX.

6.7.7.7 Concluído pela obrigatoriedade dos métodos PCI e PECEX, a fase seguinte é verificar se há uma cotação para os referidos bens. Esse exame, agora, é de natureza fática.

6.7.7.7.1 O legislador não exige cotação contemporânea. Admite-se a última cotação conhecida. Nada se diz, entretanto, se há um limite quando a “última cotação conhecida”, porque muito antiga, já se torna imprestável, sendo equiparada à ausência de cotação.

6.7.7.7.2 Parece razoável supor que não se admitiria cotação que ultrapassasse o ano calendário anterior ao da transação. Afinal, se para o método PIC se fixou tal limite temporal, não há razão para se admitir intervalo ainda maior para o PCI e PECEX.

6.7.7.7.3 Respeitado o limite máximo (ano calendário), a resposta quanto a confiabilidade dos dados passa a depender de cada caso. Ou seja: importará conhecer a volatilidade dos preços, em função da mercadoria, para se decidir sobre a aplicação de cotações antigas.

6.7.7.7.4 Tendo em vista que o próprio legislador disciplinou solução “de Mercado” para a ausência de cotação contemporânea, parece válido raciocinar que não se devem admitir cotações muito antigas, já que estas serão, possivelmente, menos confiáveis que os valores divulgados por agências ou por pesquisas independentes. No caso de esses dados serem mais atualizados, merecem preferência.

6.7.7.7.5 Daí, pois, o seguinte raciocínio: os preços obtidos por agências ou instituições de pesquisa não podem prevalecer sobre cotações obtidas no mercado. Na hipótese de se referirem ao mesmo período, prevalecem as cotações constatadas em bolsas de mercadorias e de futuros, internacionalmente reconhecidas. Sendo, entretanto, as cotações menos atualizadas que os dados obtidos por intermédio de agências ou pesquisas previstas em lei, então estas é que deverão prevalecer. Prestigia-se, num e noutro caso, o dado mais atualizado.

Quadro Comparativo

6.8 Dada a similitude entre os métodos PIC/PVEX, de um lado, e PCI/PECEX, de outro, propomos, com base no texto legal, o seguinte quadro comparativo.

	PIC/PVEX	PCI/PECEX
Alcance	Quaisquer bens, serviços e direitos, excetos juros, <i>royalties</i> e <i>commodities</i> .	<i>Commodities</i> sujeitas à cotação em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas.
Aplicabilidade	Opcional (outros métodos também disponíveis).	Obrigatória.
Comprovação	Transações efetivas.	Cotações.
Comprovação (alternativa)	Publicações, pesquisas e relatórios como meios complementares de prova.	Fontes de dados independentes fornecidas por instituições de pesquisa setoriais internacionalmente reconhecidas.
Período (média)	Exercício financeiro.	Valores médios diários.
Ajustes	Bens, serviços e direitos idênticos: (I) prazo para pagamento; (II) quantidades negociadas; (III) obrigação por garantia de funcionamento do bem ou da aplicabilidade do serviço ou direito; (IV) obrigação pela promoção, junto ao público, do bem, serviço ou direito, por meio de propaganda e publicidade; (V) obrigação pelos custos de fiscalização de qualidade, do padrão dos serviços e das condições de higiene; (VI) custos de intermediação, nas operações de compra e venda, praticadas pelas empresas não vinculadas, consideradas para efeito de comparação dos preços; (VII) acondicionamento; (VIII) frete e seguro. Bens, serviços ou direitos similares, também ajustes em função das diferenças de natureza física e de conteúdo, considerando, para tanto, os custos relativos à produção do bem, à execução do serviço ou à constituição do direito, exclusivamente nas partes que corresponderem às diferenças entre os modelos objeto da comparação.	Ajustados para mais ou para menos do prêmio médio de mercado, na data da transação.

7. Método do Preço de Revenda

O Método do Preço de Revenda

7.1 O método do preço de revenda surge, na sistemática da OCDE, como um dos três métodos tradicionais para a apuração das condições de uma transação *arm's length*. A OCDE apresenta o método da seguinte maneira: ele "parte do preço pelo qual um produto adquirido de uma empresa associada é revendido a uma empresa independente. Este preço (o preço de revenda) é então reduzido de uma margem de lucro bruto apropriada (a margem de revenda), que representa o montante do qual o revendedor buscaria cobrir suas despesas operacionais e de venda e, conforme as funções executadas (levando em conta os ativos empregados e os riscos assumidos), alcançar um lucro apropriado. O que sobra depois de deduzir a margem bruta pode ser considerado, depois de ajustes por outros custos associados à compra do produto (por exemplo, taxas alfandegárias), como um preço *arm's length* para a transferência original de propriedade entre as empresas associadas"²⁹⁸.

7.1.1 Pela conceituação acima, vê-se que o método do preço de revenda requer a existência de três partes: o vendedor num país, o comprador noutro país (ambos pertencentes ao mesmo grupo) e um terceiro, que adquire do comprador. O parâmetro objetivo fica, assim, na última transação, efetuada entre o comprador e o terceiro independente²⁹⁹. É este o ponto de

²⁹⁸ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), parágrafo 2.21.

²⁹⁹ Desta forma, esclarece a IN SRF nº 1.312/12 que o preço médio obtido a partir de revendas efetuadas para partes vinculadas são imprestáveis para a apuração do preço-parâmetro, como se verifica no texto do artigo 12, parágrafo 1º: "Os preços de venda, a serem considerados, serão os praticados pela própria pessoa jurídica importadora, em operações de venda a varejo e no atacado, com compradores, pessoas físicas ou jurídicas, que não sejam a ela vinculados." Da mesma forma concluiu o antigo Conselho de Contribuintes no Acórdão nº 101-96.665, de 17/04/08, ao desconsiderar os ajustes apurados com base em operações com pessoas vinculadas. Ainda no mesmo sentido, o CARF, no Acórdão nº 1103-00.608, de 17/01/12, entendeu que "não se considerar como 'pessoa vinculada', para fins da aplicação do método PRL, a pessoa ligada à importadora situada no País, torna sem sentido a regra de ajuste de *transfer pricing*, ou, antes, contraria seu sentido, distorcendo-a integralmente, além de colidir com o princípio *arm's length* posto ou concretizado através do método PRL da Lei 9.430/96". Em sentido contrário, entendeu o Conselho, no Acórdão nº 1102-00.419, de 23/03/11, não haver "razão para excluir da apuração do PRL 60 as revendas efetuadas para empresa brasileira vinculada", uma vez que "se a manipulação de preços ocorre entre empresas vinculadas situadas no Brasil, não há erosão da base tributável nacional".

partida, que traz a referência ao mercado³⁰⁰. Este dado é objetivo e extrai-se da própria empresa.

7.1.2 A comparação, nesse método, não está, portanto, na questão dos preços praticados. Ela surge na segunda etapa, *i.e.*, na fixação da margem de revenda. Semelhantemente ao método dos preços independentes comparados, também aqui importa localizar uma transação comparável (direta ou indiretamente, nesse caso com os ajustes necessários³⁰¹), na qual uma empresa revendedora adquire produtos de pessoas não ligadas. Aqui, pode-se cogitar uma margem de revenda interna (seja porque o vendedor também vende seus produtos a revendedores independentes, seja porque o comprador também adquire produtos de terceiros independentes) ou externa (margens de revenda usuais naquele ramo de atividade, cuja cogitação apenas cabe se forem conhecidas as margens e se o ramo em consideração não for por demasiado largo, a ponto de distorcer os resultados)³⁰². Baumhoff sugere que na disponibilidade tanto de uma margem interna como uma externa, a preferência fica com a primeira, já que, versando sobre as próprias empresas associadas, possivelmente computará fatores de influência próprios do grupo em questão, além de os dados relevantes poderem ser extraídos dos documentos da própria organização, o que se dá de modo mais fácil³⁰³. Para a comparação externa, a busca de margens de revenda a partir de balanços publicados na imprensa não pode ser recomendada, diante da falta de informações detalhadas sobre as funções exercidas pelo revendedor e seus riscos assumidos³⁰⁴. Ainda contra o emprego da comparação externa, Baumhoff lembra que, em geral, o contribuinte não conhece os cálculos de seus concorrentes, nem tampouco as autoridades fiscais têm permissão de revelá-los, diante do sigilo fiscal; além do mais, lembra o autor, tal comparação acaba por exigir que os lucros se dividam por padrões preestabelecidos, enquanto a realidade revela que tal distribuição dá-se a partir das habilidades empresariais de cada parte, conforme as condições que se fizerem presentes no mercado³⁰⁵.

7.1.3 O relatório da OCDE concentra-se especialmente na questão das funções exercidas pelo revendedor e nas margens que daí decorrem, considerando um espectro que vai desde um mero agente de transportes até um revendedor com todo o risco da propriedade, incluindo as funções de *marketing*, armazenamento, distribuição e garantia³⁰⁶. Também de grande va-

³⁰⁰ Cf. Andrea Lahodny-Karner, *op. cit.* (nota 267), p. 42.

³⁰¹ Cf. Humbertus Baumhoff, *op. cit.* (nota 65), p. 315.

³⁰² Cf. Andrea Lahodny-Karner, *op. cit.* (nota 267), pp. 42-43.

³⁰³ Cf. Humbertus Baumhoff, *op. cit.* (nota 65), p. 315.

³⁰⁴ Cf. Andrea Lahodny-Karner, *op. cit.* (nota 267), pp. 42-43.

³⁰⁵ Cf. Humbertus Baumhoff, *op. cit.* (nota 65), p. 316.

³⁰⁶ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), parágrafo 2.31.

lia é a diferença que se costuma reconhecer entre o representante comercial, que atua em nome de terceiros e por conta de terceiros, o comissário, que atua em nome próprio, mas por conta de terceiros, e o distribuidor, que atua em nome próprio e por conta própria, com maiores riscos, portanto³⁰⁷. Conquanto não seja referido no relatório da OCDE, vale lembrar que a comparação não pode deixar de considerar o papel daquela venda no total das operações da empresa. Assim, é muito comum que indústrias façam vendas eventuais com margens reduzidas, ou até mesmo com margens negativas, que, entretanto, não deixam de ser *arm's length*. Tal, por exemplo, o caso em que a indústria está com máquinas ociosas e concorda em praticar preços reduzidos que apenas cobrem seus custos fixos. Neste caso, a transação isoladamente será deficitária, mas a redução de custo fixo que dela decorre poderá ampliar a margem de lucro de outras transações.

7.1.3.1 Em relação às margens de divergência ou preestabelecidas, ver parágrafo 5.9 e seguintes, acima.

7.1.4 Maiores dificuldades na fixação da margem podem surgir quando o bem é aprimorado, ou de qualquer modo manipulado antes da revenda, implicando uma valorização do produto. A OCDE enfrenta a questão sobre a aplicabilidade do método do preço de revenda, em tais casos, entendendo ser cabível tal método, efetuados os ajustes necessários.

7.1.4.1 Para a OCDE, quando o revendedor no país agrega ao produto ativos que não sejam raros (únicos), então é perfeitamente possível a aplicação do método do preço de revenda, que pode trazer até mais vantagens que o método dos preços independentes comparados:

"2.26 Pode ser mais correto dar maior peso a outros atributos de comparabilidade discutidos no capítulo I (*i.e.* funções executadas, circunstâncias econômicas etc.) se a margem de lucro refere-se primordialmente a tais atributos e apenas de modo secundário ao produto que está sendo transferido. Tal circunstância geralmente existirá onde a margem de lucro for determinada para uma empresa associada que não empregou ativos relativamente únicos (tais como intangíveis muito valiosos) para adicionar valor ao produto sendo transferido. Assim, quando as transações controladas e as transações independentes forem comparáveis em todas as características, exceto pelo produto, propriamente dito, o método do preço de revenda pode produzir uma medida mais confiável das condições *arm's length* que o método dos preços independentes comparados, exceto se for possível efetuar ajustes adequados por conta

³⁰⁷ Cf. Andrea Lahodny-Karner, *op. cit.* (nota 267), pp. 44-45; OCDE, *op. cit.* (nota 21), parágrafo 1.62; Humbertus Baumhoff, *op. cit.* (nota 65), p. 317.

das diferenças dos produtos transferidos. O mesmo vale para o método do custo mais, discutido abaixo.”³⁰⁸

7.1.4.2 Nota-se que a análise, aqui, fica na profundidade da contribuição do revendedor. Muitas vezes, por exemplo, é próprio de sua atividade reembalar, em quantidades menores, produtos adquiridos a granel. Por certo tal atividade implica mudança no produto. Enquanto se trata, entretanto, de mero processo de recondicionamento, que não exija recursos extraordinários por parte do revendedor, é muito fácil excluir o efeito que tal operação produziu sobre o preço final. O mesmo se dá quando se encontram pequenas operações locais, que apenas implicam reduzir a quantidades comercializáveis produtos importados em maiores quantidades. Por vezes, tais operações implicam o acréscimo de meros excipientes (como água, por exemplo), sem qualquer modificação na essência do produto importado ou em seus efeitos. Pense-se, por exemplo, no caso dos defensivos agrícolas, importados a granel e vendidos na forma líquida. Extirpada a influência da manipulação local, retorna-se, sem mais delongas, à plena aplicabilidade do método de revenda. Nesse sentido, também a doutrina não cria qualquer dificuldade à aplicação do método de revenda, quando o revendedor agrega, localmente, algum valor ao produto, aprimorando-o para o consumo (*Veredelungstätigkeiten*), desde que tal valor seja quantificável e não seja preponderante para a escolha pelo consumidor.³⁰⁹

7.1.4.3 Para a OCDE, mesmo nos casos em que a manipulação implica a perda da identidade do produto, a aplicação do método do preço de revenda torna-se (apenas) mais difícil; nada obsta sua aplicação:

“2.29 Uma margem de revenda apropriada é mais facilmente determinável quando o revendedor não agrega valor substancialmente ao produto. Em contraste, pode ser mais difícil usar o método do preço de revenda para alcançar um preço *arm's length* quando, antes da venda, os bens são reprocessados ou incorporados em um produto mais complicado, de tal modo que sua identidade se perde ou se transforma (por exemplo, quando componentes se agregam em produtos acabados ou semi-acabados). Outro exemplo no qual a margem de revenda requer um cuidado particular se dá quando o revendedor contribui substancialmente para a criação ou manutenção de propriedade intangível, associada ao produto (por exemplo, marcas ou nomes comerciais), que pertencem a uma empresa associada. Em tais casos, não é facilmente avaliável a contribuição ao valor final do produto, dada pelos bens transferidos originalmente.”³¹⁰

³⁰⁸ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21).

³⁰⁹ Cf. Andrea Lahodny-Karner, *op. cit.* (nota 267), pp. 45; Humbertus Baumhoff, *op. cit.* (nota 65), p. 317.

³¹⁰ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21).

7.1.4.4 De igual modo, os especialistas da ONU consideram a hipótese, em seu Manual, limitando-se a dizer que será necessária “atenção particular” se o valor adicionado ao produto pelo revendedor for substancial, por exemplo, por sua atuação na criação e manutenção de intangíveis ou se o produto sofrer novo processamento, tornando-o mais complexo³¹¹.

7.1.4.5 A posição clara e firme da OCDE e dos especialistas da ONU, pela possibilidade de uso do método em casos de industrialização, confirma-se quando se tem em conta que a primeira chega a sugerir, para tais casos, a combinação desse método com o do custo mais lucro, que se verá a seguir³¹².

7.1.4.6 Em resumo, nota-se que não há incompatibilidade intrínseca entre o método do preço de revenda e a circunstância de haver produção local; a questão está no maior ou menor grau de dificuldade de apurar-se qual o percentual do diferencial de preço que se refere à margem de lucro e qual aquele *plus*, também compreendido na margem bruta, que se explica pelo valor agregado localmente. Havendo condições de calcularem-se tais valores, então o método do preço de revenda é plenamente aplicável.

7.1.4.7 Aliás, o fato de ser necessário computar na margem um *plus* por conta da produção local, não constitui tarefa diferente da identificação, na margem, dos percentuais relativos a cada função desempenhada pelo revendedor (armazenamento, promoção, transporte, distribuição, garantia etc.) Tal identificação, por sua vez, é corriqueira na aplicação do método do preço de revenda, na medida em que a apuração da margem de lucro (que servirá de parâmetro para o preço *arm's length*) depende da fixação da atividade desempenhada pelo revendedor³¹³. Também aqui, deve-se apurar o custo de cada atividade que o revendedor local e seu parâmetro desempe-

³¹¹ Cf. United Nations, UN Practical Manual for Developing Countries (atualizado até outubro de 2012), Capítulo 6, item 6.2.9.6, disponível em http://www.un.org/esa/ffd/tax/documents/bgrd_tp.htm.

³¹² Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), parágrafo 2.31; no mesmo sentido, cf. Andrea Lahodny-Karner, *op. cit.* (nota 267), p. 46.

³¹³ Cf. o seguinte desdobramento sugerido por Maisto, *op. cit.*, (nota 28), p. 127:

	Transação parâmetro	Transação controlada
- Preço de revenda	200	200
- Funções de revenda:		
a) armazenamento	(10)	10
b) embalagem	(5)	5
c) faturamento	(5)	5
d) publicidade	(20)	20
e) garantia	(30)	-
	70	40
- Lucro (10%)	7	4
Preço de venda	123	156

nam, calculando, a partir daí, a margem de lucro para cada uma dessas atividades³¹⁴.

7.1.5 Na sistemática adotada pelo legislador brasileiro, o método do preço de revenda recebeu disciplinas diferentes para o caso da importação (em que se encontra o método do preço de revenda menos lucro com diversas margens) e da exportação (em que o método divide-se em dois casos: método do preço de vendas por atacado no país de destino, diminuído do lucro, e método do preço de venda a varejo no país de destino, diminuído do lucro).

Transfer Pricing na Importação e o Método do Preço de Revenda menos Lucro: Regulamentação Original, Vigente até 31 de Dezembro de 1999

7.2 O método PRL foi definido originariamente pelo legislador no artigo 18 da Lei nº 9.430/96 da seguinte forma:

“II - Método do Preço de Revenda menos Lucro - PRL: definido como a média aritmética dos preços de revenda dos bens ou direitos, diminuídos:

- a) dos descontos incondicionais concedidos;
- b) dos impostos e contribuições incidentes sobre as vendas;
- c) das comissões e corretagens pagas;
- d) de margem de lucro de vinte por cento, calculada sobre o preço de revenda.”

7.2.1 Originalmente, portanto, o método PRL na importação apresentava o seguinte modo de cálculo:

$PRL = A - \{B + C + D + [(A - B^{315}) \times 20\%]\}$
A = média aritmética de preços de revenda de bens e serviços a empresas não vinculadas;
B = descontos incondicionais concedidos e demonstrados em nota fiscal;
C = impostos e contribuições incidentes sobre as vendas (ISS, ICMS, PIS, COFINS)
D = comissões e corretagens pagas.

³¹⁴ Que no exemplo de Maisto foi, por simplificação, unificada em 10%.

³¹⁵ A dedução dos descontos, na aplicação da margem de 20%, foi inserida no parágrafo 8º do artigo 12 da IN nº 38/97 e mantida no mesmo parágrafo nas instruções normativas posteriores, não tendo sido prevista em lei.

7.2.2 Do mesmo modo como o fez para o método dos preços independentes comparados, também aqui a IN nº 38/97 qualificou a média aritmética prevista pelo legislador, que passou a ser ponderada, em função das quantidades negociadas, computados os valores e as quantidades relativos aos estoques existentes no início do período de apuração, e considerando-se as operações de revenda³¹⁶ praticadas desde a data da aquisição até a data do encerramento do período de apuração³¹⁷. Essa sistemática foi mantida nas instruções normativas posteriores (INs nº 32/01 e nº 243/02).

7.2.2.1 A consideração de vendas ocorridas durante todo o período, e não as mais próximas às compras pode, evidentemente, implicar distorções, já que tal metodologia acaba por estar mais sujeita às oscilações do mercado. Fossem computadas apenas as vendas que ocorreram em períodos imediatamente subsequentes às aquisições, então possivelmente as condições de mercado não teriam sofrido grandes mudanças, sendo possível afirmar com maior exatidão um parâmetro *arm's length*.

7.2.3 Como se pode observar, a margem de lucro exigida era sempre de 20%, calculada sobre o preço de revenda, independentemente de existir produção local após a importação. Seguindo coerentemente as orientações da OCDE e da doutrina internacional de preços de transferência, o legislador não estipulou qualquer limitação ao emprego do método nos casos de produção no País.

7.2.4 No entanto, o parágrafo 1º do artigo 4º da IN nº 38/97 pretendeu vedar a aplicação do PRL, “quando o bem, serviço ou direito houver sido adquirido para emprego, utilização ou aplicação, pela própria empresa importadora, na produção de outro bem, serviço ou direito”. Idêntica restrição nunca existiu no texto da lei. Importante que se mencione, outrossim, que

³¹⁶ No Acórdão nº 16-25.208, de 05/05/10, da 5ª Turma da DRJ/SP, discorreu-se sobre o conceito de revenda para fins de apuração do preço-parâmetro pelo método PRL: “Preço de Transferência. Método PRL. Preço-parâmetro e Quantidade Sujeita a Ajuste. Conceito de Revenda. No conceito de ‘revenda’, utilizado tanto na apuração dos preços-parâmetro segundo o método PRL, quanto das quantidades sujeitas a ajuste, estão englobadas todas as saídas de mercadoria, seja como simples vendas do item, seja para serem utilizadas em assistência técnica ou suporte. Havendo a saída da mercadoria, a qualquer título, o seu custo é computado na apuração do resultado, e, no caso em tela, fica sujeito ao controle dos preços de transferência.”

³¹⁷ Para o caso de aquisição e revenda em períodos diferentes, cf. Acórdão nº 06-21.102, de 19/02/08, da 1ª Turma da DRJ-Curitiba/PR, e Acórdão nº 12-12.495, de 30/11/06, da 1ª Turma da DRJ/RJ: “Método PRL. Aquisição e Venda em Períodos Diferentes. Na aquisição de um produto, este fica registrado em conta de ativo (estoque) pelo seu custo original. Eventual excesso de custo, para fins de apuração de preços de transferência, já se encontra agregado a esse valor, devendo, portanto, ser adicionado na apuração do lucro real relativo ao período da revenda.”

a norma administrativa não cogitou sequer de estender a restrição aos casos de aplicação do método de revenda para as exportações (PVA e PVV).

7.2.4.1 Tendo em vista a inexistência de previsão legal da restrição à aplicação do PRL no caso de produção no País, parece lícito concluir que tal restrição somente poderia ser aceita se compatível com o princípio *arm's length*.

7.2.4.2 Já se mostrou acima que o princípio *arm's length*, em foros internacionais, atinge-se por qualquer dos três métodos apresentados. Mais ainda, ficou claro que a própria OCDE não restringe a aplicação do método do preço de revenda para os casos em que haja manufatura local. O que importa é o contribuinte ter condições de desdobrar sua contabilidade, demonstrando o quanto o processo produtivo local pode vir a influenciar o preço final. A questão é, assim, da maior ou menor dificuldade na aplicação do método, nunca de sua inaplicabilidade. Ao contrário, em casos de processos produtivos locais de menor importância, chega a OCDE a considerar até mesmo mais apropriado esse método³¹⁸.

7.2.4.3 Não foi só na lei, portanto, que não encontrou guarida a proibição constante da IN nº 38/97. Se o princípio *arm's length* é o condutor da legislação brasileira de preços de transferência, devem ser oferecidos ao contribuinte todos os meios para demonstrar que seus preços atendem àquele princípio, não sendo aceitável uma restrição, por parte das autoridades administrativas, a um método previsto pela lei.

7.2.4.4 Poder-se-ia argumentar que a restrição viria do texto original da própria lei, já que esta, referindo-se ao preço de revenda, pressupôs uma operação comercial, pela qual o contribuinte vende aquilo que comprou da empresa associada. Tampouco se defende, aqui, outro entendimento: o PRL exige uma operação de venda e é esse o aspecto objetivo do método. Também é certo que se deve vender algo que se adquiriu. O que não disse o legislador - nem a prática internacional - é que o bem revendido não pode, antes da revenda, sofrer qualquer modificação.

7.2.4.5 Finalmente, importa esclarecer que o ato normativo em questão não empregou o termo "industrialização", mas "produção"³¹⁹.

7.2.4.5.1 O primeiro termo é conhecido na legislação do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, compreendendo cinco processos dis-

³¹⁸ Cf. parágrafo 7.1.4 e seus subparágrafos.

³¹⁹ Não obstante, as autoridades administrativas brasileiras, por vezes, parecem entender "industrialização" e "produção" como sinônimos. É o que se vê no Acórdão nº 03-18.564, de 22 de setembro de 2006, da 2ª Turma da DRJ-Brasília/DF, onde se lê: "Método do Preço de Revenda menos Lucro - PRL O PRL 60% somente deverá ser utilizado quando houver agregação de valor no Brasil ao custo dos bens e serviços importados, ou seja, quando houver industrialização."

tintos: transformação, montagem, beneficiamento, acondicionamento e recondicionamento.

7.2.4.5.2 O termo "produção" não está definido e não há razão para imaginar-se ser ele tão amplo quanto o primeiro. Pressupondo que o ato normativo em questão baseou-se na expressão "revenda" para vedar o emprego do PRL quando houvesse "produção" no País, esta só pode ser compreendida como aquela etapa depois da qual o produto sofre tamanha mudança, que já não mais é possível dizer que se trata daquele mesmo produto.

7.2.4.5.3 Tal não é o caso nos processos de beneficiamento, acondicionamento e recondicionamento. Na montagem, pode ser possível fazer referência a um todo, sem que se mencionem as partes. Estas, entretanto, são plenamente localizáveis e individualizáveis, caracterizando, à toda prova, uma revenda.

7.2.4.5.4 Nesse sentido, o termo "produção" deve se restringir aos casos de "transformação" e, ainda assim, nem sempre. Com efeito, nos termos da legislação do IPI, basta que um produto obtenha nova classificação fiscal para que se tenha uma transformação. Ocorre que, muitas vezes, dão-se classificações fiscais diversas a produtos idênticos, conforme o estado em que se apresentem. Isso é muito comum para os produtos químicos. Ora, tal "transformação" não implica se perca o produto, que continua plenamente localizável e, portanto, sujeito a ser revendido, tal como entende a fiscalização.

7.2.4.5.5 Assim, mesmo que não se analisasse a eventual ilegalidade do texto da extinta IN nº 38/97, ele somente se aplicaria aos processos de "produção" que implicassem desnaturação do produto, que impedissem a constatação da revenda. Por exemplo, considerem-se os materiais intermediários (óleos, lixas e outros), importados e consumidos no processo produtivo: embora necessários à fabricação do produto final, com este não se confundem, não sendo, nesse sentido, "revendidos". Apenas com tal limitação, é que faria sentido defender a aplicabilidade da restrição imposta pela IN nº 38/97. Ainda assim, entretanto, a argumentação poderia sofrer justificadas críticas daqueles que argumentassem que também os produtos intermediários integraram o custo dos produtos finais e, em um sentido econômico, nada mais representam do que elos de uma mesma cadeia comercial, implicando, daí, até mesmo para aqueles produtos intermediários, uma revenda.

7.2.4.5.6 O tema foi enfrentado, no Brasil, por Fortunato Bassani Campos, que, em palestra a convite da Delegacia Regional de Julgamento de São Paulo, argumentava:

"Se eu importar um barril de azeitonas em salmoura e revender essas azeitonas em vidro, depois de devidamente beneficiadas e

limpas, ninguém vai negar que as azeitonas importadas no barril com salmoura são as mesmas azeitonas que eu pus no vidrinho e estou revendendo. O que vai ter que ser feito é apenas um ajuste para ver se há adaptação ao preço de revenda, ajuste este que não está na instrução normativa, mas decorre da natureza das coisas e do bom senso.

Outro exemplo: se eu importar um pozinho para alergia na pele, que dependa, para sua fixação na pele, da agregação de outro produto, que não altera em nada a essência do pozinho, destinando-se apenas a torná-lo um creme ou uma pomada, de maneira que o medicamento atinja os seus objetivos?

Eu posso também importar cápsulas, importar o pozinho e depois encapsular e vender. Isso é preço de revenda? E se eu solidificar o pó numa pílula? Também será preço de revenda? Seria outro produto e, para efeito de IPI, até é uma industrialização, mas do ponto de vista estritamente lógico e prático, não é. O medicamento final que eu estou vendendo é o mesmo. O fato de eu encapsular ou transformar o pozinho numa pílula e embalá-la para venda não altera basicamente o medicamento que eu comprei. O remédio, o efeito e o objetivo não sofreram alteração.

E os agregados, os aditivos, enfim os diluentes, o que for necessário para transformar o medicamento que eu importei em medicamento passível de digestão geram um custo mínimo e não aumentam o preço, na maior parte dos casos, mais que 5%; excepcionalmente, podem chegar no máximo a 10%, se for considerada a embalagem. De toda forma, é o mesmo produto, que é importado e revendido.³²⁰

7.2.4.5.7 O exemplo proposto por Bassani Campos, concernente à indústria farmacêutica, pode ser estendido a diversos produtos nos quais, conquanto ocorra uma transformação (no sentido da legislação do IPI), continua plenamente identificável o produto importado, demonstrando que a extensão da expressão "revenda" vai além da industrialização. Com efeito, na indústria farmacêutica, encontra-se a importação de elementos denominados "princípios ativos"³²¹. Tais substâncias decorrem de pesquisas

³²⁰ Cf. *op. cit.* (nota 205), pp. 28-29.

³²¹ Os Acórdãos nº 16-11.312, de 19/10/06, e nº 16-9.089, de 16/03/06, ambos da 7ª Turma da DRJ/SP, nº 08-6.653, de 12/08/05, da 3ª Turma da DRJ-Fortaleza/CE, nº 16-5.791, de 25/08/04, da 10ª Turma da DRJ/SP, e nº 16-4.377, de 24/11/03, da 5ª Turma da DRJ/SP concluíram ser possível a utilização do método PRL na determinação do preço de transferência de medicamentos importados prontos para a revenda, sendo, no entanto, necessária, a utilização dos procedimentos previstos na legislação pertinente ao tema.

efetuadas por seus fabricantes no exterior, que conseguem concluir que se oferecidas em determinadas dosagens, podem produzir um efeito desejado pelo consumidor (a cura). As indústrias locais, de regra, adquirem os princípios ativos em grandes quantidades, cabendo-lhes dividi-los nas quantidades recomendadas pela farmacologia. Ocorre que, assim divididos, não há possibilidade de venderem-se os princípios ativos, já que se estaria tratando, no mais das vezes, de substâncias microscópicas. Daí que a indústria local acrescenta-lhes outras substâncias, como água, açúcar ou outro excipiente, de modo a possibilitar seu consumo. Note-se: o princípio ativo é o mesmo. Também são os mesmos seus efeitos. Nada se modifica, senão a possibilidade de sua comercialização e consumo.

7.2.4.5.8 Do mesmo modo, no campo de defensivos agrícolas, verifica-se que as indústrias adquirem princípios ativos em embalagens que, depois de abertas, devem ser consumidas em poucos dias. Tendo em vista as grandes quantidades importadas, os importadores locais efetuam o processo denominado "formulação", que nada mais é do que a agregação de estabilizantes aos produtos, os quais em nada modificam a atuação do princípio ativo, mas que permitem que tais produtos fiquem expostos por mais tempo, sem deterioração. Nota-se, uma vez mais, que o defensivo agrícola coincide com o revendido, seja em sua composição, seja em seu efeito. O estabilizante apenas lhe dá maior durabilidade, para permitir a comercialização.

7.2.4.5.9 Tecidas tais considerações, parece oportuno referir à Decisão COSIT nº 01/99 (Processo nº 0880.018189/98-97), que tratou de consulta³²² formulada pela Associação Brasileira de Indústria Farmacêutica - ABIFARMA, especificamente sobre a extensão do método PRL na importação de princípios ativos da indústria farmacêutica. É o seguinte o seu teor³²³:

³²² Conforme dispõe a Solução de Consulta COSIT nº 49, de 06/02/07, "competem à COSIT solucionar consultas relacionadas a preços de transferência".

³²³ Houve numerosas decisões das delegacias da Receita Federal de julgamento alegando que não é possível a utilização do PRL, no período autuado, para efeito de determinação do preço de transferência de princípios ativos importados, utilizados na produção de medicamentos para o consumo final, por configurar a produção de outro bem. Nesse sentido, citem-se os Acórdãos nº 08-6.653, de 12/08/05, da DRJ-Fortaleza/CE; nº 16-17.252, de 27/05/08, nº 16-17.127, de 12/05/08, nº 16-11.655, de 21/11/06, nº 16-6.718, de 22/03/05, nº 16-4.534, de 15/12/03, todos da 5ª Turma da DRJ/SP; nº 16-6.469 e nº 16-6.470, de 10/02/05, ambos da 3ª Turma da DRJ/SP; nº 16-6.258, de 08/12/04, da 3ª Turma da DRJ/SP; nº 16-5.788 e nº 16-5.791, de 25/08/04, da 10ª Turma da DRJ/SP; nº 16-4.851, de 19/02/04, da 2ª Turma da DRJ/SP; nº 16-4.377, de 24/11/03, da 5ª Turma da DRJ/SP; nº 10-2.516, de 30/05/03, da DRJ-Porto Alegre/RS; nº 10-2.589, de 16/06/03, da 1ª Turma da DRJ-Porto Alegre/RS; nº 10-2.424, de 09/05/03, da 1ª Turma da DRJ-Porto Alegre/RS; nº 16-2.000, de

“Assunto: *Imposto de Renda Pessoa jurídica - Preços de Transferência*

Ementa: Não se aplica o Método do Preço de Revenda menos Lucro - PRL - para efeito de determinação do preço de transferência na produção de medicamentos para consumo final com utilização de princípios ativos importados para configurar produção de um outro bem.

Dispositivos legais: Lei nº 9.430/1996, arts. 18 a 24 e Instrução Normativa SRF nº 38/1997.

Relatório

Cuida-se de consulta formulada pela ABIFARMA - Associação Brasileira de Indústria Farmacêutica a respeito da interpretação e alcance da norma inserida no artigo 4º, parágrafo 1º da IN 38/97, que regulamentou os arts. 18 a 24 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, sobre preços de transferência em operações entre empresas vinculadas. O dispositivo exclui a aplicação do método Preço de Revenda menos Lucro - PRL - para fins de determinação do preço a ser utilizado como parâmetro nas importações, quando o bem, serviço ou direito houver sido adquirido para emprego, utilização ou aplicação, pela própria empresa importadora, na produção de outro bem.

2. Pleiteia a interessada a aplicação do método PRL para determinação dos preços de transferência na importação de princípios ativos, matéria-prima necessária à produção de medicamentos para consumo final.

3. Aduz a requerente:

‘Entende a consulente que a expressão ‘produção de outro bem’, constante da Instrução Normativa retrocitada, por estar inserida no regime jurídico de preço de transferência, subsumido ao imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza e à contribuição social sobre o lucro líquido, tem um significado mais próximo do econômico ou comercial de ‘transformação profunda do bem importado’, de tal sorte que dê nascimento a um outro bem, totalmente diferente, em suas características e finalidades, do bem importado.

Mais precisamente, as empresas importam da pessoa jurídica vinculada no exterior os ‘Princípios Ativo’, que, embora, tenham por si todas as funções terapêuticas e que têm por finalidade combater ou minorar doenças ou distúrbios patológicos de seres vivos, necessitam da adição de certos excipientes, ou seja, elementos inertes, diluentes ou aditivos, após o que são devidamente embalados pelas indústrias farmacêuticas importadoras para serem entregues ao consumo com nomes comerciais diversos.

Em outras palavras, da adição daqueles excipientes, tais como elementos inertes, diluentes ou aditivos, aos ‘princípios ativos’, não resultam, de forma alguma, outros bens ou produtos novos, diferentes dos ‘princípios ativos’ importados. Resultam, isso sim, simplesmente, em formulações ou preparações que, após devidamente embaladas, facilitam ou possibilitam a ingestão ou aplicação dos ‘princípios ativos’ importados do exterior, não tendo, portanto, de nenhum modo, o condão de alterar as características próprias, técnicas e científicas, ou as finalidades dos referidos ‘princípios ativos’.

4. Reporta-se ainda a interessada a pareceres exarados pela Consultoria Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo e pelo Tribunal dos Impostos e Taxas do Estado de São Paulo, que asseguram direito à isenção do Imposto de Importação para ‘produtos técnicos’ (inseticidas, herbicidas, formicidas, fungicidas, fertilizantes, etc.) oriundos de países signatários do GATT, com base na súmula 575 do STF.

5. Por fim, visando fundamentar seu posicionamento, anexa ao processo, relatório sobre a relevância do Princípio Ativo na composição do preço de venda e pesquisa internacional sobre a legislação de preços de transferência, bem como laudos técnicos assinados por profissionais ligados à USP e UFRJ.

Fundamentos Legais

6. Resume-se a consulta a esclarecer se a formulação de medicamentos para consumo final através da adição de excipientes (elementos inertes, diluentes ou aditivos) aos princípios ativos importados implica necessariamente a produção de um outro bem, conforme menciona o § 1º do art. 4º da I.N. 38/97.

7. Argumenta a consulente que as formulações e preparações a que são submetidos os princípios ativos não implicam a criação de produtos novos, mas tão somente facilitam/possibilitam a sua ingestão ou aplicação. Negligencia-se, assim, o fato de que essas matérias primas sofrem na verdade transformações, durante o curso da

26/11/02, nº 16-843, de 14/05/02, e nº 16-658, de 02/04/02, todos da 10ª Turma da DRJ/SP; nº 18-8.688, de 18/12/07, da 1ª Turma da DRJ-Santarém/PA; nº 12-9.178, de 16/12/05, da DRJ/RJ; nº 16-6.894, de 19/04/05, nº 16-4.534, de 15/12/03, nº 16-4.136, de 16/10/03, todos da DRJ/SP; Soluções de Consulta COSIT nº 09, de 30/05/03 e nº 13, de 16/07/02 e Decisões COSIT nº 01/99 e nº 368/99.

formulação e/ou preparação, que representam custos, importam em agregação de valor e resultam, por fim, em alteração de suas funções originais.

8. Em outras palavras, a interessada nada mais fez do que descrever o próprio processo produtivo do medicamento. É evidente constatar que as formulações/preparações aludidas coincidem com as fases de transformação do produto, ficando patente a agregação de valor em cada etapa através de intervenção de mão-de-obra e de máquinas sofisticadas até a obtenção do produto final.

9. De outra parte, a própria acepção léxica do vocábulo produção ratifica esse entendimento: '(Do latim *productione*) - 1 Ato ou efeito de produzir, criar, gerar, elaborar, realizar. 2. Aquilo que é fabricado pelo homem, e, especialmente, por seu trabalho associado ao capital e à técnica' (Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa);

10. É apropriado enfatizar ainda a produção, sob o enfoque econômico, é fabricação de um bem material ou prestação de serviços. A produção ocorre mediante a combinação de três elementos ou fatores de produção: o homem, os instrumentos de trabalho que ele usa e a terra. Ora, fabricar então contempla a agregação de valor à matéria-prima por intermédio de mão de obra e capital com a utilização de equipamentos, pressupondo obviamente infraestrutura adequada para tal.

11. Por outro lado, o RIR/94 em seu artigo 232, conceitua:

'Custo de Produção: O custo de produção dos bens ou serviços vendidos compreenderá, obrigatoriamente:

- o custo de aquisição de matérias-primas e quaisquer outros bens ou serviços aplicados ou consumidos na produção, observado o disposto no artigo anterior;
- o custo do pessoal aplicado na produção, inclusive de supervisão direta, manutenção e guarda das instalações de produção;
- os custos de locação, manutenção e reparo e os encargos de depreciação dos bens aplicados na produção;
- os encargos de amortização diretamente relacionados com a produção;
- os encargos de exaustão dos recursos naturais utilizados na produção.

12. Assim, no cômputo dos custos relacionados ao processo produtivo, são elencados os custos correspondentes a cada etapa da produção, ou seja, à sucessão de mudanças ocorridas no insumo/matéria-prima até atingir o *status* de produto dito acabado, que serão utilizados para fins de dedutibilidade do lucro real.

13. Corroborar essa asserção o fato do inciso II do art. 18 da Lei nº 9.430/96, ao definir a forma de cálculo do Método do Preço de Revenda menos Lucro - PRL -, limitar as deduções dos preços praticados nas transações aos descontos incondicionais, aos impostos e contribuições, às comissões e corretagens e à margem de lucro, despesas sabidamente ligadas à simples comercialização do produto. Parte-se do pressuposto, pois, de que não houve nenhuma agregação de valor, não sendo cabível então, a dedução de quaisquer itens relativos a custos.

14. Outro ponto a ser questionado na fundamentação apresentada consiste na diferenciação clara entre facilitar e possibilitar, igualmente desconsiderada pela empresa. O conceito absolutamente divergente de possibilitar, que induz à idéia de viabilizar, ou seja, 'tornar possível: O oxigênio possibilita a vida aos seres humanos' (Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa). Se os princípios ativos não sofressem formulações/preparações sua administração ao paciente resultaria impossível.

15. Há que se considerar também o aspecto comercial envolvido. A empresa adquire matérias-primas/insumos por atacado e comercializa - após vários processos de transformação - a varejo, um produto descaracterizando-se, conseqüentemente, a mera revenda de mercadorias.

16. Salienta-se, do até aqui exposto, que o art. 12 da IN SRF nº 38, de 1997, bem assim o parágrafo único do art. 4º desse ato, foram fiéis ao disposto no art. 18, *caput*, seu inciso II, §§ 1º e 3º, da Lei 9.430/96, prevendo o método de que se fala - PRL - como aplicável tão somente na situação de aquisição e posterior revenda do mesmo bem. Daí porque, voltamos a destacar, o sobredito artigo 12 permitir, na espécie, a dedução, do preço de revenda, unicamente dos gastos referidos no item 13 e da margem de lucro, não havendo menção a custos de produção típicos, conforme visto, nas atividades desenvolvidas pelas empresas representadas pelo consultante.

17. Ainda que subsidiariamente, não se deve olvidar que outra legislação federal - a do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) - já contempla na definição de industrialização, contida no art. 4º do RIPI, com a redação dada pelo Decreto nº 2.637, de 25.06.1998, casos que se adequam à concepção de produção aqui exaustivamente discutida.

18. Ajudam a elucidar a questão, igualmente, os conceitos de intermediário, especialidade e farmacêutico contidos no Anuário das Indústrias de Química Fina do Brasil (2ª Edição/1995): intermediário: moléculas puras com a finalidade de uso numa etapa de industrialização subsequente, quer como matéria-prima de

uma nova reação química (intermediário de síntese), quer como constituinte de uma mistura (intermediário de uso);

especialidade: são os produtos de química fina em que sua natureza, composição, etc. tem pouca ou nenhuma importância para o usuário. Seu valor está intrinsecamente ligado à função que desempenham, ao serviço que possam prestar;

farmacêutico: são as especialidades farmoquímicas humanas (medicamentos humanos).

19. A fronteira entre o princípio ativo importado - intermediário - e o medicamento formulado com a adição de excipientes - especialidade - é claramente delimitada nessa bibliografia técnica, inexistindo, por conseguinte, respaldo à alegação da interessada de que os produtos farmacêuticos obtidos dos princípios ativos com eles se confundem.

20. Esse entendimento ganha relevo em função da classificação apartada dos produtos químicos e dos medicamentos, de acordo com a Organização Mundial de Aduanas - OMA - aprovada pelo Sistema Harmonizado - SH, Capítulos 29 e 30, respectivamente, e indica que a diferenciação é consenso mundial.

21. O capítulo 29 do SH contempla compostos orgânicos de constituição química definida, apresentados isoladamente, mesmo contendo impurezas. Por outro lado, com base nas notas do capítulo 30 da Nomenclatura Comum do Mercosul (Decreto nº 1.343/94, com a redação atual dada pelo Decreto nº 2.367/97), com o auxílio das notas explicativas do SH e ainda fazendo uso das regras gerais para interpretação do SH (1-6) e a regra geral complementar RGC-1, todos os produtos farmacêuticos alocados no Capítulo 30 constituem-se numa nova espécie, mesmo que possuam somente um princípio ativo. Também por esta linha de raciocínio, portanto, conclui-se pela produção de um novo bem na hipótese em exame.

22. Quanto à concessão de isenção conferida pela Consultoria Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo e pelo Tribunal dos Impostos e Taxas do Estado de São Paulo a empresas locais, mister se faz enfatizar que sua base legal ateu-se ao contido na Súmula 575 do STF, de 03.01.77 - 'à mercadoria importada de país signatário do Gatt, ou membro da ALALC, estende-se a isenção do imposto sobre circulação de mercadorias concedida a similar racional' - o que, ao nosso ver, não guarda relação com o assunto em lide.

23. Relativamente à pesquisa internacional juntada para fins de comparativo com a legislação brasileira, observa-se que em nenhum país o Método do Preço de Revenda aparece como primeira

opção para determinação dos preços de transferência, importando lembrar que no México é proibida a utilização do PRL quando o medicamento for composto de mais de um princípio ativo. É mister considerar-se, de qualquer sorte, que o intérprete deverá cingir-se, em sua análise, às disposições contidas na legislação nacional que versam sobre a espécie - no caso, a Lei nº 9.430, de 1996 e a Instrução Normativa SRF nº 38, de 1997-, procedimento aqui adotado.

Conclusão

24. Ante todo o explanado, conclui-se que a produção de medicamentos para consumo final com a utilização de princípios ativos importados, se enquadra no conceito de 'produção de outro bem', conforme menciona o parágrafo 1º do art. 4º da IN nº 38/97, impossibilitando a aplicação do Método do Preço de Revenda menos Lucro - PRL - para efeito de determinação do preço de transferência do insumo importado."

7.2.4.5.10 Andou mal a Coordenação-Geral do Sistema da Tributação.

7.2.4.5.10.1 Com efeito, já nos parágrafos 7º e 8º, nota-se a confusão, sobre a qual já se alertava acima³²⁴, entre produção e transformação: nem toda transformação (enquanto mera mudança de critério de classificação fiscal) implica produção. Se um produto passa por um processo de "transformação", não deixa ele de ser revendido. É falacioso o argumento de que revenda e industrialização excluem-se. Nada impede que uma empresa adquira um produto, submeta-o a um processo industrial e depois o revenda³²⁵.

7.2.4.5.10.2 A falácia torna-se mais evidente ao tomar-se o "enfoque econômico", já sugerido no parágrafo 8º e expresso no parágrafo 10, quando a COSIT iguala o fenômeno de fabricação à "agregação de valor à matéria-prima por intermédio de mão de obra e capital com a utilização de equipamentos, pressupondo obviamente infra-estrutura adequada para tal". Toda a teoria econômica posterior a Adam Smith já reconhece no trabalho a fonte de agregação de valor. Vincular apenas à fase de criação

³²⁴ Cf. em especial o parágrafo 7.2.4.5.5, *supra*.

³²⁵ Não foi esse, entretanto, o entendimento que prevaleceu entre os julgadores de primeira instância administrativa. Para eles, a aplicação do método PRL ficaria limitada aos produtos revendidos sem alterações em suas características originais. Cf. Acórdão nº 16-6.317, de 21/12/04, da 5ª Turma da DRJ/SP. No mesmo sentido, os Acórdãos nº 05-5.650, de 19/12/03, e nº 05-3.716, de 27/03/03, ambos da 1ª Turma da DRJ-Campinas/SP estabeleceram que "não é livre de qualquer restrição a escolha do método do cálculo do preço parâmetro. Se a empresa do contribuinte, posta sob fiscalização, extravasa os lindes da revenda de mercadorias, lhe será vedada a aplicação do Método do Preço de Revenda Menos Lucro - PRL."

do produto a agregação de valor é negar o fato óbvio de que na comercialização agrega-se trabalho e, conseqüentemente, valor ao produto oferecido ao consumidor final. Não fosse assim, nada justificaria o lucro dos comerciantes. Tampouco a ligação da fase produtiva à “utilização de equipamentos, pressupondo obviamente infra-estrutura adequada para tal” resiste ao fato de que na economia moderna todas as fases de circulação de um bem exigem vultosíssimos investimentos em equipamentos. Qualquer dúvida acerca dessa afirmação esvai-se com uma mera visita a um armazém, onde se encontram sofisticadíssimos equipamentos de logística. Mais próximos do dia a dia do consumidor estão os caixas eletrônicos, encontrados em supermercados. Daí o notório erro em definir produção a partir do valor agregado ou dos equipamentos envolvidos.

7.2.4.5.10.3 O artigo 232 do antigo RIR/94 conceituava, por certo, o custo de produção, como bem lembra o parágrafo 11 do texto acima reproduzido. Não é correta, entretanto, a afirmação de que esse dispositivo conceituava “produção”: ao contrário, ele o tem por pressuposto. Ademais, em nada se confundem os escopos do artigo 232 do RIR/94 e da Lei nº 9.430/96. Já se disse que na hipótese de algum processo industrial local, será necessário, para a aplicação adequada do PRL, excluir os custos locais (e o lucro inerente à industrialização local), e com tal finalidade é que será útil o conceito de custo de produção, acima referido.

7.2.4.5.10.4 Não convence, tampouco, a distinção entre “facilitar” e “possibilitar”, sugerida na resposta à consulta. Parece seu autor entender que a “facilitação” não compreenderia produção, enquanto a “possibilitação” implicaria processo produtivo. Os limites entre ambas as hipóteses, no caso dos princípios ativos, não ficam tão claros. Conquanto não seja impossível a administração direta dos princípios ativos, é claro que ela é muito mais fácil quando àqueles se acrescentam substâncias excipientes. Nesse sentido, parecem os excipientes “facilitadores”, não “possibilitadores”.

7.2.4.5.10.5 A argumentação tecida no parágrafo 15, sobre o “aspecto comercial envolvido”, revela a essência da questão: as empresas adquirem bens por atacado e os comercializam a varejo. Ao contrário do que afirmam as autoridades, fica plenamente caracterizada uma revenda. A circunstância específica do caso está em que a revenda a varejo exige o desdobramento do produto adquirido no atacado em quantidades tão pequenas que seria difícil sua comercialização, não se acrescentassem as substâncias excipientes acima referidas.

7.2.4.5.10.6 A aplicação subsidiária da legislação federal acerca do IPI já foi examinada acima³²⁶.

³²⁶ Cf. parágrafo 7.2.4.5 e seus subparágrafos.

7.2.4.5.10.7 Ao conceituar como “intermediário” o princípio ativo importado (parágrafo 19), a consulta não atenta para sua definição, que pressupõe seu uso numa etapa de industrialização subsequente, que constitui, exatamente, o cerne da questão, acima comentado. Ademais, não é exato que todo princípio ativo constitua “moléculas puras”, como define o Anuário citado; ao contrário, de regra são os princípios ativos resultado de vultoso processo industrial.

7.2.4.5.10.8 O recurso ao Sistema Harmonizado, referido nos parágrafos 20 e 21, apenas confirma o que se disse acima com relação ao fato de que nem toda transformação implica produção. O primeiro termo indica qualquer mudança na classificação fiscal de um bem (baseada no Sistema Harmonizado), enquanto o segundo exige verdadeira desnaturação. Nem mesmo a resposta à consulta acima reproduzida nega que os princípios ativos importados não são desnaturados, quando vendidos em sua apresentação final.

7.2.4.5.10.9 Conquanto não se tenha acesso à pesquisa internacional referida, nota-se que a própria resposta à consulta revela, no item 23, que apenas o México faz restrições ao uso do PRL e somente quando o medicamento for composto de mais de um princípio ativo. Apenas se confirma o que se disse acima acerca de o princípio *arm's length* conviver com a aplicação do PRL, inclusive quando há alguma etapa de produção no País. Quanto a ser esta a primeira opção, ou não, já se mencionou que no âmbito da OCDE, vige a fungibilidade dos métodos, não cabendo referir a “primeira opção”. Difícil acreditar, assim, que a pesquisa revele uma “primeira opção” e, ainda que esta exista, dependerá do caso concreto. Tratando-se de produtos farmacêuticos, nota-se que, de regra, o emprego do PRL não é a “primeira” opção, senão a única, já que dificilmente se encontram preços independentes comparáveis aos princípios ativos importados e, ademais, o custo de produção implica considerar as atividades de pesquisa e desenvolvimento. Sobre esse tema voltar-se-á a seguir.

A Vedação Imposta pela IN nº 38/97 no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

7.3 Os primeiros acórdãos do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, então chamado Conselhos de Contribuintes, a respeito de preços de transferência versavam, basicamente, sobre o tema em questão, qual seja, a utilização do método PRL para bens importados que sofrem algum tipo de modificação no País antes da revenda, e a limitação imposta pela IN nº 38/97³²⁷.

³²⁷ Analisando essa e outras questões de preços de transferência discutidas no âmbito do CARF, cf. Raquel Novais e Marco Antônio Behrnt, “A Interpretação das Regras

7.3.1 Foi amplamente majoritário o entendimento de que a IN nº 38/97 extrapolou os limites legais ao impor aos contribuintes uma restrição inexistente na Lei nº 9.430/96.

7.3.2 Como primeiro exemplo, cite-se o Acórdão nº 101-94.628, de 07/07/04, da extinta 1ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda.

7.3.2.1 Decidiu-se, no referido acórdão, que na determinação do lucro real são dedutíveis os custos, despesas e encargos relativos a bens, serviços e direitos, constantes dos documentos de importação ou de aquisição, nas operações efetuadas com pessoas vinculadas, até o valor que não exceda o preço determinado dentre um dos métodos até então existentes (PIC, PRL e CPL).

7.3.2.2 Desse modo, não havendo limitações legais ao uso do método PRL para os bens importados que sofrem algum tipo de manipulação no País antes de serem revendidos, não é possível que a Administração, através de instrução normativa, possa vedar a utilização do referido método.

7.3.2.3 Portanto, para autuações anteriores ao advento da Lei nº 9.959/00, utiliza-se o PRL sem restrições - a vedação veiculada pela IN nº 38/97 agride a lei de regência (Lei nº 9.430/96).

7.3.2.4 Finaliza o Relator, Conselheiro Paulo Roberto Cortez, afirmando que "em suma, conclui-se que o PRL foi definido pela Lei nº 9.430/96, para a quantificação de preço-parâmetro na importação de quaisquer bens, inclusive daqueles que tenham sido objeto de algum processo industrial".

7.3.3 De modo análogo, a então chamada 3ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes decidiu, no Acórdão nº 103-21.859, de 24/02/05, que para o ano-calendário de 1997, a Lei nº 9.430/96 facultou ao contribuinte a escolha de qualquer um dos três métodos (PIC, PRL ou CPL) para a determinação dos preços-parâmetros. Desta maneira, a IN nº 38/97 teria claramente extrapolado os limites legais.

7.3.4 Embora no Acórdão nº 101-94.863, de 24/02/05, da antiga 1ª Câmara, tenha sido dado provimento ao recurso, que versava justamente sobre a aplicação do PRL e a limitação da IN nº 38/97, deve-se citar o voto vencido do Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior.

7.3.4.1 O Conselheiro indagava se, de fato, a vedação constante da Instrução Normativa teria ferido um direito conferido por lei ao contribuinte, ou o PRL, na forma como é adotado pelo Brasil, é inaplicável em casos de produção.

de Preços de Transferência pelo Conselho de Contribuintes", *Revista de Direito Tributário Internacional* vol. 6, ano 2, São Paulo: Quartier Latin, agosto de 2007, pp. 61-99.

7.3.4.2 Disse o Conselheiro em seu voto:

"O cálculo do PRL é sempre de cima para baixo, ou seja, parte-se do preço praticado com empresa independente para, retirando-se algumas parcelas e uma determinada margem bruta, alcançar o preço parâmetro.

O método é absolutamente incompatível, particularmente em nosso sistema fechado, com o cálculo de preços parâmetros para insumos, valores que estão no início da cadeia de produção, e sobre os quais outros fatores de produção são adicionados até a formação final de um preço de venda. Ao se retirar uma margem bruta do preço de venda líquido não se estará chegando a qualquer parâmetro de preço independente para insumos, mas tão somente para produtos adquiridos para revenda."

7.3.4.3 De acordo com tal raciocínio, antes do advento da Lei nº 9.959/00 não se poderia, tecnicamente, utilizar o PRL, sendo a legislação aplicável somente aos casos de pura revenda. Deste modo, a IN nº 38/97 não teria violado direitos, mas apenas destacado uma impossibilidade técnica, já que "o simples fato de haver agregação de outros fatores de produção já seria suficiente a limitar a aplicação do método PRL, na conformação adotada pelo Brasil, antes da Lei 9.959/2000".

7.3.4.4 O argumento do Conselheiro, conquanto erudito, não convence. Afinal, em síntese, o que o Conselheiro alega é a falta de previsão legal para a dedução de qualquer parcela de valor agregado local, na aplicação do método PRL. Em outras palavras, entende o Conselheiro que para que o método PRL pudesse ser aplicado aos casos de produção local, necessário seria que a fórmula legal tivesse três itens, a saber:

$$PRL = PLv - M - VA$$

Onde:

PLv = preço líquido de venda, já deduzido dos descontos, comissões e tributos

M = margem de lucro (na época, 20% em todos os casos)

VA = valor agregado local

7.3.4.5 Ora, como o texto original da Lei nº 9.430/96 não previa a dedução da parcela concernente ao valor agregado local, concluiu o Conselheiro pela incompatibilidade do método com os casos em que se agregasse valor local.

7.3.4.6 A construção teórica ali lançada esvai-se quando se tem em conta que o método PRL, internacionalmente, contempla margens de lucro brutas, não líquidas. Ou seja: a margem de lucro deve ser ampla o suficiente para compreender todos os custos locais, além da própria remuneração (margem líquida) do revendedor.

7.3.4.7 Assim, não há necessidade de o legislador prever a dedução de uma parcela a título de “valor agregado local”, bastando que se entenda que a margem de lucro compreende aquele valor.

7.3.4.8 Esse ponto parece evidenciar-se quando se tem em conta que mesmo nos casos em que não ocorra qualquer processo industrial no País, ainda assim, se pode cogitar de custos locais. Considerem-se, por exemplo, os gastos com a distribuição, promoção, armazenagem etc, além da própria proteção à marca e patentes envolvidas. Tivesse o legislador cogitado de margem líquida, então se exigiria, para qualquer processo de revenda, que se extirpassem todos os gastos locais. Restaria, então, a seguinte fórmula:

$$\text{PRL} = \text{PLv} - \text{M} - \text{CD} - \text{CA} - \text{CP} - \text{OC}$$

Onde:

PLv = preço líquido de venda, já deduzido dos descontos, comissões e tributos

M = margem de lucro

CD = custo de distribuição

CA = custo de armazenagem

CP = custo de promoção

OC = outros custos locais

7.3.4.9 Levando-se ao extremo o argumento do Conselheiro, concluir-se-ia que na falta de previsão legal para a dedução dos gastos de distribuição, armazenagem, promoção e outros custos locais, não seria possível aplicar o método PRL para os casos em que tais gastos fossem incorridos.

7.3.4.10 O recurso ao argumento pelo absurdo foi necessário para evidenciar que *sempre* haverá gastos incorridos pelo revendedor local; estes gastos estarão, necessariamente, compreendidos em sua margem de lucro que, por essa razão, é bruta. Assim, sejam os gastos com distribuição, armazenagem ou promoção, sejam os com a agregação de itens ao produto final, todos eles estarão compreendidos na margem de lucro bruta prevista para a aplicação do método PRL.

7.3.4.11 Conclui-se, assim, que o método PRL não é incompatível com a existência de custos locais, nada impedindo sua aplicação para as hipóteses de agregação de itens ao produto final.

7.3.4.12 O que deve ser notado, por outro lado, é que a margem de lucro deve ser dotada de flexibilidade suficiente para poder refletir todos os custos locais, além da própria remuneração do revendedor. Aqui se recai, entretanto, no tema da possibilidade de revisão das margens de lucro o que, como já visto, sempre foi possível nos termos do artigo 20 da Lei nº 9.430/96.

7.3.4.13 Assim, no lugar de cogitar-se impossibilidade legal de aplicação do método PRL para os casos de produção local, deve-se afirmar que o método sempre foi possível. Caberia à Administração, no lugar de afastar o método, confirmá-lo e, valendo-se do que previa o artigo 20 da Lei nº 9.430/96, editar regras específicas para a apuração da margem de lucro bruta nos casos de produção local.

7.3.5 A falta de regras da própria Administração, entretanto, não impede que o contribuinte aplique o método PRL, cabendo-lhe apenas assegurar que a margem de lucro adotada não contrarie o princípio *at arm's length*, conforme discutido acima. Certo está que a apuração de tal margem deve ser feita com todo o cuidado, tendo em vista que não é fácil apurar a margem adequada para cobrir os custos locais; a dificuldade na apuração da margem, entretanto, não implica impossibilidade de utilização do método. Como visto no parágrafo 7.1.4.3, acima, que reproduziu o parágrafo 2.29 das *Guidelines* da OCDE, a questão é, apenas, de maior ou menor dificuldade para apuração da margem: “it may be more difficult to use the resale price method to arrive at an arm's length price where, before resale, the goods are further processed or incorporated into a more complicated product so that their identity is lost or transformed (e.g. where components are joined together in finished or semi-finished goods).” Fala-se, pois, em dificuldade, não em impossibilidade.

7.3.6 É positivo, portanto, constatar que apesar dos votos divergentes, prevaleceu, no extinto Conselho de Contribuintes e atual CARF, o entendimento que a IN nº 38/97 restringiu indevidamente a aplicação do método PRL como método de apuração do preço-parâmetro de insumos destinados a produção de outro bem. Nesse sentido, citem-se ainda os Acórdãos nº 101-94.624, de 07/07/04, nº 101-94.859³²⁸, de 23/02/05, nº 101-94.888, de 17/03/05, nº 101-95.107, de 10/08/05, nº 101-95.526, de 24/05/06, nº 107-08.725, de 20/09/06, nº 105-16.472, de 23/05/07, nº 105-16.718, de 17/10/07, CSRF nº 01-05.734, de 03/12/07, CSRF nº 01-05.782 e CSRF nº 01-05.784, ambos de 04/12/07, nº 108-09.551, de 05/03/08, nº 101-96.678, nº 101-96.682 e nº 107-09.363, todos de 17/04/08, nº 107-09.490, de 16/09/08, CSRF nº 01-06.073, de 11/11/08, CSRF nº 101-97.102, de 04/02/09, nº 1102-00.501, de 03/08/11, nº 1101-00.407, de 26/01/11 e CSRF nº 9101-001.349, de 15/05/12. Em sentido contrário, aceitando a restrição imposta pela IN nº 38/97, o Acórdão nº 103-22.125, de 19/10/05³²⁹.

³²⁸ A íntegra do referido acórdão foi publicada na *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 124, São Paulo: Dialética, janeiro de 2006, pp. 162-178.

³²⁹ “IRPJ - Glosa de Custos - Preço de Transferência - A Instrução Normativa SRF nº 38, de 1997, é norma complementar, nos termos do inciso I do art. 100 do Código Tributário Nacional, tendo como fundamento de validade o disposto nos artigos 18,

7.3.7 Sobre o tema, é interessante ver a decisão proferida no Acórdão nº 1302-00.362, de 01/09/10, em caso no qual a fiscalização pretendeu aplicar o método PRL em importação seguida de produção local, ocorrida na vigência da IN nº 38/97, sob o argumento de que a jurisprudência do Conselho de Contribuintes lhe seria favorável. Entenderam os julgadores que a fiscalização, vinculada aos atos expedidos pela Receita Federal do Brasil, não poderia ignorar a vedação contida na referida IN, conquanto o Conselho a tomasse por ilegal; para os julgadores, a proibição poderia valer a favor do contribuinte, e nunca contra.

Sistemática Legal a partir de 1º de Janeiro de 2000 - O Advento da Lei nº 9.959/00 - Regras Aplicáveis até 2012

7.4 No início do ano de 2000, foi editada a Lei nº 9.959/00, que teve sua origem na Medida Provisória nº 1.924/99, a qual explicitou a possibilidade, outrora vetada pela IN nº 38/97, de aplicação do método PRL para os bens importados aplicados à produção local.

7.4.1 A edição da referida lei serviu para trazer mais um argumento favorável à adoção do método PRL aos casos de produção legal, ainda que antes de sua publicação.

7.4.2 Com efeito, buscando fundamentar o entendimento exarado na IN nº 38/97, as autoridades fiscais alegavam que a vedação do emprego do método PRL aos casos de produção local estaria no próprio texto legal, que, empregando o termo “revenda”, teria excluído qualquer caso em que não houvesse mera revenda. Neste sentido, a produção local implicaria inexistir revenda propriamente dita.

7.4.3 Se fosse correto tal entendimento, então não haveria como explicar que o legislador tenha continuado a se referir ao método do “preço de revenda menos lucro”, enquanto expressamente se refere à produção local. Ou seja: o legislador de 2000 confirma que não há incompatibilidade entre um método de revenda e uma produção local.

7.4.4 O que fez, então, o legislador de 2000? Ele não “autorizou” a adoção do método PRL?

7.4.5 Decididamente, não. Já em 1996, fora autorizada, porque não proibida nem incompatível com o sistema, a utilização do método PRL nos casos de produção local. O que se deu em 1999 foi, simplesmente, um *des-*

21 e 23 da Lei nº 9.430, de 1996. Nesse sentido, é válida a vedação ao método conhecido como preço de Revenda menos Lucro - PRL, quando o bem importado de pessoa vinculada houver sido adquirido para emprego, utilização ou aplicação na produção de outro bem.”

dobramento do método, que passou a contemplar margens diversas, conforme ocorra, ou não, produção local³³⁰.

7.4.5.1 Cabe insistir num ponto: a Lei nº 9.959/00 não introduziu um quarto método para o controle das importações, ao lado dos já existentes PIC, PRL e CPL. Houve, apenas, uma nova formulação do PRL, com o desdobramento das margens de lucro.

7.4.5.2 Esse comentário se faz relevante porque se um importador adquirir produtos que sejam parcialmente revendidos na forma como se encontram e em parte empregados na produção, então a aplicação do método PRL exigirá que se considerem ambas as circunstâncias, apurando-se o preço-parâmetro por critério de média ponderada das duas situações³³¹.

7.4.5.2.1 Naturalmente, se o componente for revendido em sua forma original apenas a pessoas vinculadas, então tais operações serão desprezadas e o PRL apenas se apurará com base nos bens aplicados à produção. Inversamente, se os bens aplicados à produção apenas forem vendidos a pessoas ligadas, tais vendas serão desprezadas. Num e noutro caso, o PRL se apurará pelas vendas a terceiros e o preço-parâmetro assim apurado se estenderá a todas as operações.

7.4.6 Conforme o novo texto, a margem de lucro estabelecida passava a ser diversa nos casos de agregação local de valor. Confira-se:

³³⁰ No mesmo sentido, extrai-se o seguinte excerto do voto do Conselheiro Paulo Roberto Cortez, da 1ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes: “Ou seja, não foi a Lei 9.959 que passou a permitir a utilização do método PRL para os produtos submetidos à industrialização, pois essa possibilidade já estava prevista na Lei 9.430, sendo que a lei nova veio confirmar essa possibilidade, além de adicionar um novo critério de qualificação. A única inovação trazida pela citada lei foi tão-somente a diferenciação do percentual de lucratividade para a utilização do PRL, no caso de processo de industrialização no Brasil de produto importado.” (Acórdão nº 101-95.107, sessão de 10 de agosto de 2005, *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 126, São Paulo: Dialética, março de 2006, pp. 166 a 178 (176))

³³¹ A entender pela ponderação entre os resultados apurados no caso de bens revendidos e empregados na produção, Acórdão nº 16-34.062, de 04/10/11, da 5ª Turma da DRJ/SP; Acórdão nº 16-36.779, de 22/03/12, da 1ª Turma da DRJ/SP; Acórdãos nº 16.38-901, 16.38-902 e 16.38-903, todos de 16/05/12, da 1ª Turma da DRJ/SP. No sentido contrário, *i.e.*, de que o PRL com margem de lucro de 60% seria, na verdade, um novo método, cf. Acórdão nº 16-26.637, de 10/09/10, da 5ª Turma da DRJ/SP: “Preços de Transferência. PRL20 e PRL60 Métodos Distintos. Preço-parâmetro mais Favorável. Considerando que o PRL20 e o PRL60 (Preço de Revenda menos Lucro de 20% e 60%, respectivamente) são métodos distintos de apuração do preço-parâmetro e que a legislação relativa aos preços de transferência não permite a aplicação de mais um método de avaliação para o mesmo produto, deve-se adotar como preço-parâmetro o mais favorável ao contribuinte. Mantém-se, dessa forma, os ajustes efetuados pela fiscalização relativos ao método PRL20 (não contestados especificamente), exonerando-se os relativos ao PRL60 (no caso, menos favoráveis).”

“Art. 2º A alínea ‘d’ do inciso II do art. 18 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

‘d) da margem de lucro de:

1. sessenta por cento, calculada sobre o preço de revenda após deduzidos os valores referidos nas alíneas anteriores e do valor agregado no País, na hipótese de bens importados aplicados à produção;

2. vinte por cento, calculada sobre o preço de revenda, nas demais hipóteses.” (g.n.)

7.4.7 Assim como as demais margens fixadas pelo legislador, também aqui não se encontrou qualquer indicação da razão porque se determinou o percentual de 60%.

7.4.8 Entretanto, é de se notar que o texto legal não parecia exigir que o importador tenha um lucro de 60% em suas operações. A “margem” a que se referia o legislador não parecia calcular-se sobre o preço de revenda (bruto ou líquido), mas sobre o referido preço, diminuído, dentre outros itens, “do valor agregado no País”. Deste modo, quanto maior o valor agregado no País, menor seria a margem exigida pelo legislador. A racionalidade econômica da referida margem será discutida adiante.

7.4.8.1 Interessante observar aqui que, enquanto a margem de 20% se calculava sobre o preço de venda, a base para a margem de 60% era claramente menor. Por exemplo, os descontos e os tributos não eram extraídos da base de cálculo da margem de 20%, mas o eram, quando o legislador passava ao cálculo da margem de 60%.

7.4.9 Posteriormente à edição da Lei nº 9.959/00, a Receita Federal editou a IN nº 113/00, que foi, no que tange à aplicação do PRL nos casos de produção local, confirmada pela Instrução Normativa que a revogou, a de nº 32/01.

7.4.10 Seguindo os termos da Lei nº 9.959/00, as autoridades fiscais, assim interpretaram a forma de cálculo do método PRL seguido de produção local (artigo 12, da IN SRF nº 32/01):

“§ 10. O método de que trata a alínea ‘b’ do inciso IV do *caput* será utilizado na hipótese de bens aplicados à produção.

§ 11. Na hipótese do parágrafo anterior, o preço a ser utilizado como parâmetro de comparação será a diferença entre o preço líquido de venda e a margem de lucro de sessenta por cento, considerando-se, para este fim:

I - preço líquido de venda, a média aritmética dos preços de venda do bem produzido, diminuídos dos descontos incondicionais concedidos, dos impostos e contribuições sobre as vendas e das comissões e corretagens pagas;

II - margem de lucro, o resultado da aplicação do percentual de sessenta por cento sobre a média aritmética dos preços de venda do bem produzido, diminuídos dos descontos incondicionais concedidos, dos impostos e contribuições sobre as vendas, das comissões e corretagens pagas e do valor agregado ao bem produzido no País.”

A Questão do Valor Agregado³³²

7.5 Aparentemente, o posicionamento mais adequado para a determinação do *quantum* a ser considerado como valor agregado ao bem produzido no País (VA) poderia considerar três hipóteses:

1) VA = Preço líquido de venda - custo do bem importado;

2) VA = Custo total - custo do bem importado;

3) VA = Custo de fatores locais (mão de obra, materiais secundários etc).

7.5.1 Para a análise da situação mais apropriada, é necessário que se verifique o sentido da própria expressão “valor agregado”.

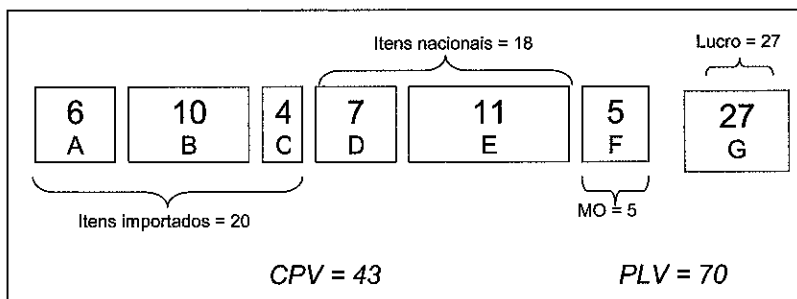
7.5.2 Em primeiro lugar, parece que “valor agregado” é expressão que tem alcance muito superior a “custo”. Valor agregado é, como o próprio nome diz, todo o valor que se soma a um valor inicial para compor um valor final ou provisório. Assim, o valor agregado para fins do Imposto sobre Valor Agregado europeu, por exemplo, é exatamente a diferença entre o preço de venda de um produto e o seu preço inicial de compra, incluindo custo, lucro e qualquer outra adição.

7.5.3 Em segundo lugar, não faria muito sentido supor que o legislador queira dizer “custo” com a expressão “valor agregado”. A expressão “custo” é precisa e conhecida o suficiente para não necessitar de uma substituta. Se o legislador queria dizer custo, com certeza usaria essa expressão e não outra que pudesse causar confusão.

7.5.4 Ademais, a expressão “valor agregado no País” que constava da lei, indicava uma intenção de separar o valor de um bem importado, do valor somado a ele no Brasil. Tudo o que não fosse “agregado no País” ao bem, portanto, seria algo que comporia o seu próprio custo.

³³² Sobre o tema do “valor agregado”, cf. o excelente estudo de Victor Borges Polizelli o qual, não obstante chegar a conclusões diversas das que aqui se apresentam, traz interessantes questões da economia e da contabilidade para o debate sobre o referido conceito. Victor Borges Polizelli, “Parâmetros para a Definição de Valor Agregado e Interpretações Possíveis da Lei nº 9.959/2000 quanto ao Método PRL de Preços de Transferência”, *Revista de Direito Tributário Internacional* vol. 2, ano 1, São Paulo: Quartier Latin, fevereiro de 2006, pp. 203 e ss.

7.5.5 A partir desses conceitos, torna-se possível encontrar a melhor solução para a expressão “valor agregado”. A representação gráfica procura facilitar a compreensão do conceito:



7.5.5.1 Uma primeira interpretação poderia entender por “valor agregado” a somatória dos custos nacionais do produto vendido. Na representação gráfica, seria igual à somatória das parcelas “D”, “E” e “F”, independente do produto importado em análise.

7.5.5.1.1 Trata-se de posição conservadora, uma vez que restringe a abrangência do termo “valor agregado” apenas aos itens nacionais, enquanto a lei utilizava a expressão “valor agregado ao bem produzido no País”.

7.5.5.1.2 Ao considerar como valor agregado no País apenas o custo de produção local, essa hipótese imputaria a margem de lucro sobre a soma de todos os bens importados aplicados à produção mais a totalidade do lucro auferido, a fim de calcular o preço-parâmetro de um só bem importado. Não faria sentido exigir-se uma margem de lucro sobre a totalidade dos bens que não fossem nacionais, quando o preço-parâmetro estaria sendo calculado em relação a um só deles.

7.5.5.1.3 Ademais, essa interpretação desconsideraria o fato de que os demais itens importados (na figura acima, os itens “B” e “C”) teriam sido agregados ao bem examinado (na figura, o item “A”) no País. Ou seja: tanto os itens importados, como os itens nacionais, teriam sido agregados *no País* ao bem em questão.

7.5.5.1.4 Deve ser afastada, portanto, essa interpretação restritiva do conceito de “valor agregado”.

7.5.5.2 Outra interpretação possível para a expressão “valor agregado” seria a diferença entre o custo total do bem produzido e custo do produto em análise. Na representação gráfica acima, ter-se-ia, para o item importado “A”, a somatória das parcelas “B”, “C”, “D”, “E” e “F”, ou seja, o custo total do bem vendido menos o custo do bem em análise.

7.5.5.2.1 Essa interpretação teria a seu favor o argumento de que a expressão “valor agregado ao bem produzido no País” utilizada pela IN nº 32/01 não parece representar uma restrição à inclusão de itens importados ao valor agregado. Afinal, os itens “B” e “C”, conquanto importados, foram agregados *no País*.

Finalmente, é possível sustentar que “valor agregado” seria a diferença entre o preço de venda e o custo do produto em análise: para o item importado “A”, na representação acima o valor agregado corresponderia à somatória das parcelas “B”, “C”, “D”, “E”, “F” e “G”.

7.5.5.3.1 Apesar de o lucro da operação enquadrar-se no conceito econômico de valor agregado no País, trata-se de interpretação bastante arrojada, uma vez que extrapolaria o custo de produção do bem vendido, o que, em alguns casos, tornaria impossível o cálculo segundo esse método. Ademais, essa interpretação implicaria um cálculo de margem “por dentro”, já que incluiria o próprio lucro em sua base.

Várias Transações Controladas formando um Produto Importado

7.6 Ainda que se entenda que a segunda interpretação acima seja a mais correta, *i.e.*, que os produtos importados também são “valor agregado ao bem produzido no País”, surge a questão de como se apurar o preço-parâmetro, caso os referidos produtos importados sejam, também eles, sujeitos a controle dos preços de transferência. Ou seja: trata-se de hipótese em que uma empresa importa dois ou mais componentes de pessoas ligadas e, no País, incorpora-os ao processo industrial.

7.6.1 Com efeito, o método PRL com margem de lucro de 60% foi introduzido pela Lei nº 9.959/00 (que alterou o artigo 18 da Lei nº 9.430/96) e foi regulamentado pela IN nº 113/00 e pela IN nº 32/01. Logo após a edição de tal lei, foi grande a discussão acerca da margem fixa de 60%, considerada muito alta para os padrões brasileiros, uma vez que raríssimas são as atividades que alcançariam tão boa margem de lucro. Vale rever a sistemática proposta pela Lei nº 9.959/00:

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

(...)

II - Método do Preço de Revenda menos Lucro - PRL: definido como a média aritmética dos preços de revenda dos bens ou direitos, diminuídos:

- dos descontos incondicionais concedidos;
- dos impostos e contribuições incidentes sobre as vendas;

- c) das comissões e corretagens pagas;
d) da margem de lucro de:

1. sessenta por cento, calculada sobre o preço de revenda após deduzidos os valores referidos nas alíneas anteriores e do *valor agregado* no País, na hipótese de bens importados aplicados à produção (...).”

7.6.1.1 Da leitura do artigo acima, pode-se concluir que a aplicação do método PRL com margem de 60% parecia seguir a seguinte fórmula:

$$PP = PLV - [60\% (PLV - VA)]$$

Onde:

PP = preço-parâmetro

PLV = preço líquido de venda

VA = valor agregado

7.6.1.2 A aplicação da fórmula acima era, à primeira vista, simples. Para tanto, bastava identificar as variáveis “PLV” e “VA”, chegando-se facilmente ao preço-parâmetro segundo esse método.

7.6.1.3 Conforme se verá adiante³³³, a fórmula acima foi contestada por quem entendia que a parcela do valor agregado, no lugar de compor o cálculo da margem de lucro, deveria ser deduzida em separado. Deve-se, aqui, apontar a crítica que aqueles que defendem aquela interpretação fazem à fórmula acima.

7.6.1.3.1 Segundo tais autores, a fórmula acima seria criticável, já que, ao incluir o valor agregado na parcela da margem, surgiria um encontro de subtrações, o que implica uma adição. Em outras palavras, quanto maior o valor agregado, maior seria o preço-parâmetro e, portanto, menor a necessidade de ajuste fiscal³³⁴.

7.6.1.3.2 Essa observação leva a uma aparente incongruência na aplicação do método. Afinal, se a margem de lucro deveria ser suficiente para cobrir todos os custos locais, então lógico seria que quanto maior fosse o volume de custos locais, tanto maior fosse a margem; aplicando-se a fórmula acima, chega-se ao contrário: a margem de lucro diminui conforme se agrega valor no País. No limite, caso se agregasse enorme valor no País (e, portanto, caso se necessitasse de uma margem de lucro suficiente para remunerar tal agregação de valor), a margem resultante da aplicação da fórmula acima seria negativa.

³³³ Cf. item 7.8.3.1, abaixo.

³³⁴ Cf. Victor Borges Polizelli, *op. cit.* (nota 332), p. 223.

7.6.1.3.3 O argumento é forte e coerente e, de fato, não parece passível de contestação a partir da lógica dos preços de transferência. Seria de se esperar que tivesse o legislador cuidado de ampliar a margem de lucro conforme houvesse maior agregação de valor, nunca o contrário.

7.6.1.3.4 Entretanto, não se pode deixar de lado o argumento de que a fórmula acima, conquanto se afastasse da lógica dos preços de transferência, acabava por premiar as empresas que agregassem valor, no País, aos bens importados. Aquelas que agregassem muito valor não sofreriam qualquer ajuste.

7.6.1.3.5 Evidencia-se, assim, que a fórmula acima, conquanto não encontrasse supedâneo na lógica dos preços de transferência, trazia a seu favor a indução do comportamento dos contribuintes, no sentido de agregação de valor no País. Ou seja: a fórmula, ainda que não seguisse a técnica adequada para o fim a que se destinava a Lei nº 9.430/96, não era, por isso, inconstitucional, já que encontrava suporte nos valores anunciados no capítulo da Ordem Econômica constitucional, em que se encontram, dentre outros, a “valorização do trabalho humano” e a “soberania nacional” (econômica). O efeito indutor da norma tributária em questão sobressaía, então, a ponto de não tornar inadequada a fórmula acima³³⁵.

7.6.1.3.6 Claro está que a contradição da fórmula com o objetivo da legislação dos preços de transferência não poderia deixar de ser computado, para dar-se preferência a fórmula que fosse compatível com aquele objetivo e que, ainda assim, encontrasse supedâneo na Ordem Econômica. Como se verá adiante, entretanto³³⁶, a fórmula alternativa encontrou dificuldades de sustentar-se, seja na literalidade da lei, seja nos resultados numéricos a que levava.

7.6.2 Antes que se passe a discutir outras possíveis leituras para a fórmula do PRL, entretanto, parece conveniente explorar a fórmula acima reproduzida, a qual, conforme se sustentará, parece ser a que melhor retratava o texto legal. Para o exercício da busca dos limites de interpretação da norma, imagine-se, num primeiro momento, o produto apresentado no tópico anterior, que possui três produtos importados de pessoa vinculada, além de três componentes de custo nacionais. Como seria a aplicação da fórmula do PRL 60% para este produto?

7.6.2.1 Uma análise cuidadosa da fórmula levará à conclusão de que ela era adequada apenas para os produtos que possuíssem *uma única matéria-prima importada sujeita ao controle de preços de transferência*, uma vez que não estabelecia qualquer critério de proporcionalização para os

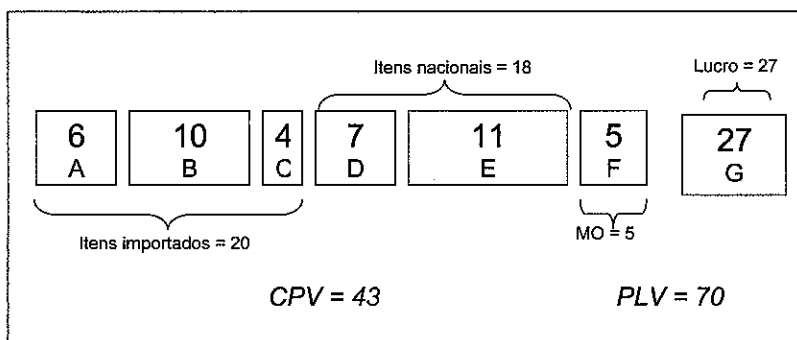
³³⁵ Sobre a importância do efeito indutor, cf. Luís Eduardo Schoueri, *Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica*, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

³³⁶ Cf. item 7.8.3.1, abaixo.

produtos acabados que possuíssem mais de um item importado sujeito ao controle.

7.6.3 Considerando que a grande parte dos produtos acabados produzidos no Brasil possuem mais de um produto importado sujeito ao controle, tal fórmula mostrou-se ineficaz, o que fez com que surgisse a necessidade de buscar interpretações que permitissem a aplicação do método.

7.6.4 Em uma primeira interpretação, o aplicador da lei vale-se da aplicação literal do disposto na Lei nº 9.430/96, ou seja, sem qualquer critério de rateio entre os vários produtos importados. Eis um exemplo dessa aplicação, considerando como premissa o valor agregado obtido pela diferença entre custo total e custo do produto em análise.



Produto	A	B	C
PLV	70	70	70
VA	37	33	39
PP	50,20	47,8	51,4
Valor de importação	6	10	4
Ajuste	zero	zero	zero

7.6.4.1 Da análise da planilha acima, pode-se notar que o cálculo não possui muito fundamento lógico, já que:

- i) quanto menor a representatividade do produto com relação ao custo total, maior é o preço-parâmetro;
- ii) a margem de lucro é calculada sempre com base no custo total do produto, não importando se este é um motor ou apenas um parafuso;
- iii) há grande discrepância entre o preço-parâmetro e preço praticado; e
- iv) o ajuste tende a zero na maioria dos casos.

7.6.4.2 Não obstante as imperfeições apontadas, deve-se mencionar que as autoridades fiscais, em diversos casos, adotaram este entendimento, o qual, de um lado, era bastante favorável ao contribuinte e, de outro, encontrava respaldo na literalidade do texto legal.

7.6.5 Outra possibilidade de aplicação do método PRL com margem 60% para produtos acabados com mais de um produto sujeito ao controle dava-se através da proporcionalização do preço de venda. Tal sistemática, aparentemente mais razoável do que a anterior, era bastante semelhante ao cálculo da IN nº 243/02 (que será examinada a seguir), tendo o valor agregado como fator de diferença.

7.6.5.1 A referida sistemática tem como base o custo individual de cada produto que compõe o produto acabado, atribuindo-se, então, um percentual desse custo em relação ao custo total bem, criando, assim, várias vendas.

7.6.5.2 Utilizando-se o mesmo exemplo numérico, ter-se-ia o seguinte cálculo pela proporcionalização:

Item	Custo individual	Percentual
A	6	13,95%
B	10	23,26%
C	4	9,30%
D	7	16,28%
E	11	25,58%
F	5	11,63%
Total	43	100%

7.6.5.2.1 Conhecida a proporção de cada um dos itens que compõem o produto acabado, atribui-se um preço de venda individual a cada item:

Item	PLV Total (R\$)	Percentual	PLV Individual (R\$)
A	70,00	13,95%	9,77
B	70,00	23,26%	16,28
C	70,00	9,30%	6,51
D	70,00	16,28%	11,40
E	70,00	25,58%	17,91
F	70,00	11,63%	8,14
Total	70,00	100%	70,00

7.6.5.2.2 Após a atribuição de um preço de venda individual, aplica-se o cálculo segundo o método PRL 60% aos produtos importados sujeitos ao controle, nesse caso, "A", "B" e "C":

Item	PLV	VA	% do PLV	PLV Individual	VA Proporcional	PP
A	70,00	37,00	13,95%	9,77	5,16	7,00
B	70,00	33,00	23,26%	16,28	7,68	11,12
C	70,00	39,00	9,30%	6,51	3,63	4,78

7.6.5.3 Da comparação dos números acima com os números obtidos pela sistemática anterior, nota-se que os resultados de preço-parâmetro são mais compatíveis com os preços praticados.

7.6.5.3.1 Esta sistemática parece ter inspirado o voto da Conselheira Dra. Sandra Maria Faroni em julgamento da matéria de preços de transferência na antiga 1ª Câmara do Conselho de Contribuintes³³⁷. Eis alguns pontos importantes deste voto:

“Inicialmente, faz referência a exemplo numérico adotado por ilustres Auditores Fiscais da Receita Federal em estudo intitulado ‘Nota Preços de transferência - Posicionamento do Conselho de Contribuintes’, em que a importação do insumo limpador de pára-brisa, cujo preço de mercado atacadista seja da ordem de R\$ 10,00, aplicado na produção de automóvel Honda Civic, com preço por volta de R\$ 40.000,00, redundaria na admissibilidade de preço-parâmetro de R\$ 32.000,00 para produto que vale R\$ 10,00.

(...)

A lei fala em preço de revenda, e, no exemplo erigido pelo Auditor e mencionado pelo Procurador, não se pode dizer que o limpador de pára-brisa importado esteja sendo revendido por R\$ 40.000,00. O que está sendo vendido por este preço é o automóvel.

(...)

Na falta de ato normativo nesse sentido, caberia ao contribuinte demonstrar, segundo um critério razoável, a ser analisado pela fiscalização, que o preço de revenda por ele adotado para a aplicação do método PRL corresponde ao do insumo importado aplicado no produto industrializado.” (g.n.)

7.6.5.3.2 Vale lembrar que conforme deixou claro a Conselheira, não existia qualquer ato normativo que tratasse da proporcionalização de preço de revenda, de modo que as chances de questionamento por parte das autoridades fiscais eram consideráveis.

7.6.6 A terceira sistemática que se podia cogitar era a da proporcionalização do preço-parâmetro, que a prática do mercado acabou apontando como “importação”, sistemática esta que tratava os produtos importados

em conjunto e posteriormente efetuava a proporcionalização do preço-parâmetro.

7.6.6.1 Com relação ao valor agregado, este seria a diferença entre o custo total e o custo desse “pacote” de produtos importados sujeito ao controle.

7.6.6.2 Tratava-se de sistemática revestida de razoabilidade e que possuía lógica econômica, pois seus resultados dificilmente geravam números distorcidos, a exemplo do que acontecia com a primeira sistemática, conforme se extrai do mesmo exemplo numérico apresentado anteriormente:

Item	Custo Individual	Percentual	Custo	% Importado
A	6,00	13,95%	20,00	30%
B	10,00	23,26%	20,00	50%
C	4,00	9,30%	20,00	20%
D	7,00	16,28%	0,00	0%
E	11,00	25,58%	0,00	0%
F	5,00	11,63%	0,00	0%
Total	43,00	100%	20,00	100%

7.6.6.3 Conforme se verifica acima, o cálculo partiria de um pacote de produtos importados sujeitos ao controle, o qual, em seguida, seria proporcionalizado de acordo com a participação de cada um dos itens importados. Chegava-se, assim, ao seguinte cálculo do preço-parâmetro:

Item	% Importado	PLV	Custo total	Valor agregado	Preço parâmetro	Preço parâmetro individual
A	30%	70,00	20,00	23,00	41,80	12,54
B	50%					20,90
C	20%					8,36
						41,80

7.6.6.4 Da leitura da planilha acima, nota-se que foi considerado para o cálculo um “pacote de importados” com custo de R\$ 20,00. Aplicada a fórmula do método PRL 60%, chegou-se a um preço-parâmetro de R\$ 41,80, o qual foi proporcionalizado à razão de 30%, 50% e 20% para os itens importados “A”, “B” e “C” respectivamente.

7.6.6.5 Em comparação com os resultados das sistemáticas anteriores, nota-se que essa metodologia era bastante razoável, pois, através de um critério bem definido, distribua o preço-parâmetro entre os vários produtos importados.

³³⁷ Acórdão nº 101.94.888, de 17/03/05.

7.6.6.6 No entanto, deve-se reiterar que não existia qualquer previsão legal para a proporcionalização do preço-parâmetro, como tampouco existia para a proporcionalização dos itens importados.

A IN nº 32/01 e o Texto da Lei nº 9.430/96³³⁸

7.7 Independentemente do que se considerasse “valor agregado”, a IN nº 32/01 parece fiel ao estabelecido pelo legislador na Lei nº 9.959/00, porque o seu texto permitia concluir pela seguinte forma de cálculo do método PRL, utilizando para tanto de valores hipotéticos a título de exemplo:

Parcelas	Texto Legal (Lei nº 9.430/96)		Valores
Preço médio de venda	<i>Média aritmética dos preços de revenda dos bens ou direitos, diminuídos</i>	a	138
Descontos, impostos e comissões/corretagens	<i>a) dos descontos incondicionais concedidos; b) dos impostos e contribuições incidentes sobre as vendas; c) das comissões e corretagens pagas;</i>	b	(18)
Valor agregado no País		c	(35)
Margem de 60%	<i>d) da margem de lucro de: 1. sessenta por cento, calculada sobre o preço de revenda após deduzidos os valores referidos nas alíneas anteriores e o valor agregado no País, na hipótese de bens importados aplicados à produção;</i>	d 60% de (a - b - c)	(51)

³³⁸ Sobre o assunto, com outros exemplos numéricos, mas no mesmo sentido, cf. Alexandre Siciliano Borges e Guilherme Cezaroti, “O Método PRL de Cálculo dos Preços de Transferência e a IN SRF nº 243/02”, *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 99, São Paulo: Dialética, dezembro de 2003, p. 20.

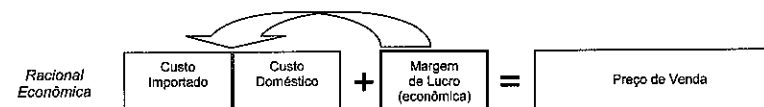
Preço de transferência limite	<i>II - Método do Preço de Revenda menos Lucro - PRL: definido como a média aritmética dos preços de revenda dos bens ou direitos, diminuídos: (...) d) da margem de lucro de sessenta por cento (...).</i>	a - b - d	69
Ajuste			- 0 -

7.7.1 O quadro exemplificativo acima foi elaborado tão somente com elementos do texto legal do inciso II do artigo 18 da Lei nº 9.430/96, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.959/00.

7.7.2 Confirma-se, pelo quadro acima, que, deixando-se de lado qualquer crítica de natureza econômica quanto aos critérios utilizados e à forma de cálculo preconizada pela Lei nº 9.959/00 e pelas instruções normativas subsequentes, nessa sistemática a margem de lucro de 60%, estabelecida pelo legislador, encontrou um mínimo de racionalidade.

7.7.2.1 Com efeito, o conceito usual de “margem de lucro”, de uso corriqueiro na economia, não se enquadra perfeitamente no conceito então utilizado pelo legislador no cálculo do PRL para bens aplicados à produção.

7.7.2.2 De uma forma genérica, a “margem de lucro”, em seu sentido econômico, é o percentual que se aplica sobre o custo total para que se obtenha o preço de venda. Numa equação simples, esse cálculo pode ser representado da seguinte forma:

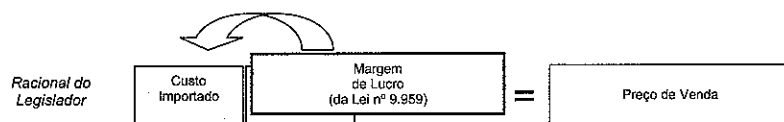


7.7.2.3 Na chamada “margem de lucro” utilizada pelo legislador, esse raciocínio simples não pode ser aplicado. Examine-se, mais uma vez, o texto legal do item 1, da alínea “d” do inciso II do artigo 18 da Lei nº 9.430:

“1. sessenta por cento, calculada sobre o preço de revenda após deduzidos os valores referidos nas alíneas anteriores e do valor agregado no País, na hipótese de bens importados aplicados à produção.”

7.7.2.4 De acordo com a forma de cálculo acima, a “margem de lucro” não é calculada sobre o custo total, como se esperaria seguindo a racional

econômica, mas apenas sobre o *custo do bem importado* (“deduzido ... do valor agregado no País”), permitindo a seguinte representação gráfica:



7.7.2.5 Como se pode notar, no exemplo acima, a “margem de lucro”, segundo essa metodologia, apenas se faz refletir sobre o “custo importado”, não se somando ao “custo doméstico”, mas a ele se sobrepondo, para compor o “preço final de venda”.

7.7.2.6 A mencionada “mínima racionalidade do percentual de 60%” pode ser então verificada pelo quadro representativo da “margem de lucro” que teve seu tamanho consideravelmente aumentado em relação ao quadro do exemplo anterior, em que se seguia unicamente a racional econômica, permitindo a observação de que a margem de lucro estabelecida pelo legislador em 60% não exige que se tenha um “lucro” de 60% na venda do produto resultado da industrialização, mas tão somente que se observe 60% como um valor abstrato mínimo, denominado pelo legislador de “margem de lucro”, suficiente para cobrir as parcelas do “custo doméstico” e a “margem de lucro econômica”.

A IN nº 243/02

7.8 Em novembro de 2002, sem que houvesse qualquer modificação legislativa atinente à matéria, a Secretaria da Receita Federal revogou a IN nº 32/01, editando a já referida IN nº 243/02.

7.8.1 Apesar de consolidar novamente a matéria dos preços de transferência, uma das mudanças mais significativas da IN nº 243/02 constou do capítulo referente ao cálculo do método PRL, notadamente para as hipóteses de bens importados seguidos de produção local.

7.8.1.2 A referida Instrução Normativa, em seu artigo 12, parágrafo 11, assim dispôs quanto ao cálculo da margem de lucro de 60% para o método PRL:

“§ 11. Na hipótese do § 10, o preço parâmetro dos bens, serviços ou direitos importados será apurado excluindo-se o valor agregado no País e a margem de lucro de sessenta por cento, conforme metodologia a seguir:

I - preço líquido de venda: a média aritmética ponderada dos preços de venda do bem produzido, diminuídos dos descontos incondicionais concedidos, dos impostos e contribuições sobre as vendas e das comissões e corretagens pagas;

II - percentual de participação dos bens, serviços ou direitos importados no custo total do bem produzido: a relação percentual entre o valor do bem, serviço ou direito importado e o custo total do bem produzido, calculada em conformidade com a planilha de custos da empresa;

III - participação dos bens, serviços ou direitos importados no preço de venda do bem produzido: a aplicação do percentual de participação do bem, serviço ou direito importado no custo total, apurado conforme o inciso II, sobre o preço líquido de venda calculado de acordo com o inciso I;

IV - margem de lucro: a aplicação do percentual de sessenta por cento sobre a ‘participação do bem, serviço ou direito importado no preço de venda do bem produzido’, calculado de acordo com o inciso III;

V - preço parâmetro: a diferença entre o valor da ‘participação do bem, serviço ou direito importado no preço de venda do bem produzido’, calculado conforme o inciso III, e a margem de lucro de sessenta por cento, calculada de acordo com o inciso IV.” (g.n.)

7.8.2 A título exemplificativo, vale utilizar, mais uma vez, os valores hipotéticos empregados no exemplo do cálculo segundo a sistemática confirmada pela IN nº 32/01, para, desta feita, utilizar o critério estabelecido pela IN nº 243/02³³⁹:

Parcelas	Texto da IN nº 243/02 (art. 12)		Valores
Preço médio de venda	média aritmética ponderada dos preços de revenda diminuído	a	138

³³⁹ Sobre a metodologia de cálculo para o PRL com margem de lucro de 60% prevista na IN nº 243/02, cf. a Solução de Consulta COSIT nº 02, de 23/01/08: “Preços de Transferência. Preço Parâmetro de Insumos Importados. Na determinação do preço parâmetro pelo método PRL, com margem de sessenta por cento, na metodologia de cálculo, deve-se deduzir o valor agregado, ao bem produzido no país, na apuração da margem de lucro de 60%, e, também, do preço líquido de venda na apuração final do preço parâmetro. Esta metodologia deverá ser utilizada a partir do início do ano calendário de 2003 e, opcionalmente, em 2002, pela empresa interessada, em função da publicação de novo procedimento pela Instrução Normativa SRF nº 243, de 2002. A interessada, no entanto, poder-se-á utilizar, nos anos de 2000, 2001 e, opcionalmente, em 2002 das disposições que constam da Instrução Normativa SRF então vigente (IN SRF nº 32, de 2001), nas quais não contemplam a retirada do valor agregado na composição final do preço parâmetro pelo método PRL - 60%.”

Descontos, impostos e comissões/ corretagens	<i>I - dos descontos incondicionais concedidos; II - dos impostos e contribuições incidentes sobre as vendas; III - das comissões e corretagens pagas;</i>	b	(18)
Custo do bem importado		c	60
Custo agregado no País		d	35
Margem de 60%	<i>I - preço líquido de venda: a média aritmética ponderada dos preços de venda do bem produzido, diminuídos dos descontos incondicionais concedidos, dos impostos e contribuições sobre as vendas e das comissões e corretagens pagas</i>	e (a - b)	120
	<i>II - percentual de participação dos bens, serviços ou direitos importados no custo total do bem produzido: a relação percentual entre o valor do bem, serviço ou direito importado e o custo total do bem produzido, calculada em conformidade com a planilha de custos da empresa</i>	f c / (c + d)	63,16%
	<i>III - participação dos bens, serviços ou direitos importados no preço de venda do bem produzido: a aplicação do percentual de participação do bem, serviço ou direito importado no custo total sobre o preço líquido de venda</i>	g (f x e)	75,79
	<i>IV - 60% sobre a participação do bem, serviço ou direito importado no preço de venda do bem produzido</i>	h 60% de g	45,47

Preço de transferência limite	<i>a diferença entre o valor da "participação do bem, serviço ou direito importado no preço de venda do bem produzido", calculado conforme o inciso III, e a margem de lucro de sessenta por cento, calculada de acordo com o inciso IV</i>	g - h	30,32
Ajuste			29,68

7.8.2.1 Como se pode observar, a diferença das formas de cálculo preconizadas é tamanha que, utilizando-se o critério da IN nº 243/02 é necessário que se faça um ajuste (de R\$ 29,68, no exemplo), oferecendo à tributação uma parcela do custo que seria dedutível caso fosse seguida a sistemática da IN nº 32/01 (vide o quadro exemplificativo anterior).

7.8.2.2 A diferença pode ser explicada pelos seguintes motivos:

- *Cálculo da "margem de lucro"*: a divergência dos resultados da Lei nº 9.959/00 e da IN nº 243/02 decorre, em parte, porque a lei, ao prescrever a fórmula de cálculo da "margem de lucro", determina que o percentual de 60% incida sobre o valor *integral* do preço líquido de venda do produto diminuído do valor agregado no País. Já a Instrução Normativa, para o cálculo da mesma "margem de lucro", determina que o percentual de 60% seja calculado apenas sobre a *parcela do preço líquido de venda do produto referente à participação dos bens, serviços ou direitos importados*, atingindo um resultado invariavelmente menor. Atua assim a IN nº 243/02 de forma inovadora e em flagrante excesso à lei.

- *Cálculo do "preço-parâmetro"*: a expressão "preço-parâmetro" é utilizada na legislação dos preços de transferência para denominar o preço obtido através do cálculo de um dos métodos prescritos e com o qual se deverá comparar o preço efetivamente praticado entre as partes relacionadas, na transação denominada "controlada". O "preço-parâmetro" é obtido de forma diversa na Lei nº 9.959/00 e na IN nº 243/02. Enquanto na lei o limite do preço é estabelecido tomando-se por base a totalidade do preço líquido de venda, a Instrução Normativa pretende que o limite seja estabelecido a partir, apenas, do percentual da parcela dos insumos importados no preço líquido de venda, o que claramente acaba por restringir o resultado almejado pelo legislador.

7.8.2.3 A divergência no conceito de preço-parâmetro pode ser conferida a partir dos textos da lei e das instruções normativas:

<i>Preço-parâmetro na Lei nº 9.959/00</i>	<i>Preço-parâmetro na IN nº 32/01</i>	<i>Preço-parâmetro na IN nº 243/02</i>
<p>II - Método do Preço de Revenda menos Lucro - PRL: definido como a média aritmética dos preços de revenda dos bens ou direitos, diminuídos:</p> <p>d) da margem de lucro de: 60%, calculada sobre o preço de revenda após deduzidos os valores referidos nas alíneas anteriores e do valor agregado no País, na hipótese de bens importados aplicados à produção;</p>	<p>§ 11. Na hipótese do parágrafo anterior, o preço a ser utilizado como parâmetro de comparação será a diferença entre o preço líquido de venda e a margem de lucro de 60%</p>	<p>§ 11. Na hipótese do § 10, o preço-parâmetro dos bens, serviços ou direitos importados será apurado excluindo-se o valor agregado no País e a margem de lucro de 60%, conforme metodologia a seguir:</p> <p>V - preço-parâmetro: a diferença entre o valor da "participação do bem, serviço ou direito importado no preço de venda do bem produzido", calculado conforme o inciso III, e a margem de lucro de 60%, calculada de acordo com o inciso IV. (grifamos)</p>

7.8.2.4 As diferenças entre ambas as instruções normativas, portanto, acabam por chegar, para o mesmo cálculo do preço de transferência segundo o método PRL com produção local, a resultados distintos, gerando, como nos exemplos utilizados, despesas que são dedutíveis segundo uma sistemática e indedutíveis segundo outra³⁴⁰.

³⁴⁰ O fato de que a IN nº 243/02 trouxe um novo método de cálculo para o PRL com margem de lucro de 60% foi inclusive reconhecido pelo próprio Fisco, que mencionou, na já citada Solução de Consulta COSIT nº 02, de 23/01/08, que "esta metodologia deverá ser utilizada a partir do início do ano calendário de 2003 e, opcionalmente, em 2002, pela empresa interessada, em função da publicação de novo procedimento pela Instrução Normativa SRF nº 243, de 2002". Comentando tal solução de consulta, cf. Marco Antônio Behrndt, "O Reconhecimento (Tácito) da Inconstitucionalidade da Regra de Apuração do PRL 60% Prevista na IN 243/02 pela Administração", *Revista de Direito Tributário Internacional* vol. 9, ano 3, São Paulo: Quartier Latin, agosto de 2008, pp. 161-171.

7.8.2.5 Pois bem. Obviamente, em atenção ao princípio da estrita legalidade, as leis devem prevalecer sobre as instruções normativas em caso de conflito. Constatando-se que a interpretação inovadora trazida pela IN nº 243/02 diverge do texto legal, tem o contribuinte fundamentação suficiente para a adoção do cálculo do método PRL para bens aplicados à produção segundo a sistemática preconizada pela Lei nº 9.959/00.

7.8.3 Quando o aplicador confronta o texto do artigo 12 da IN nº 243/02 com a sua base legal, salta aos olhos a discrepância entre ambas as redações acima explicitadas.

7.8.3.1 Diante de tamanha divergência, surge a questão de qual teria sido a origem do entendimento que levou à espúria fórmula do artigo 12 da IN nº 243/02.

7.8.3.2 A origem parece poder ser imputada a um descuido do próprio legislador, quando da redação do artigo 18 da Lei nº 9.430/96, alterado pela Lei nº 9.959/00.

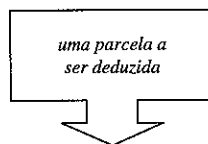
7.8.3.3 Com efeito, na literalidade da fórmula legal, confrontada com seu símile da IN nº 32/01, nota-se que a norma administrativa omitiu a preposição "de", que antecedia a parcela referente ao valor agregado no País³⁴¹:

Lei nº 9.430/96	<p>II - Método do Preço de Revenda menos Lucro - PRL: definido como a média aritmética dos preços de revenda dos bens ou direitos, diminuídos:</p> <p>a) dos descontos incondicionais concedidos;</p> <p>b) dos impostos e contribuições incidentes sobre as vendas;</p> <p>c) das comissões e corretagens pagas;</p> <p>d) da margem de lucro de: (Redação dada pela Lei nº 9.959, de 2000)</p> <p>1. 60%, calculada sobre o preço de revenda após deduzidos os valores referidos nas alíneas anteriores e do valor agregado no País, na hipótese de bens importados aplicados à produção;</p>
-----------------	---

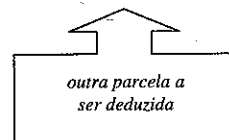
³⁴¹ Esta ideia é bem explorada por Victor Borges Polizelli, que questiona "se o elemento 'valor agregado' deve ser excluído na apuração do 'preço parâmetro', ou se na apuração da 'margem de lucro'? Ou seja, na elaboração do artigo 18 da Lei nº 9.430/1996, ao utilizar a preposição 'do' antes da expressão 'valor agregado no País' estaria o legislador se referindo a 'diminuídos' ou a 'deduzidos'?" Cf. *op. cit.* (nota 332), p. 219.

IN nº 32/01	<p>§ 11. Na hipótese do parágrafo anterior, o preço a ser utilizado como parâmetro de comparação será a diferença entre o preço líquido de venda e a margem de lucro de 60%, considerando-se, para este fim:</p> <p>I - preço líquido de venda, a média aritmética dos preços de venda do bem produzido, diminuídos dos descontos incondicionais concedidos, dos impostos e contribuições sobre as vendas e das comissões e corretagens pagas;</p> <p>II - margem de lucro, o resultado da aplicação do percentual de 60% sobre a média aritmética dos preços de venda do bem produzido, diminuídos dos descontos incondicionais concedidos, dos impostos e contribuições sobre as vendas, das comissões e corretagens pagas e do valor agregado ao bem produzido no País.</p>
-------------	--

7.8.3.4 Diante deste engano, poderia o intérprete cogitar da hipótese de a preposição “de” não ter sido colocada pelo legislador por engano, mas propositadamente como modo de assegurar que a parcela do valor agregado fosse deduzida do próprio preço de venda e não da base de cálculo da margem, conforme o esquema abaixo:



60%, calculada sobre o preço de revenda após deduzidos os valores referidos nas alíneas anteriores e do valor agregado no País.



7.8.3.5 Dessa forma, a fórmula de cálculo do preço-parâmetro ficaria da seguinte forma:

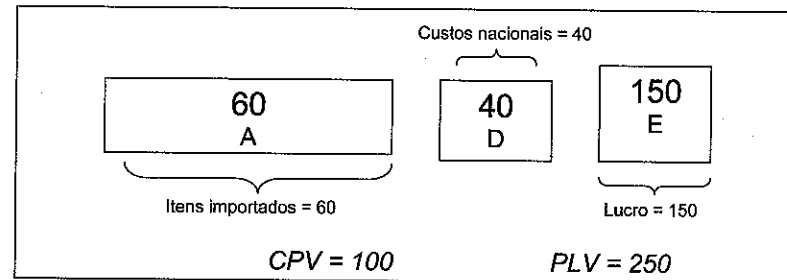
Preço Médio de Venda

- (-) Descontos Incondicionais
- (-) Impostos e Contribuições
- (-) Comissões e Corretagens
- (-) Margem (0,6 x Preço Líquido de Venda)
- (-) Valor Agregado

Preço-parâmetro

7.9 De imediato, deve-se notar que tal entendimento contrariaria a própria literalidade do método. Afinal, o legislador da Lei nº 9.430/96, com a redação da Lei nº 9.959/00, não acrescentou um quarto método àqueles aceitos para a apuração dos preços de transferência. Ou seja: o artigo 18 da referida lei continuou contemplando, em seus três incisos, apenas três métodos. Neste sentido, o que se teve foi, apenas, um desdobramento de um mesmo método: o método denominado, pelo próprio legislador, “Preço de Revenda menos Lucro”. Assim, pressupõe-se, pela literalidade do método, que se apure o preço-parâmetro pela fórmula “preço de revenda (líquido de tributos, descontos e comissões) menos margem de lucro”. Tivesse o legislador a intenção de modificar a fórmula, para passar a ser fórmula “preço de revenda (líquido de tributos, descontos e comissões) menos margem de lucro menos valor agregado”, então no mínimo deveria ele, por coerência, deixar de chamar o método de “Preço de Revenda menos Lucro”.

7.9.1 Fosse desconsiderado o argumento acima, o qual por si demonstra que a parcela do “valor agregado” compõe o cálculo da margem de lucro, então seria possível, pela fórmula acima, que contempla a dedução daquele “valor agregado” em separado da margem, cogitar uma semelhança nos preços-parâmetros apurados de acordo com essa interpretação e a sistemática da IN nº 243/02. Para tanto, tomar-se-ia um produto com a seguinte estrutura, adotando-se a premissa que valor agregado corresponde apenas aos custos nacionais:



7.9.1.1 A partir dos dados acima, podem ser apresentados os cálculos que supostamente dariam amparo legal ao cálculo da IN nº 243/02:

Texto supostamente legal	
$PP = PL - VA - 60\%PL$	
PL	250
(VA)	(40)
(60%PL)	(150)
PP	60

Texto da IN nº 243/02	
$PPn = \%nPL - 0,6 (\%nPL)$	
PL	250
%A	60%
$PPn = \%nPL - 0,6 (\%nPL)$	60

7.9.2 Da análise da planilha acima, poder-se-ia chegar à conclusão de que a IN nº 243/02 teria base legal desde que adotada essa outra interpretação do artigo 18 da Lei nº 9.430/96, dado que os preços-parâmetros seriam idênticos.

7.9.3 Esse raciocínio desfaz-se, no entanto, caso se efetue uma prova com outras margens de lucratividade e outros graus de agregação de valor nacional. Verifica-se, então, que a planilha acima representa apenas e tão somente um ponto de intersecção entre o preço-parâmetro segundo as duas sistemáticas, considerando uma lucratividade de 150% e um grau de agregação nacional de 40%. Eis, por exemplo, a simulação de cálculos se a lucratividade fosse de 100%:

$PP = PL - VA - 60\%PL$	
PL	200
(VA)	(40)
(60%PL)	(120)
PP	40

$PPn = \%nPL - 0,6 (\%nPL)$	
PL	200
%A	60%
$PPn = \%nPL - 0,6 (\%nPL)$	48

7.9.3.1 Assim, resta claro que qualquer tentativa matemática de comparação entre a IN nº 243/02 e a Lei nº 9.959/00 chegará à conclusão de que as sistemáticas são diversas.

7.9.3.2 Ou seja, mesmo que se adotasse a interpretação segundo a qual a parcela de valor agregado deveria ser deduzida do próprio preço-parâmetro, a IN nº 243/02 continuaria a produzir resultados diversos dos decorrentes da aplicação do texto legal.

7.9.3.3 Assim, conclui-se que a IN nº 243/02 desvia-se dos preceitos do legislador³⁴², instituídos na Lei nº 9.430/96, alterada pela Lei nº 9.959/00,

³⁴² Não obstante, no âmbito da primeira instância administrativa, as delegacias da Receita Federal de julgamento vêm sistematicamente entendendo que não compete à esfera administrativa a análise da legalidade ou constitucionalidade de normas jurídicas, sendo mantidas as autuações efetuadas com base no método de cálculo para o PRL com margem de 60% previsto na IN nº 243/02. Nesse sentido, cf. Acórdão nº 16-27.594, de 03/11/10, Acórdão nº 16-26.672, de 15/09/10, Acórdão nº 16-26.22, de 14/07/10, Acórdão nº 16-25.935, de 07/07/10, Acórdão nº 16-25.786, de 22/06/10, Acórdão nº 16-25.427, de 26/05/10, Acórdão nº 16-24.706 e Acórdão nº 16-24.707, de 24/03/10, Acórdão nº 16-24-226, de 10/02/10, Acórdão nº 16-23.977, de 13/01/10, Acórdão nº 16-23.241, de 19/10/09, Acórdão nº 16-22.998, de 28/09/09, Acórdão nº 16-21.786, de 16/06/09, Acórdão nº 16-20.588, de 02/03/09, Acórdão nº 16-18.807, de 01/10/08, todos da 5ª Turma da DRJ/SP; Acórdão nº 16-23.218, de 15/10/09, Acórdão nº 16-23.154, de 08/10/09, Acórdão nº 16-22.587, de 21/08/09, Acórdão nº 16-21.972, de 29/06/09, Acórdão nº 16-21.586, de 21/05/09, todos da 4ª Turma da DRJ/SP; Acórdão nº 12-33.695, de 14/10/10, da 7ª Turma da DRJ/RJ; Acórdão nº 16-29.457, de 09/02/11, da 5ª Turma da DRJ/SP; Acórdão nº 16-30.529, de 28/03/11, da 5ª Turma da DRJ/SP; Acórdão nº 16-30.721, de 12/04/11, da 5ª Turma da DRJ/SP;

vez que gera resultados mais restritivos para o controle dos preços de transferência, podendo aumentar injustificadamente, dessa forma, a base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

7.9.3.4 Além de contrariar a literalidade do texto legal, não se pode deixar de firmar posição crítica à fórmula do PRL preconizada pela IN nº 243/02 naquilo que, à primeira vista, parecia ser sua única justificativa: a falta de lógica.

7.9.3.5 Com efeito, procura-se justificar a fórmula da IN nº 243/02 sob o argumento de que, conquanto não correspondendo à dicção do legislador, seria o único meio de dar uma aplicação lógica e coerente à lei.

7.9.3.5.1 Tal raciocínio merece ser de pronto rebatido, já que se mostrou que a interpretação conferida pela IN nº 32/01 tem lógica e racionalidade econômica, por estimular a agregação de valor no País. Em síntese, conclui-se que aquela fórmula premia os contribuintes que optam por produzir no País.

7.9.3.5.2 Outrossim, a fórmula da IN nº 243/02, ela sim, carece de lógica. Há, em tal fórmula, uma petição de princípio, na medida em que se utiliza como premissa algo que se quer provar. Afinal, quer-se provar o custo do bem importado, e para isso parte-se do percentual de participação dos bens importados no custo total do bem, isto é, do próprio custo do bem importado.

7.9.3.5.3 Tomemos um exemplo absurdo: admita-se um bem cujo item importado custe, em valores de mercado, 1, enquanto os custos dos bens nacionais sejam 9, totalizando um custo de 10. Admita-se, ainda, um preço de venda de 28,6. A participação do bem importado no custo total do bem produzido é de 10%, de modo que se aplica a margem de lucro sobre o valor de 2,86, resultando em um preço-parâmetro de 1,14. Nenhum ajuste será exigido do contribuinte.

Acórdão nº 01-21.422, de 14/04/11, da 1ª Turma da DRJ/BEL; Acórdão nº 16-31.073, de 19/04/11, da 5ª Turma da DRJ/SP; Acórdão nº 01-22.143, de 22/06/11, da 1ª Turma da DRJ/BEL; Acórdão nº 16-34.062, de 04/10/11, da 5ª Turma da DRJ/SP; Acórdão nº 01-23.515, de 10/11/11, da 1ª Turma da DRJ/BEL; Acórdão nº 16-34.697, de 10/11/11, da 5ª Turma da DRJ/SP; Acórdão nº 16-36.386, de 27/02/12, da 5ª Turma da DRJ/SP; Acórdão nº 16-36.884, de 27/03/12, da 5ª Turma da DRJ/SP; Acórdão nº 16-37.991, de 24/04/12, da 5ª Turma da DRJ/SP; Acórdão nº 16-39.685, de 06/06/12, da 5ª Turma da DRJ/SP; Acórdão nº 22.720, de 03/09/09, Acórdão nº 16-21.239, de 29/04/09, Acórdão nº 16-21.002, de 07/04/09, todos da 2ª Turma da DRJ/SP. Nas três últimas decisões citadas, assentou-se que "é certo que a normatização do denominado método 'PRL60', empreendida no art. 12 da IN SRF nº 243/2002, se mostra em perfeita consonância com as normas veiculadas no art. 18 da Lei nº 9.430/97 [sic], com a redação estatuída pelo art. 2º da Lei nº 9.959/2000". O Acórdão nº 16-38.901, de 16/05/12, da 1ª Turma da DRJ/SP, também concluiu pela compatibilidade do cálculo proposto pela IN nº 243/02 com o texto da lei.

7.9.3.5.4 Por outro lado, se o contribuinte inflar o custo do bem importado, passando a pagar 6, o custo total passará a 15. Nesse caso, o percentual de participação do bem importado passará a 40%. Aplicando-se o percentual sobre o preço de venda de 28,6, a margem de lucro será calculada sobre 11,44, resultando em um preço-parâmetro de 4,58. Em outras palavras: o contribuinte sextuplicou o preço de transferência e teve um ajuste de meros 1,42.

7.9.3.5.5 Basta continuar os exercícios matemáticos e ficará evidente que o erro é sistêmico: quanto maior o preço praticado pelo contribuinte, tanto maior será o percentual do bem importado no custo total, ampliando a margem de lucro e reduzindo o preço-parâmetro.

7.9.3.5.6 Tal erro lógico poderia ser corrigido se, no lugar de partir do custo do bem importado, o cálculo do preço-parâmetro pelo método PRL com margem de 60% partisse do custo local.

7.9.3.5.7 No exemplo acima, o custo local era 9. Agregando-se uma margem de lucro para o custo local (admitamos os mesmos 40% adotados pela Lei nº 9.430/96 e pela IN nº 243/02: a margem de 60% sobre o preço de venda é o mesmo que 40% sobre o custo), chega-se a um valor de 12,60. Deduzindo-se esse valor do preço de venda, obtém o valor de venda do bem importado. Assim, se o preço de venda era 28,6, os 12,6 são deduzidos, conduzindo a um preço de venda do bem importado de 16. Aplicando-se a margem de 60%, chega-se ao preço-parâmetro de 9,6.

A Ilegalidade da IN nº 243/02 no CARF

7.10 Em tal contexto, a ilegalidade do método de cálculo do PRL em casos de produção local previsto pela IN nº 243/02 foi arguida pelos contribuintes perante o CARF.

7.10.1 No julgamento do Acórdão nº 1102-00.419, de 30/03/11, o Conselho Relator, conquanto tenha assinalado não caber ao órgão “emitir juízo de valor sobre diplomas legais validamente editados”, adotou os termos da declaração de voto do Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé. Este, tendo reconhecido que a IN nº 243/02 “inseriu elementos ou conceitos que não estavam expressamente previstos na Lei nº 9.430/96”, acabou por concluir que o cálculo proposto pela primeira, “em vez de provocar a exigência do tributo sem base legal e em valor superior ao devido, na verdade atua em sentido contrário, sempre em benefício do contribuinte”. Para tanto, o Conselheiro valeu-se do raciocínio abaixo descrito:

“Em outras palavras, a Lei, por meio da fixação de uma margem de lucro bruto mínima, a ser aplicada sobre um preço de revenda ajustado, determina qual o valor máximo do custo considerado dedutível. Isto posto, consideremos os seguintes dados hipotéticos:

1. Valor do bem importado (custo da importação)	R\$ 60,00
2. Valor agregado no país (Custo nacional)	R\$ 50,00
3. Custo total do bem (= 1+2)	R\$ 110,00
4. Preço líquido de venda do produto final	R\$ 375,00

A seguir, apresento o cálculo do preço parâmetro, e do ajuste, conforme a determinação da Lei nº 9.430/96:

A. Preço líquido de venda (item 4 da tabela dados)	R\$ 375,00
B. Margem de lucro 60% (= 60% de A)	R\$ 225,00
C. Valor agregado no país (item 2 da tabela dados)	R\$ 50,00
D. Preço parâmetro (= A - B - C)	R\$ 100,00
E. Valor do bem importado (item 1 da tabela dados)	R\$ 60,00
F. Ajuste (= E - D, se maior que zero)	- 0 -

Conforme antes dito, a Lei fixa uma margem de lucro bruto mínima para que o custo seja considerado dedutível. No exemplo acima, a margem de lucro bruto efetiva corresponderia a 70,67%. Nas tabelas a seguir, em que são mantidos constantes todos os demais dados, sendo alterado tão somente o valor do bem importado, fica mais claro como se dá a alteração nos valores do ajuste imposto pela Lei, e como fica a demonstração do lucro bruto.

Dados				
1. Valor do bem importado (custo da importação)	60,00	100,00	140,00	180,00
2. Valor agregado no país (custo nacional)	50,00	50,00	50,00	50,00
3. Custo total do bem (= 1+2)	110,00	150,00	190,00	230,00
4. Preço líquido de venda do produto final	375,00	375,00	375,00	375,00

Cálculo do Preço Parâmetro e do Ajuste				
A. Preço líquido de venda (item 4 da tabela dados)	375,00	375,00	375,00	375,00
B. Margem de lucro 60% (= 60% de A)	225,00	225,00	225,00	225,00
C. Valor agregado no País (item 2 da tabela dados)	50,00	50,00	50,00	50,00

D. Preço parâmetro (= A - B - C)	100,00	100,00	100,00	100,00
E. Valor do bem importado (item 1 da tabela dados)	60,00	100,00	140,00	180,00
F. Ajuste (= E - D, se maior que zero)	0,00	0,00	40,00	80,00

Demonstração do Lucro Bruto				
Preço líquido de venda	375,00	375,00	375,00	375,00
Custo total efetivo ou máximo admitido pela Lei	110,00	150,00	150,00	150,00
Lucro bruto	265,00	225,00	225,00	225,00
Margem bruta % efetiva ou máxima admitida pela Lei	70,67%	60,00%	60,00%	60,00%

Veja-se que, de acordo com os dados, o custo máximo admitido pela Lei, no caso, para o bem importado, é de R\$ 100,00, de modo a que seja preservada a margem de lucro bruto mínima de 60%, fixada na Lei. Além disto, verifica-se que, uma vez atingido este custo máximo (que é o próprio preço parâmetro), cada real a mais de custo acrescido à importação corresponde a exatamente um real de ajuste (adição ao lucro líquido) a ser feito.

A recorrente entende que a correta interpretação da Lei nº 9.430/96 resultaria em valores distintos do apresentado. Entende a recorrente que a margem de lucro de 60% deve ser calculada após a exclusão do valor agregado no País. Assim, repetindo-se os mesmos dados acima, os cálculos de acordo com a recorrente seriam os seguintes:

Dados				
1. Valor do bem importado (custo da importação)	60,00	100,00	140,00	180,00
2. Valor agregado no país (custo nacional)	50,00	50,00	50,00	50,00
3. Custo total do bem (= 1 + 2)	110,00	150,00	190,00	230,00
4. Preço líquido de venda do produto final	375,00	375,00	375,00	375,00

Cálculo do Preço Parâmetro e do Ajuste (conforme a recorrente)				
A. Preço líquido de venda (item 4 da tabela dados)	375,00	375,00	375,00	375,00
B. Valor agregado no país (item 2 da tabela dados)	50,00	50,00	50,00	50,00
C. Preço líquido de venda (-) valor agregado País (= A - B)	325,00	325,00	325,00	325,00
D. Margem de lucro 60% (60% de C)	195,00	195,00	195,00	195,00
E. Preço parâmetro (= C - D)	130,00	130,00	130,00	130,00
F. Valor do bem importado (item 1 da tabela dados)	60,00	100,00	140,00	180,00
G. Ajuste (F - E, se maior que zero)	0,00	0,00	10,00	50,00

Demonstração do Lucro Bruto				
Preço líquido de venda	375,00	375,00	375,00	375,00
Custo total efetivo ou máximo admitido pela Lei	110,00	150,00	180,00	180,00
Lucro bruto	265,00	225,00	195,00	195,00
Margem bruta % efetiva ou máxima admitida pela Lei	70,67%	60,00%	52,00%	52,00%

De acordo com estes cálculos, o custo máximo admitido pela Lei, no caso, para o bem importado, seria de R\$ 130,00. Da mesma forma que nos cálculos anteriormente feitos, uma vez atingido este custo máximo (que é o próprio preço parâmetro), cada real a mais de custo acrescido à importação corresponde a exatamente um real de ajuste (adição ao lucro líquido) a ser feito. Contudo, a primeira constatação a ser ressaltada é de que este cálculo não preservava uma margem de lucro bruto mínima de 60%.

Além desta inconsistência, saliente-se que, para tornar possível a interpretação conferida pela recorrente, necessário se torna passar por cima de regras básicas de concordância do nosso vernáculo. Confira-se novamente o texto legal, agora acrescido dos destaques a seguir:

'II - Método do Preço de Revenda menos Lucro - PRL: definido como a média aritmética dos preços de revenda dos bens ou direitos *diminuídos*:

- a) *dos* descontos incondicionais concedidos;
 b) *dos* impostos e contribuições incidentes sobre as vendas;
 c) *das* comissões e corretagens pagas;
 d) *da* margem de lucro de: (Redação dada pela Lei 9.959, de 2000) I. sessenta por cento, calculada sobre o preço de revenda após deduzidos os valores referidos nas alíneas anteriores e do valor agregado no País, na hipótese de bens importados aplicados a produção; (Incluído pela Lei nº 9.959, de 2000) (...)

Perceba-se que não é possível a concordância entre a expressão 'os valores referidos nas alíneas anteriores' e a expressão 'e do valor agregado no País', ou seja, não é possível, em bom português, deduzir 'os valores e do valor' de uma mesma base, que seria, no caso, o preço de revenda. Por outro lado, é clara a concordância entre todas as expressões constantes das alíneas 'a', 'b', 'c', 'd', e da segunda parte do item 1 ('e do valor agregado no País, na hipótese de bens importados aplicados à produção'), como se fossem todos valores a serem subtraídos diretamente do 'preço de revenda' citado no inciso II.

É certo que a Lei não contém expressões inúteis, e muito já se debateu, neste e com outros fóruns, quanto à importância de uma preposição, de vez que a sua existência ou não em uma frase pode conduzir a conclusões muito díspares entre si.

Portanto, em que pese a formulação do texto legal, quanto à sua disposição nas alíneas e itens, do inciso II do artigo 18 da Lei nº 9.430/96, não tenha atendido à melhor técnica legislativa, o fato é que as regras de concordância da língua portuguesa levam à conclusão de que a segunda parte do item 1 ('e do valor agregado no País, na hipótese de bens importados aplicados à produção') exerce a função, em verdade, de uma alínea à parte, dissociada do cálculo da margem de lucro, *i.e.*, consta ali como se se tratasse de uma alínea 'e', aplicável, contudo, somente no caso de bens importados aplicados à produção, mas não às demais hipóteses.

Por este motivo, não procede a metodologia de cálculo apresentada pela recorrente, posto que baseada em interpretação incorreta do quanto disposto na Lei acerca da aplicação da margem bruta de lucro de 60%.

Falta ainda, por fim, verificar como ficariam os cálculos do preço parâmetro e do ajuste, e a demonstração do lucro bruto, em consonância com o que dispõe a IN SRF nº 243/2002, considerando-se

os mesmos dados do exemplo anterior. E o que consta nas tabelas a seguir:

Dados				
1. Valor do bem importado (Custo da importação)	60,00	100,00	140,00	180,00
2. Valor agregado no país (Custo nacional)	50,00	50,00	50,00	50,00
3. Custo total do bem (= 1+2)	110,00	150,00	190,00	230,00
4. Preço líquido de venda do produto final	375,00	375,00	375,00	375,00

Cálculo do Preço Parâmetro e do Ajuste (conforme a IN SRF 243/2002)				
A. Relação percentual = Custo importado/Custo total	54,55%	66,67%	73,68%	78,26%
B. Preço líquido de venda (item 4 da tabela dados)	375,00	375,00	375,00	375,00
C. Participação importado no preço de venda (= A x B)	204,55	250,00	276,32	293,48
D. Margem de lucro 60% (= 60% C)	122,73	150,00	165,79	176,09
E. Preço parâmetro (= C - D)	81,82	100,00	110,53	117,39
F. Valor do bem importado (item 1 da tabela dados)	60,00	100,00	140,00	180,00
G. Ajuste (= F - E, se maior que zero)	0,00	0,00	29,47	62,61

Demonstração do Lucro Bruto				
Preço líquido de venda	375,00	375,00	375,00	375,00
Custo total efetivo ou máximo admitido conforme a IN	110,00	150,00	160,53	167,39
Lucro bruto	265,00	225,00	214,47	207,61
Margem bruta % efetiva ou máxima conforme a IN	70,67%	60,00%	57,19%	55,36%

Da análise das tabelas acima, constata-se o seguinte:

- a) a metodologia de cálculo prevista na IN não preserva uma margem de lucro bruto mínima de 60%;
- b) o preço parâmetro jamais atinge um valor máximo, pois sempre varia conforme também se altera o próprio valor pelo qual se efetiva a importação;
- c) embora se aumente o preço praticado na importação, até mesmo a patamares totalmente artificiais, nunca o acréscimo de ajuste será equivalente ao acréscimo de preço praticado.

Todas estas inconsistências são fruto da distorção causada pela própria fórmula adotada, ao determinar que o percentual de participação dos bens, serviços ou direitos importados seja apurado com relação ao custo total do bem produzido, em conformidade com a planilha de custos da empresa, o que acaba por incluir no cálculo a parcela relativa também ao custo agregado no País (em contrariedade ao que determina a Lei).

Interessante observar, por fim, um resumo geral dos ajustes a serem procedidos, conforme cada uma das interpretações apresentadas para o cálculo pelo método PRL, no exemplo dado. E o que consta na tabela a seguir:

Conforme a recorrente interpreta a Lei nº 9.430/96	0,00	0,00	10,00	50,00
Conforme a IN 243/2002	0,00	0,00	29,47	62,61
Conforme a Lei 9.430/96	0,00	0,00	40,00	80,00

As diferentes interpretações foram propositalmente postas na ordem crescente dos valores dos ajustes a elas relativos, de modo a evidenciar que a interpretação conferida pela IN SRF nº 243/2002, não obstante as críticas que a ela se fez, termina por gerar valores inferiores àqueles que determina a Lei nº 9.430/96, embora superiores àqueles apurados conforme a interpretação proposta pela recorrente.

Portanto, ao contrário do que sustenta a peça recursal, o cálculo proposto pela IN SRF nº 243/2002, em vez de provocar a exigência de tributo sem base legal e em valor superior ao devido, na verdade atua em sentido contrário, sempre em benefício do contribuinte. Ressalto que formulei diversos outros exemplos, alterando dados, ora fazendo variar isoladamente um ou outro valor determinado, sempre chegando a esta mesma conclusão.

Assim, não obstante as críticas que se possa fazer à metodologia de cálculo prevista na IN SRF nº 243/2002, é certo que de sua aplicação jamais resulta prejuízo ao contribuinte, não fazendo sentido este demandar que seja aplicado, em detrimento da fórmula que o beneficia, cálculo diverso que lhe seria mais oneroso. Neste sentido, a força normativa da referida IN tanto protege o contribuinte que siga o seu comando, nos termos do que dispõe o art. 100 do CTN, quanto vincula a atuação da administração tributária da Secretaria da Receita Federal do Brasil, de sorte que deve a mesma ser observada na aplicação do cálculo dos ajustes relativos aos preços de transferência pelo método PRL.

Além disto, digno de registro que uma das virtudes da fórmula estabelecida pela IN SRF nº 243/2002 é facilitar o cálculo dos ajustes individuais a serem procedidos, especialmente nos casos em que, para um mesmo produto, são utilizados mais de um bem, serviço ou direito importado.

Com estas considerações, é de se rejeitar o argumento de ilegalidade e inadequação do cálculo do PRL previsto na IN SRF nº 243/2002.”

7.10.2 No julgamento de que resultou o Acórdão nº 1102-00.610, de 23/11/11, concluiu-se, também, pela legalidade do método de cálculo estabelecido pela IN nº 243/02. No caso, entendeu-se que “o correto, para se alcançar o preço parâmetro do insumo importado, consiste em excluir do preço líquido de venda a margem de lucro de 60% e o valor agregado no País, sendo que a margem de lucro deve ser calculada exclusivamente sobre o preço líquido de venda”, e que levar em consideração, em tal apuração, “a proporcionalidade do preço do bem importado no preço líquido de venda” viria a dar “ainda mais precisão ao cálculo”.

7.10.3 Por ocasião do julgamento relativo ao Acórdão nº 1201-00.658, de 14/03/12, o CARF também se manifestou pela legalidade do cálculo do método PRL previsto pela IN nº 243/02.

7.10.3.1 Entenderam os julgadores que a interpretação dada pela referida IN seria aquela que “corretamente reproduz as exigências contidas” na lei, a partir de três argumentos:

- “Argumento linguístico”: o texto legal indicaria que o valor agregado no País não compõe a margem de lucro; se contrário fosse, a expressão “valor agregado no País”, constante do artigo 18, II, “d”, I da lei, “deveria estar precedida do artigo ‘o’”, e “não da preposição ‘do’”;

- “Argumento lógico”: seria “lógico que, para apurar-se o preço parâmetro do bem importado pelo método PRL-60, é necessário que, do preço de venda do bem produzido sejam subtraídas as par-

celas referentes ao valor agregado no País e à margem de lucro”, sendo que, na interpretação do contribuinte, “o valor agregado no país, ao invés de ser subtraído do preço de venda do bem produzido, é adicionado”;

- “Argumento sistemático”: não haveria que se falar em “benefício fiscal” àqueles que elevassem a participação de insumos nacionais na composição do bem. Isso porque a interpretação segundo a qual a lei “concede benefício fiscal às pessoas jurídicas que importem bens junto a pessoas vinculadas, em detrimento das que importam de pessoas não vinculadas”, sendo que postura dessa natureza “violaria claramente o princípio da isonomia, pois implicaria em tratamento desigual a pessoas que se encontram na mesma situação jurídica”.

7.10.3.2 Concluiu-se, ademais, que a aplicação do método de cálculo previsto na IN nº 243/02 resultaria em exigência fiscal “sempre igual ou inferior àquela decorrente da correta interpretação do art. 18 da Lei nº 9.430/96”.

7.10.4 Nada obstante, no Acórdão nº 1302-00.915, de 10/04/12, houve por bem o Conselho apontar a ilegalidade da IN nº 243/02, no que se refere ao cálculo do método PRL. Entendeu-se, no caso, que a referida IN teria ido além de uma mera “interpretação possível” da lei, por ter definido uma forma de cálculo do valor agregado no País - “alocação proporcional do preço de revenda ao custo nacional”- que não encontraria respaldo no texto legal. A este respeito, cabe ver as considerações realizadas pela Conselheira Relatora Lavinia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira:

“Mais ainda, tal presunção de proporcionalidade acaba estabelecendo que a empresa deve cobrar, sobre o total de seus custos, a margem de 150% para que ao fim tenha uma margem bruta de 60% do preço de revenda. Isso porque, se o custo é igual a 100 e o preço é igual a 250, a margem sobre o preço é de 60% e sobre o custo é de 150%. (...) Nessa medida, em minha visão, a redação da IN SRF 243/02 vai além da Lei para trazer um conceito de valor agregado no país que não consta da Lei. A IN SRF 243/02 substitui o valor agregado justo de cada bem por uma alocação de preço presumidamente proporcional ao custo. Trata-se de uma presunção simples, não suportada por qualquer prova e não autorizada por Lei. Por essa presunção ilegal, a IN SRF 243/02 passa a exigir a aplicação da margem de 150% sobre o custo total (ou 60% do preço de revenda líquido total), incluindo o custo nacional e estrangeiro, para que não resulte em ajuste de preço de transferência. A Lei, por sua vez, manda retirar, no cálculo do preço de transferência, o valor agregado no país, sem autorizar a presunção ou

arbitramento desse valor, pela proporcionalização, muito menos manda aplicar a mais valia de 150% ao custo nacional, para apurar o valor agregado! Além de não guardar correspondência no texto da Lei, a metodologia da IN SRF 243/02 não guarda correspondência com o contexto, objetivo ou espírito da Lei. A Lei visa proteger o lucro das empresas brasileiras, protegendo a arrecadação federal. A IN SRF 243/02 desestimula a geração de lucro no país, em prejuízo da arrecadação federal, na medida em que estimula a produção no exterior, em detrimento da produção brasileira. O artigo 18 da Lei, consoante seu *caput*, exige margens fixas a serem aplicadas ao produto adquirido de partes ligadas no exterior. O método PRL - 60% expressamente exclui da aplicação dessa margem fixa o valor agregado no país. A IN SRF 243/02 exige margem fixa de 150% do custo (ou 60% do preço) inclusive sobre custos adquiridos no Brasil de partes independentes, alocados à produção. Não me parece que a IN SRF 243/02 seja, portanto, uma interpretação razoável no contexto da Lei.”

7.10.5 Também no julgamento de que derivou o Acórdão nº 1202-000.835, de 07/08/12, o Conselho, à unanimidade dos membros da 2ª Turma Ordinária de sua 2ª Câmara, entendeu pela ilegalidade do cálculo do método PRL previsto pela IN nº 243/02. Para os julgadores, sendo função do ato normativo “interpretar o dispositivo legal”, e tendo a citada Instrução Normativa criado “variáveis na composição da fórmula que a lei não previu, concorrendo para a apuração de valores que excederam ao valor do preço estabelecido pelo texto legal”, seria imperioso concluir “pela ilegalidade da respectiva forma de cálculo”.

7.10.6 Interessantes, neste sentido, as considerações tecidas pelo Conselheiro Relator Carlos Alberto Donassolo:

“Efetivamente, verifico que a redação contida no art. 18, II, da Lei nº 9.430, de 1996 (com a redação dada pela Lei nº 9.959, de 2000), dispondo a respeito da apuração do preço parâmetro, segundo o método PRL-60, difere daquela contida no artigo 12 da IN SRF nº 243, de 2002. A norma regulamentar resolveu inovar, ao trazer variável não contida no texto legal e variável que se encontra no texto legal, mas não se encontra na instrução normativa. Refiro-me à inclusão, pelo inciso II, § 11, artigo 12, da IN SRF nº 243, de 2002, de variável relativa ao ‘percentual de participação do custo bem importado no custo do produto final’ (custo importado/custo total) que em nenhum momento foi citada no art. 18 da Lei 9.430, de 1996. Além disso, no cálculo do preço parâmetro indicado no inciso V, § 11, art. 12 da IN SRF 243, de 2002, deixou de ser considerada a variável relativa a dedução do ‘valor agregado’, confor-

me expressa previsão contida no texto legal (Lei nº 9.430, 1996, art. 18, inciso II, letra 'd', número 1). Assim, o art. 12 da IN SRF nº 243, de 2002, ao alterar as variáveis na fórmula de cálculo do preço parâmetro, distorceu o valor do prego daquele previsto no texto legal. Trata-se de conclusão alcançável pelo simples cotejo das normas.”

A Ilegalidade da IN nº 243/02 no Judiciário

7.11 Matéria que, como visto, é objeto de intensa polêmica no âmbito administrativo, a discussão sobre a ilegalidade do cálculo do método PRL previsto na IN nº 243/02 foi levada também ao Judiciário.

7.11.1 Assim é que, em decisão proferida em 19/08/10³⁴³, a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria de votos, assegurou ao contribuinte o cálculo do método PRL conforme constante da Lei nº 9.430/96, afastando a aplicação das alterações trazidas pela IN nº 243/02. No entender dos julgadores, a IN nº 243/02, ao estabelecer nova metodologia de cálculo para o método PRL, teria extrapolado sua função regulamentar, conforme se vê nos termos do voto vencedor:

“Ao contrário do sustentado pelo eminente Relator, entendo, à luz das transcrições procedidas, que, ao abordar o Método de Preço de Revenda Menos Lucro - PRL, a Instrução Normativa nº 243/2002 desbordou de sua função precípua, tal seja, regulamentar o comando contido no art. 18 da Lei n. 9.430/1996, de sorte a propiciar seu fiel cumprimento. De fato, a Lei n. 9.430/1996 estabelece que o método PRL consiste na média aritmética dos preços de revenda dos bens, ao passo que a Instrução Normativa se refere à média aritmética ponderada. Ademais, citada Instrução Normativa consagra, no § 11 do art. 12, metodologia para o cálculo do preço parâmetro, a qual não é versada na Lei nº 9.430/1996. Nesse diapasão, atente-se que, a teor da lei, a aplicação do coeficiente de 60% dá-se sobre a média dos preços de venda do bem produzido, enquanto, à vista da instrução normativa, aludida alíquota recai sobre a participação do bem importado no preço de revenda da mercadoria fabricada. Bem é de se ver que tal alteração guarda potencialidade à majoração do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro, em especial naquelas situações em que resta agregado maior valor ao produto no Brasil. É dizer: anteriormente, o PRL era definido após a dedução da margem de lucro, cujo cálculo considerava o valor da venda do produto no mercado interno, ao

³⁴³ Cf. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Apelação Cível nº 0034048-52.2007.4.03.6100/SP, 3ª Turma, DJ de 03/12/10.

contrário do que, hodiernamente, sucede, em que se leva em conta o contributo da mercadoria estrangeira no custo total do bem.”

7.11.2 Em que pese a conclusão alcançada na decisão mencionada acima, a mesma 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região veio a concluir, em julgado de 10/02/11³⁴⁴, em sentido contrário. No caso, embora tenha se assinalado que os critérios postos pela IN nº 243/02 fossem “menos vantajosos” ao contribuinte, esta, “ao considerar o percentual de participação dos bens, serviços ou direitos importados no custo total do bem produzido, a IN nº 243/02 nada mais está fazendo do que levar em conta o efetivo custo daqueles bens, serviços e direitos na produção do bem, que justificariam a dedução para fins de recolhimento do IRPJ e da CSLL”. Referida decisão foi objeto de embargos de declaração, rejeitados pelo tribunal ao argumento de que aquela teria sido clara ao afirmar não se poder extrair, do fato do cálculo previsto pela IN implicar tratamento menos vantajoso ao contribuinte, a conclusão de serem-se “de sistemáticas diferentes e, conseqüentemente, ofensa à Lei”³⁴⁵.

7.11.3 Também a 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região decidiu pela legalidade do cálculo previsto pela IN nº 243/02³⁴⁶. No caso, os julgadores criticaram a sistemática prevista pela anterior IN nº 32/01, que provocaria distorções ao silenciar “sobre a participação dos bens, serviços ou direitos importados da coligada sediada no exterior, na composição do valor agregado ao bem produzido”. Neste contexto, a IN nº 243/02 teria vindo a lume para “aperfeiçoar” a metodologia então vigente:

“O aperfeiçoamento fez-se necessário porque o preço final do produto aqui industrializado não se compõe somente da soma do preço individualizado de cada bem, serviço ou direito importado. À parcela atinente ao lucro empresarial, são acrescidos, entre outros, os custos de produção, da mão de obra empregada no processo produtivo, os tributos, tudo passando a compor o valor agregado, o qual, juntamente com a margem de lucro de sessenta por cento, mandou a lei expungir. Daí, a necessidade da efetiva apuração do custo desses bens, direitos ou serviços importados da coligada sediada no exterior, pena de a distorção, consubstanciada no aumento abusivo dos custos de produção, com a conseqüente redução artificial do lucro real, base de cálculo do IRPJ e da base de cálculo da CSLL a patamares inferiores aos que efetivamente seriam apurados, redundar em evasão fiscal.”

³⁴⁴ Cf. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Apelação Cível nº 0017381-30.2003.4.03.6100/SP, 3ª Turma, DJ de 21/02/11.

³⁴⁵ Cf. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Embargos de Declaração em Apelação Cível nº 0017381-30.2003.4.03.6100/SP, 3ª Turma, DJ de 16/05/01.

³⁴⁶ Cf. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Apelação/Reexame Necessário nº 0006125-90.2003.4.03.6100/SP, 6ª Turma, julgamento em 25/08/11.

Medidas Provisórias nºs 472/09, 476/09 e 478/09

7.12 Treze anos após o advento da Lei nº 9.430/96, o Poder Executivo editou, na segunda quinzena de dezembro de 2009, as Medidas Provisórias nºs 472/09, 476/09 e 478/09. Tais normas causaram grande repercussão na disciplina dos preços de transferência. As alterações polêmicas foram feitas, em especial, no que diz respeito ao método PRL, destinado às transações, realizadas entre partes vinculadas, de importação seguida de revenda, com ou sem agregação de valor, no País, ao produto importado.

7.12.1 A primeira das normas, Medida Provisória nº 472/09, foi editada pelo Poder Executivo no dia 15 de dezembro de 2009. Entre diversas outras disposições, trouxe, no último de seus artigos, uma alteração significativa no regime de cálculo do método PRL. Lê-se, em seu artigo 61:

“Art. 61. Ficam revogados:

(...)

II - o art. 2º da Lei nº 9.959, de 27 de janeiro de 2000.”

7.12.1.1 Na época já se especulava que teria havido algum engano: a revogação daquele dispositivo somente faria sentido se outro tivesse sido introduzido; o mais provável era que o texto original da Medida Provisória contivesse o texto alternativo, mas que este tivesse sido retirado, no último momento, tendo permanecido, por engano, a revogação acima.

7.12.1.2 Engano ou não, o fato é que aquele dispositivo havia revogado o artigo 2º da Lei nº 9.959/00. Este, por sua vez, era o que apresentava as margens de lucro a serem aplicadas ao PRL. A consequência da revogação era a situação paradoxal em que já não haveria mais margem de lucro a ser deduzida do preço de revenda, na apuração do método PRL. Noutras palavras, o método levaria ao absurdo de um cálculo de preço-parâmetro que seria equivalente ao próprio preço de revenda. Ou seja, embora o PRL fosse “Preço de Revenda menos Lucro”, sua fórmula legal se limitaria ao preço de revenda, não havendo lucro a ser deduzido desse.

7.12.1.3 A ausência de uma margem de lucro a ser deduzida para o cálculo do preço-parâmetro evidentemente descaracterizou o método PRL, tornando-o inapropriado para o fim a que se destinava. A margem de lucro é uma das características principais do método: o mero preço de revenda não corresponde ao preço de mercado que seria praticado entre partes independentes em uma aquisição de bens para posterior revenda³⁴⁷. O preço

³⁴⁷ À mesma conclusão chegaram as autoridades fiscais, conforme se pode ler no Parecer Normativo COSIT nº 01/12: “(...) a aplicação de margens de lucro pré-estabelecidas é inerente ao cálculo do método PRL. As margens de 20% e de 60% são imprescindíveis, para fins de cálculo dos preços parâmetros. Caso tais margens não fossem utilizadas, os preços de revenda dos bens, serviços e direitos da própria empresa no mercado interno seriam considerados custos dedutíveis da base de cálculo do imposto de renda, o que contrariaria a lógica do Método PRL.”

obtido pelo cálculo do método sem a dedução das margens de lucro não seria, portanto, *arm's length*.

7.12.2 Evidenciando que o Poder Executivo havia errado ao revogar o referido dispositivo, poucos dias depois surgiu a Medida Provisória nº 476/09.

7.12.2.1 Editada em 23 de dezembro de 2009, a Medida Provisória nº 476/09, entre outras disposições, dedicou-se a eliminar a inconveniência criada pela Medida Provisória nº 472/09 em relação ao método PRL por conta da revogação de suas margens de lucro. Em sua exposição de motivos, a Medida Provisória nº 476/09 identificou o problema a ser eliminado:

“(...) a revogação acarreta a inaplicabilidade do método denominado Preço de Revenda Menos Lucro (PRL) uma vez que fica sem margem de lucro a ser considerada na apuração do preço parâmetro.”

7.12.2.2 Assim, a Medida Provisória nº 476/09, em seu artigo 6º, revogou a disposição da Medida Provisória nº 472/09 (artigo 61, II) que eliminara as margens de lucro do método de cálculo do PRL. Não só isso, como também ripristinou expressamente o artigo 2º da Lei nº 9.959/00. A Medida Provisória nº 476/09 estabeleceu, assim, o retorno da consideração das margens de lucro de 20% e 60% para o cálculo do preço-parâmetro através do método PRL.

7.12.2.3 Sobre a ripristinação, é bom que se lembrem os termos do artigo 2º, parágrafo 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil): “salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência”. Vê-se que, embora de regra não se admita a ripristinação, o texto legal tem caráter dispositivo, já que admite que o legislador disponha diversamente. No caso da Medida Provisória nº 476/09, como visto, a ripristinação decorreu de mandamento expresse.

7.12.2.4 Se a ripristinação é matéria aceita no caso, seus efeitos, em questão tributária, não são óbvios. Afinal, a Medida Provisória fora editada no dia 15 de dezembro e com ela foram revogadas as margens do método PRL. Estas apenas foram restabelecidas no dia 23 de dezembro. Houve um intervalo de oito dias, em 2009, no qual as margens de lucro previstas pelo artigo 2º da Lei nº 9.959/00 não existiram.

7.12.2.5 Tendo em vista que o método PRL é um dos meios para a apuração do preço-parâmetro no cálculo dos preços de transferência, a questão ganha relevância quando se considera a hipótese em que sua aplicação implique tributação que inexistiria se o referido método tivesse sido revogado.

7.12.2.6 Afinal, a Lei nº 9.430/96 previa, à época, em seu artigo 18, três métodos para a apuração dos preços de transferência na importação:

PIC, CPL e PRL. Caberia ao Fisco demonstrar que o preço praticado pelo contribuinte, na importação, excedia ao maior preço-parâmetro. Na falta do PRL, restaria ao Fisco apurar o preço-parâmetro pelo CPL ou pelo PIC. Ora, raros são os casos em que o Fisco tem como apurar o CPL, já que este exige o conhecimento do custo de produção do bem no exterior. O PIC, por sua vez, exige preços independentes comparáveis, cuja dificuldade cresce geometricamente na medida em que se sofisticava o produto. No caso de bens de alta tecnologia, bem como em produtos patenteados em geral, o PIC muitas vezes se torna inviável. Daí que se o Fisco não tiver como apurar o preço-parâmetro pelo PRL, não terá como exigir ajuste de preços de transferência.

7.12.2.7 Esse raciocínio é suficiente para que se afirme que nos casos em que o Fisco não disponha de PIC ou CPL, a introdução de um método PRL, antes inexistente, implica aumento de tributo, por permitir que o Fisco, por meio desse método, exija ajuste no lucro real doutro modo inviável.

7.12.2.8 Daí que caso se conclua que o PRL teria sido revogado pela Medida Provisória nº 472/09, em 15 de dezembro, sua reintrodução, pela Medida Provisória nº 476/09, em 23 de dezembro, poderia implicar aumento da carga tributária para aqueles casos em que não haja PIC ou CPL.

7.12.3 Antes, entretanto, que se enfrente esta questão, cabe ver que poucos dias depois, o Poder Executivo editou, no dia 29 de dezembro, a Medida Provisória nº 478/09. Além de modificar novamente o método PRL, a referida norma trouxe alterações também para os métodos PIC e CPL.

7.12.3.1 Diversos dos dispositivos da referida Medida Provisória poderiam implicar incremento na carga tributária.

7.12.3.2 Pelo disposto na Medida Provisória nº 478/09, os métodos utilizados nas operações de importação deveriam adotar a média aritmética ponderada e o custo médio ponderado, e não mais o simples, conforme previsto originalmente pela Lei nº 9.430/96. Já nessa diferença de cálculo, por mais justificada que seja do ponto de vista lógico, poder-se-ia ter ajuste diverso, por conta da Medida Provisória, em relação ao ajuste apurado na forma da redação original da Lei nº 9.430/96.

7.12.3.3 Em relação ao PIC, foi também estabelecida uma nova condição para sua utilização: na hipótese em que os dados utilizados para fins de cálculo dissessem respeito às próprias operações do contribuinte, tais operações deveriam representar ao menos 10% do valor das operações de importação sujeitas ao controle de preços de transferência empreendidas no período de apuração. Noutras palavras, na hipótese de não se encontrar um número de transações relevantes, ficaria afastado o PIC. Se em certos casos esse resultado poderia ser favorável ao contribuinte, já que também o Fisco ficaria impedido de valer-se de operações esporádicas para a apuração de

um preço-parâmetro, por outro lado também se poderiam cogitar situações em que o contribuinte pretendesse se socorrer de um inexpressivo número de transações para apurar um preço-parâmetro pelo PIC, eventualmente mais favorável que aquele apurado pelo Fisco por outro método (PRL ou CPL).

7.12.3.4 A Medida Provisória nº 478/09 também acrescentou à Lei nº 9.430/96 dois novos dispositivos: os artigos 19-A e 19-B. O primeiro deles permitia ao Ministro da Fazenda fixar margens de lucro diferentes por setor ou ramo de atividade econômica para fins de apuração do preço-parâmetro (o que mais tarde veio a ser objeto da Lei nº 12.715/12). Já o artigo 19-B determinava que o contribuinte informasse o método escolhido na Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ), sem possibilidade de alterar sua escolha uma vez já iniciada a fiscalização, quando o fiscal poderia escolher o método que utilizará na falta de escolha pelo contribuinte, ou no caso de a documentação apresentada ser insuficiente ou imprestável. Por se tratar de dispositivo acerca de procedimento de fiscalização, poder-se-ia cogitar de sua imediata aplicação. Entretanto, tendo em vista que a legislação anterior não versava sobre qualquer opção por um ou outro método, a previsão desta, feita em caráter irrevogável, implicaria majoração de carga tributária, se ficasse constatada, posteriormente, a existência de um preço-parâmetro mais conveniente para o contribuinte.

7.12.3.5 Dentre as alterações trazidas pela Medida Provisória nº 478/09 aos artigos 18 e 19 da Lei nº 9.430/96, a mais substancial foi em relação ao método PRL. Em verdade, a Medida Provisória em tela substituiu esse método por outro, o Preço de Venda menos Lucro ('PVL'). Em relação ao antigo PRL, o novo método fixou uma margem de lucro presumida única, de 35%, a ser aplicada tanto para os casos de simples revenda, quanto para as hipóteses em que haja agregação de valor ao bem pelo importador.

7.12.4 É inofensivo o aumento da carga tributária para os casos de simples revenda, já que a margem anterior, de 20%, levava a preço-parâmetro necessariamente superior ao a que se chegaria com a margem de 35%.

7.12.4.1 No caso da produção local, o aumento da carga tributária não é tão óbvio. O método PVL aproximou-se nitidamente do PRL para casos de produção local conforme este fora previsto pela IN nº 243/02. Isso porque a margem de lucro do PVL, uniformizada em 35%, deveria ser aplicada sobre a participação do bem, direito ou serviço importado no preço de venda, da mesma forma que a IN nº 243/02 determinava para a margem de lucro de 60% do PRL. Nesse sentido, poder-se-ia argumentar que teria havido benefício ao contribuinte, ao se reduzir o percentual.

7.12.5 Ocorre que a IN nº 243/02, como se apontou, carece de base legal. Sua fórmula distanciou-se da metodologia prevista pela Lei nº 9.430/96 para o PRL, onde a margem de lucro de 60% seria aplicada sobre o valor integral do preço líquido de venda do produto, diminuído do valor agregado no País.

7.12.6 A falta de lei para sustentar a metodologia criada pela IN nº 243/02 e posteriormente adotada pela Medida Provisória nº 478/09 foi, aliás, reconhecida pelo próprio Poder Executivo, na exposição de motivos da referida Medida Provisória:

“Visando instituir, em dispositivo legal, essas medidas que hoje constam apenas em Instrução Normativa, propõe-se a alteração da redação do art. 18 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com o intuito de reduzir a litigiosidade que a matéria tem suscitado, garantindo maior eficácia aos controles de preços de transferência.”

7.12.7 Ora, nos casos em que a apuração do método PRL, nos termos da Lei nº 9.430/96 (modificada pela Lei nº 9.959/00) resultasse em preço-parâmetro mais conveniente ao contribuinte, teria havido, igualmente, aumento de carga tributária quando a Medida Provisória nº 478/09 impôs o cálculo pelo PVL.

7.12.8 Reconhecendo implicitamente o aumento da carga tributária, a Medida Provisória nº 478/09 determinou, em seu artigo 15, que suas disposições relacionadas aos preços de transferência produziram efeitos a partir de 1º de janeiro de 2010. Considerando as dúvidas geradas com as alterações no método PRL realizadas pelas Medidas Provisórias nºs 472/09 e 476/09, a Medida Provisória nº 478/09 também estabeleceu, no artigo 11, que o contribuinte que optasse pelo método PRL para o ano-calendário de 2009 deveria adotá-lo conforme disposto na Lei nº 9.430/96, modificada pela Lei nº 9.959/00. Ou seja, desconsiderava-as confusas modificações estabelecidas pelas Medidas Provisórias editadas em fins de 2009 sobre a matéria.

7.12.9 Em 31 de dezembro, nenhuma das três Medidas Provisórias havia sido apreciada pelo Congresso Nacional.

7.12.9.1 A Medida Provisória nº 472/09, que, como visto, revogou as margens de lucro a serem aplicadas no método PRL, foi convertida, dentro do prazo constitucional para tanto, na Lei nº 12.249/10. No entanto, durante o processo de conversão perante o Congresso Nacional (Projeto de Lei de Conversão nº 1/10), foi excluído o artigo 61, II, que constava originalmente do texto da referida norma. Assim, a Lei nº 12.249/10, resultante da conversão da Medida Provisória nº 472/09, foi promulgada sem a polêmica revogação das margens de lucro para o cálculo do preço-parâmetro através do método PRL.

7.12.9.2 A Medida Provisória nº 476/09, que revogava a alteração no método PRL realizada pela Medida Provisória nº 472/09 e ripristinava expressamente o artigo 2º da Lei nº 9.959/00, não foi convertida em lei no prazo dado pela Constituição (60 dias, prorrogáveis por mais 60, de acordo com o disposto pelo artigo 61, parágrafo 3º, da Constituição Federal). Dessa forma, a referida norma teve sua eficácia encerrada no dia 1º de junho de 2010, conforme declarado pelo Ato do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 23/10.

7.12.9.3 A Medida Provisória nº 478/09, por sua vez, também não foi convertida em lei pelo Congresso Nacional no prazo de que este dispunha para tanto. Assim, as alterações trazidas pela norma em tela, como a substituição do PRL pelo PVL, tiveram o termo final de sua vigência no dia 1º de junho de 2010, conforme foi declarado pelo Ato do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 18/10.

7.12.10 Em meio ao conturbado cenário legislativo em matéria de preços de transferência que se apresentou no final de 2009, o contribuinte que precisou aplicar a legislação de preços de transferência para ajustar os preços praticados nas operações com empresas vinculadas viu-se diante de um impasse. Quais seriam os métodos de preços de transferência efetivamente vigentes ao final de 2009? Quais seriam as margens de lucro aplicáveis? Poder-se-ia utilizar o PVL ou apenas o PRL? As margens de lucro do PRL continuariam vigentes?

7.12.10.1 O primeiro cenário que se vislumbra em tal situação é aquele que se descortinou após a edição da Medida Provisória nº 472/09. Em princípio, o artigo 61 da Medida Provisória nº 472/09 estava vigente desde a data de sua publicação, 16 de dezembro de 2009. O fato de o Projeto de Conversão, que finalmente resultou na Lei nº 12.249/10 não ter confirmado aquele dispositivo é irrelevante. Uma vez aprovado o projeto de conversão, já não há espaço para qualquer decreto legislativo: nos termos do parágrafo 12º do artigo 62 da Constituição Federal, o texto original da Medida Provisória nº 472/09 “manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto”.

7.12.10.2 Aqui já é necessário notar que, independentemente do que veio a ocorrer posteriormente, a vigência da Medida Provisória nº 472/09 não poderia implicar aumento da carga tributária, seja em termos do IRPJ, seja da CSLL.

7.12.10.3 Assim, se para determinado contribuinte o PRL, em sua formulação original, era o método mais favorável, o Fisco não poderia invocar sua revogação para impor-lhe o PIC ou CPL. Claro que esta hipótese seria teórica, já que, como visto, a Medida Provisória nº 478/09 viria confirmar o entendimento do Fisco no sentido de se continuar a aplicar o PRL para 31 de dezembro. Como, entretanto, já se disse que a última Medida Provisória

não foi convertida em lei, importa deixar claro que independentemente da vigência ou revogação desta, o princípio da anterioridade já assegura o direito de o contribuinte invocar o PRL, se este lhe for mais favorável.

7.12.10.4 De qualquer forma, poucos dias após a revogação das margens de lucro do método PRL, o Poder Executivo tratou de restabelecer tais margens por meio de outra Medida Provisória, que revogou o artigo 61, inciso II, da Medida Provisória nº 472/09.

7.12.10.5 Antes de se examinar seus efeitos, importa determinar sua vigência, já que seu texto não foi apreciado pelo Congresso Nacional no prazo constitucional.

7.12.10.5.1 Não convertida em lei a medida provisória passado o intervalo de 120 dias, ela perde sua vigência *ex tunc*, cabendo ao Congresso Nacional, por meio de Decreto Legislativo, disciplinar as relações jurídicas daí decorrentes. No caso concreto, o Congresso Nacional silenciou a respeito. A falta de manifestação do Congresso Nacional implica, nos termos do parágrafo 11º do artigo 62 da Constituição Federal, a consequência de que “as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas”.

7.12.10.6 Pois bem: o mandamento contido na Medida Provisória nº 476/09 era a repristinação do método PRL. Sua revogação, dada por força da Medida Provisória nº 472/09, era anulada pela nova Medida Provisória, editada oito dias depois.

7.12.10.7 Poder-se-ia questionar se o fato jurídico tributário ocorrido em 31 de dezembro, que deu nascimento às obrigações de IRPJ e CSLL, seria um caso de *ato praticado* durante a vigência da Medida Provisória. Haveria a possibilidade de se cogitar que o mandamento constitucional que dá vigência à medida provisória não convertida em lei somente se aplicaria se houvesse um ato jurídico, propriamente dito, e não qualquer fato. Negada a natureza de ato jurídico ao fato jurídico tributário, também se negaria a aplicação do dispositivo constitucional.

7.12.10.8 Não parece este o raciocínio mais acertado, principalmente tendo em vista a abrangência do dispositivo, que irradia os efeitos da medida provisória não só às relações *constituídas* por atos praticados durante sua vigência, mas também às *decorrentes*. Ora, se o fato jurídico tributário não é, em si, um ato jurídico, ele decorre de uma série deles.

7.12.10.9 Assim, as relações jurídicas surgidas em 31 de dezembro de 2009 consideram-se, em princípio, afetadas pela Medida Provisória nº 476/09, mesmo que esta não tenha sido convertida em lei. Se esta Medida Provisória repristinou o PRL, então já se vê que, em 31 de dezembro de 2009, não haveria que cogitar os efeitos da Medida Provisória nº 472/09, porque revogada, neste aspecto, pela Medida Provisória nº 476.

7.12.10.10 Ocorre que, ao lado da discussão surgida em virtude da vigência da Medida Provisória nº 476/09, há que se considerar que se trata de tema tributário. Neste caso, assume relevância o princípio da anterioridade. Afinal, se em 15 de dezembro fora revogado o método PRL e este apenas foi restaurado em 23 de dezembro, é fato que, por oito dias, o referido método não estava em vigor no ordenamento. Sua restauração poderia implicar majoração de tributação, para aqueles casos em que o PRL fosse a única fonte para o ajuste da base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Como visto, tal seria o caso dos contribuintes para os quais não houvesse possibilidade de ajuste pelo PIC ou pelo CPL.

7.12.10.11 A hipótese da restauração do método PRL pode, portanto, gerar um aumento no imposto devido, dando azo ao princípio da anterioridade.

7.12.10.12 Abrem-se, de imediato, duas possibilidades: aqueles contribuintes que tenham sido beneficiados com a restauração do método PRL e os outros prejudicados com a medida.

7.12.10.12.1 Para os contribuintes beneficiados com a restauração do método PRL, não há como duvidar de sua aplicação em 31 de dezembro de 2009. Como visto, embora a Medida Provisória nº 472/09 tenha produzido todos os seus efeitos até a data da sanção de seu Projeto de Conversão em lei, também a Medida Provisória nº 476/09 surtiu efeitos em 31 de dezembro, por conta da falta de Decreto Legislativo a tal respeito. Assim, foi repristinado o método PRL e, se daí resulta ajuste favorável ao contribuinte, não há que se cogitar instituição ou aumento de tributo, não havendo espaço para a anterioridade. Como a Medida Provisória nº 478/09 apenas confirmou a aplicação do método PRL, nada obsta sua aplicação. Em síntese: se o contribuinte prefere invocar o método PRL, porque os métodos PIC e CPL lhe são desfavoráveis, o Fisco deve acatar tal método.

7.12.10.12.2 Já nos casos em que a adoção do método PRL seja desfavorável ao contribuinte, a situação não é tão simples. Afinal, houve, no transcurso do ano-base de 2009, um vácuo no qual o PRL não era contemplado pelo ordenamento jurídico. A questão é se a repristinação, dada pela Medida Provisória nº 476/09, teve o condão de preencher aquele vácuo, vigendo o método PRL sem solução de continuidade, ou se, ao contrário, apenas com a entrada em vigor da Medida Provisória nº 476/09 é que o método PRL teria sido reintroduzido no ordenamento, implicando, nesse caso, aumento na base de cálculo daqueles contribuintes cujo ajuste pelo método PRL seja desfavorável.

7.12.10.13 A questão da restauração do método PRL pela Medida Provisória nº 476/09 remete ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.031-5, quando o Supremo Tribunal Federal avaliou a constitucionalidade do artigo 75 do Ato das Disposições Constitucionais

Transitórias (ADCT). Tal dispositivo, inserido no texto constitucional pela Emenda nº 21/99, refere-se à prorrogação da Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF).

7.12.10.13.1 Alegou-se, no caso, que o artigo 75 do ADCT não estaria a prorrogar o tributo, uma vez que as Leis nºs 9.311/96 e 9.539/97, que, respectivamente, instituiu e prorrogou o tributo, eram temporárias e já haviam perdido sua eficácia. Neste sentido, defendeu-se que a Emenda nº 21, ao invés de prorrogar, teria operado a repristinação de tais legislações, instituindo assim tributo novo. Percebe-se, desta forma, a possibilidade de se analisar o referido caso de maneira análoga à questão da Medida Provisória nº 476/09: estaria essa norma repristinando o conteúdo do artigo 2º da Lei nº 9.959/00 e, ao fazê-lo, instituindo tributo novo?

7.12.10.13.2 Pela leitura do artigo 2º, parágrafo 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a repristinação é permitida em nosso ordenamento apenas quando realizada de forma expressa. Tal foi o que fez o artigo 6º da Medida Provisória nº 476/09 quando, após revogar o artigo 61, II da Medida Provisória nº 472, estabeleceu expressamente o retorno da vigência do artigo 2º da Lei nº 9.959/00. No entanto, cumpre assinalar que, ao se realizar a repristinação, a lei revogada não “ressuscita”, pois a norma que a restabelece não a traz de volta à vida. A lei que restaura a norma revogada corresponde a uma nova norma, com igual conteúdo ao da lei anteriormente revogada³⁴⁸.

7.12.10.13.3 A leitura do inteiro teor das discussões travadas no julgamento da medida cautelar concernente à matéria³⁴⁹ revela que os Ministros deram atenção ao processo legislativo - objeto de longa discussão travada pelo Ministro Nelson Jobim - e à questão de uma Emenda Constitucional criar tributo - discussão entre os Ministros Ilmar Galvão e Moreira Alves, num primeiro momento e entre Marco Aurélio e Nelson Jobim posteriormente - passando despercebida questão da anterioridade.

7.12.10.13.4 Quando do julgamento da ADIn nº 2.031-5 propriamente dita³⁵⁰, houve pouquíssimo espaço para discussão, limitando-se a Ministra Ellen Gracie a reproduzir o que se discutira no âmbito da cautelar. É curioso o fato de que o Ministro Ilmar Galvão, vencido naquela cautelar, trouxe, acertadamente, o argumento de que a repristinação, pelo artigo 75 do ADCT, da lei instituidora da CPMF, implicava verdadeira instituição de

³⁴⁸ Cf. Maria Helena Diniz, *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 80.

³⁴⁹ ADIn nº 2031-5-DF (Medida Cautelar). Relator Ministro Octávio Gallotti. j. em 29/09/99, DJ de 28/06/02.

³⁵⁰ ADIn nº 2.031-5-DF. Relatora Ministra Ellen Gracie. j. em 03/10/02, DJ de 17/10/03.

novo tributo - fato que se refletiu na observação do prazo de 90 dias para sua cobrança, conforme postulado pela anterioridade nonagesimal. Afirmava o Ministro Ilmar Galvão, textualmente: “fiquei vencido quando do julgamento da medida cautelar primeiramente, porque houve um intervalo temporal entre o vencimento do prazo da lei e a emenda constitucional que restaurou a contribuição, razão pela qual entendi que esta só poderia ser aplicada após o decurso de noventa dias de sua edição, em face do princípio da anterioridade atenuada”. Na verdade, tal argumento não aflorara quando da discussão da medida cautelar; de qualquer modo, não foi examinado pelos demais Ministros em qualquer das oportunidades.

7.12.10.13.5 Assim, verifica-se que embora, de fato, já se tenha precedente de repristinação de texto normativo sem que se tenha observado a anterioridade, o argumento, propriamente dito, não chegou a ser objeto de análise por parte dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, à exceção do Ministro Ilmar Galvão. Este restou vencido, é certo, mas não por este aspecto, ignorado por seus pares.

7.12.10.14 Não parece irrelevante o argumento. Embora se possam fazer críticas ao Princípio da Anterioridade, por sua natureza pífia enquanto garantidor da segurança jurídica, contém ele regra que impõe não se dê vigência a lei que institua ou majore tributo no mesmo ano de sua edição. Ora, se o método PRL foi revogado pela Medida Provisória nº 472/09, em 15 de dezembro, sua repristinação em 23 do mesmo mês implicou exigência inexistente, por exemplo, no dia 22 do referido mês³⁵¹. Nos casos de inaplicabilidade de PIC ou CPL, não haveria ajuste que lhe fosse exigível.

7.12.10.15 Em resumo: inexistindo, no período de 15 a 22 de dezembro de 2009 o método PRL, sua criação, em 23 de dezembro de 2009 deveria respeitar o princípio da anterioridade.

7.12.10.16 Mais uma vez, cabe ressaltar que tal resultado - inaplicabilidade do PRL nos casos em que este se revele gravoso - deveu-se à inabilidade do Poder Executivo com seu inegável descuido ao revogar o PRL durante o próprio curso do ano.

7.12.10.17 É curioso que a atitude do Poder Executivo deixou de mãos atadas o Poder Legislativo. Afinal, quando este aprovou o Projeto de Conversão da Medida Provisória nº 472/09, acabou por dar azo à aplicação do parágrafo 12º do artigo 62 da Constituição Federal, confirmando a vigência da Medida Provisória, inclusive do seu artigo 61, que revogara o PRL.

7.12.10.18 A alternativa que haveria para o Poder Legislativo assegurar a vigência do PRL seria rejeitar a Medida Provisória em questão. Nesse caso, haveria espaço para o Congresso Nacional editar Decreto Legislativo

³⁵¹ Não foi este, contudo, o entendimento adotado pelas autoridades tributárias por ocasião do Parecer Normativo COSIT nº 01/12, conforme se verá abaixo.

determinando que o artigo 61 não produzisse efeito. Entretanto, teria aplicação, igualmente, o parágrafo 10º do artigo 62 da Constituição Federal, que impediria que nova Medida Provisória tratasse de qualquer dos temas versados pela Medida Provisória nº 472/09 que, vale lembrar, nada tinha acerca de preços de transferência. Restaria, por certo, a possibilidade de o Congresso Nacional, por lei, tratar do tema, mas isso implicaria observância de todo o processo legislativo próprio. Essa solução, posto que dificultosa, parece ser o único caminho constitucionalmente possível para assegurar a manutenção do PRL em 2009, nos casos em que este se revele gravoso ao contribuinte. Não tendo sido trilhado, a consequência jurídica apontada parece ser de direito.

7.12.11 Finalmente, apenas para que se encerre o quadro da situação jurídica em 31 de dezembro de 2009, vale lembrar que em meio às dúvidas decorrentes da edição das Medidas Provisórias nºs 472/09 e 476/09, o Poder Executivo editou a Medida Provisória nº 478/09, que extinguiu o método PRL para criar o método PVL. A referida Medida Provisória também não foi aprovada pelo Congresso Nacional e este igualmente silenciou acerca de seus efeitos. Nos termos do parágrafo 12º do artigo 62 da Constituição Federal acima referido, fica assegurada sua vigência em 31 de dezembro. Entretanto, como ela é expressa acerca da inaplicabilidade do método PVL em 2009, não parece trazer qualquer novo ponto à conclusão acima.

7.12.12 Em síntese, constata-se que em 31 de dezembro de 2009, aqueles contribuintes que encontrassem no método PRL um ajuste menor que aquele que lhes fosse imposto pelos métodos PIC e CPL poderiam aplicar aquele, invocando sua repristinação, por força da Medida Provisória nº 476/09, em vigor naquela data.

7.12.13 Quanto aos contribuintes que não estivessem sujeitos a ajuste por conta dos métodos PIC e CPL, podem, acertadamente, alegar que não têm qualquer ajuste no ano de 2009, já que naquele período não haveria como aplicar o método PRL, revogado pela Medida Provisória nº 472/09 em 15 de dezembro (e, portanto, anteriormente a 31 de dezembro); sua repristinação, por implicar exigência nova, não pode ser observada no ano-calendário de 2009.

Situação no Ano-base de 2010: Fatos Jurídicos Tributários Ocorridos durante o Transcurso do Prazo Constitucional de 120 Dias para Apreciação das Medidas Provisórias

7.13 Com relação ao ano-base de 2010, a sequência de Medidas Provisórias acima relatada também traz diversos questionamentos, já que, como visto, apenas a Medida Provisória nº 472/09 foi aprovada pelo Congresso Nacional, mas seu projeto de conversão não contemplou a revogação do método PRL.

7.13.1 Importa ver a situação daquelas empresas que, durante o ano-base de 2010, mas antes de junho (portanto, antes de transcorrido o prazo de 120 dias para a apreciação das Medidas Provisórias), tenham incorrido no fato jurídico tributário do IRPJ e da CSLL. É verdade que há norma administrativa determinando que os ajustes de preços de transferência se deem apenas no final do ano; é correto, entretanto, que o legislador silenciou a esse respeito, o que permite que se veja um fato jurídico tributário a cada trimestre, para as pessoas jurídicas que optem pelo regime trimestral. De qualquer modo, há ainda aquelas que tenham incorrido no fato jurídico tributário por conta de alguma reestruturação societária.

7.13.2 Cogita-se de período em que todas as três Medidas Provisórias ainda produziam efeito: a Medida Provisória nº 472/09, porque se mantinha integralmente em vigor até que fosse sancionado ou vetado seu projeto de conversão; as Medidas Provisórias nºs 476/09 e 478/09 porque, conquanto não viessem a ser apreciadas pelo Congresso Nacional, continuaram a reger as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência.

7.13.3 Daí que, naquele período, a repristinação do método PRL teria se operado, por força da Medida Provisória nº 476/09, mas, ao mesmo tempo, a Medida Provisória nº 478/09 teria instituído o PVL.

7.13.4 Para os contribuintes que vissem no método PVL uma situação mais vantajosa que a decorrente dos preços-parâmetros obtidos pelos métodos CPL e PIC, não haveria de se cogitar instituição ou majoração de tributo; estando em vigor a Medida Provisória nº 478/09, as relações jurídicas constituídas durante sua vigência seriam por ela regidas. Ou seja: nada impede se aplique o método PVL em tais casos, como alternativa, favorável ao contribuinte, aos preços obtidos pelos métodos CPL e PIC³⁵².

7.13.5 Quanto aos contribuintes que tivessem sua situação prejudicada por conta da Medida Provisória nº 478/09, seja por causa do método PVL, seja pelas novas restrições ao método PIC (representatividade da amostra), seja, finalmente, pela exigência de opção por um método, restaria a constatação de que teria havido aumento de tributo.

7.13.6 Nesses casos, no que tange ao IRPJ, haveria que ter em conta o mandamento do artigo 62, parágrafo 2º da Constituição Federal, pelo qual “medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos (...) só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada”. Dado o fato de que

³⁵² Neste sentido, conclui o Parecer Normativo COSIT nº 01/12 que “para o período de 1º de janeiro de 2010 a 31 de maio de 2010, pode ser aplicado o método PVL com margem de lucro de 35%, previsto na MP nº 478, de 2009, na hipótese em que seja mais favorável ao contribuinte”.

a Medida Provisória não foi convertida em lei até o último dia do exercício de 2009, a majoração de impostos dela decorrente não produz efeitos no exercício de 2010.

7.13.7 Finalmente, resta ver a CSLL: nesse caso, não há como invocar o citado artigo 62, parágrafo 2º da Constituição Federal, já que este se aplica exclusivamente a impostos. Tem-se, portanto, uma Medida Provisória vigente, que se dobra exclusivamente à anterioridade nonagesimal prevista no artigo 195, parágrafo 6º, da Constituição Federal: no caso de fatos jurídicos tributários ocorridos após decorrido o prazo de 90 dias de sua instituição, aplica-se a Medida Provisória nº 478/09, mesmo em seu efeito gravoso ao contribuinte. Ressalte-se que transcorridos os 120 dias de sua edição, deixa de produzir efeito aquela Medida Provisória, porque não apreciada no prazo constitucional.

Situação no Ano-base de 2010: Fatos Jurídicos Tributários Ocorridos após o Transcurso do Prazo Constitucional de 120 Dias para Apreciação das Medidas Provisórias. Em Especial: Possível Situação em 31 de Dezembro de 2010

7.14 Finalmente, importa ver os casos ocorridos após o transcurso do prazo constitucional de 120 dias. Assume importância determinar se, em 31 de dezembro de 2010, havia óbice à aplicação do método PRL.

7.14.1 Afinal, se a Medida Provisória nº 472/09 produziu efeitos em 31 de dezembro de 2009 (pelo menos os favoráveis aos contribuintes), esta perdeu vigência com a sanção de seu Projeto de Conversão, onde se constata não ter sido acatado o dispositivo que revogara o método PRL.

7.14.2 A situação poderia ser assemelhada à repristinação, já que se cogitaria de o método PRL, revogado, voltar a vigor. No caso de repristinação, ter-se-ia nova norma jurídica no ordenamento, tornando obrigatória a observância da anterioridade. Foi o que se viu com a Medida Provisória nº 476/09, com relação ao exercício de 2009.

7.14.3 O que torna a situação especialmente interessante é que não houve nova norma, editada pelo Poder Legislativo, reintroduzindo o método PRL. O que se deu foi a aplicação do dispositivo constitucional, segundo o qual no caso de o Projeto de Conversão de Medida Provisória não contemplar determinado dispositivo aquela vige até a sanção da lei; no caso, a lei sancionada nada diz acerca da revogação do método PRL. Sancionado o Projeto de Conversão, não se mantém em vigor a Medida Provisória nº 472/09.

7.14.4 Reassume importância, neste caso, o tema da repristinação. Afinal, o método PRL fora revogado pela Medida Provisória nº 472/09 que, nos termos do parágrafo 12 do artigo 62 da Constituição Federal, mantivera-se *integralmente em vigor* até a sanção da Lei nº 12.249/10.

7.14.5 Note-se a importância do dispositivo em comento: o constituinte não se limitou a dizer que as relações jurídicas constituídas durante a vigência da Medida Provisória seriam por ela regidas (como o fizera no caso de rejeição ou perda de eficácia da Medida Provisória - parágrafo 11 do artigo 62 da Constituição Federal). O constituinte foi além e deu integral vigência ao dispositivo não contemplado no Projeto de Conversão.

7.14.6 Daí que com a sanção da Lei nº 12.249/10, desaparece a Medida Provisória, mas não se nega que esta tenha sido mantida *integralmente em vigor* até aquela data. Se a Medida Provisória nº 472/09 esteve em vigor até a sanção da referida Lei, esta substitui aquela dali em diante, mas não impede a integral produção de efeitos da Medida Provisória nº 472/09, até então.

7.14.7 Ora, se a Lei nº 12.249/10 substitui a Medida Provisória nº 472/09 e se esta revogara o método PRL, a edição da Lei nº 12.249/10, não contemplando o artigo 61 daquela Medida Provisória, não tem o condão de repristinar o método PRL. Afinal, como já visto acima, a repristinação somente se dá se houver dispositivo expresso em lei, neste sentido. A Lei nº 12.249/10 poderia, por certo, ter determinado a repristinação, mas silenciou acerca do método PRL.

7.14.8 Para que se procure sustentar a existência do método PRL em 2010, portanto, importa investigar qual teria sido o veículo normativo que o teria reintroduzido no ordenamento, após sua revogação pela Medida Provisória nº 472/09 que, insista-se, esteve integralmente em vigor. Vem à tona a Medida Provisória nº 476/09, com seu efeito repristinatório explícito.

7.14.9 Entretanto - eis a dificuldade - a referida Medida Provisória não foi convertida em lei no prazo de 120 dias. Se é verdade que à falta de Decreto Legislativo acerca do tema, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência mantêm-se por ela regidos, encerra-se sua vigência com o transcurso daquele prazo. É o que dispõe, acertadamente, o Ato do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 23/10.

7.14.10 Poder-se-ia alegar que a Medida Provisória nº 478/09 teria tido o condão de reintroduzir o método PRL, já que ela expressamente tratou da matéria. Entretanto, tampouco ela foi convertida em lei no prazo constitucional, tendo igualmente perdido sua vigência, como se vê no Ato do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 18/10.

7.14.11 Vê-se daí que não houve dispositivo legal a autorizar a aplicação do método PRL para 31 de dezembro de 2010. Se para 2009, havia a possibilidade de se aplicar o referido método, quando favorável ao contribuinte, para 2010 não existia dispositivo legal em vigor que previsse o refe-

rido método. Acaso venha alguma lei a tratar do assunto, o princípio da anterioridade assegurará não seja feito de modo adverso ao contribuinte.

7.14.12 Nada obstante, com a edição do Parecer Normativo COSIT nº 01/12, vieram as autoridades fiscais a manifestar seu entendimento pela aplicabilidade do método PRL no exercício de 2010.

7.14.12.1 Para fundamentar sua posição, a Receita Federal sustentou que a Medida Provisória nº 472/09 não teria entrado em vigor nos exercícios de 2009 e 2010 pelo fato de provocar majoração de tributos. A revogação das margens do PRL nunca teria, assim, surtido efeitos. Para se chegar a tal conclusão, bastaria verificar o texto constitucional, que é claro ao estender o Princípio da Anterioridade a tal categoria de norma, no sentido de que esta “só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada” quando trouxer qualquer gravame tributário. Destarte, no entendimento fiscal, o método PRL não teria sido revogado pela norma editada em fins de 2009, conforme se observa a seguir:

“25. Como decorrência, formulou-se o entendimento de que, com base no art. 62, § 12, da Constituição Federal, a MP nº 472, de 2009, voltaria a vigor e, dessa forma, o Método PRL não poderia ser aplicado a fatos geradores ocorridos entre 1º de junho e 10 de junho de 2010: (...).

26. Mais uma vez, recorre-se, ao art. 62, § 2º, da Constituição Federal, para observar que tal entendimento não é cabível. Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos somente produz efeitos no exercício financeiro seguinte se tiver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada. Para se admitir a nova vigência da MP nº 472, de 2009, com efeitos sobre o período citado, sua conversão em lei deveria ter ocorrido em 2009.”

7.14.12.2 Em que pese a louvável preocupação das autoridades fiscais em prestigiar o princípio da Anterioridade, é forçoso reconhecer o equívoco da posição adotada. O Parecer Normativo parece ter confundido a revogação das margens, levada a cabo por norma válida e plenamente eficaz, com os eventuais efeitos daí decorrentes, notadamente a majoração ou instituição de tributos, sem atentar para a distinção entre ambos os momentos.

7.14.12.3 Para longe de pretender negar vigência à norma validamente editada, o parágrafo 2º do artigo 62 da Constituição Federal apenas afasta a surpresa do contribuinte diante de expediente tornado recorrente após a Emenda Constitucional nº 32/01: a edição de medidas provisórias em matéria tributária. Ao estabelecer um prazo entre a medida provisória que institui ou aumenta tributo e o início de sua vigência, atende-se ao reclamo da Anterioridade.

7.14.12.4 É evidente que a Medida Provisória nº 472/09 não instituiu qualquer tributo; esta apenas revogou dispositivo de lei anterior. É fácil perceber, contudo, que a revogação pode levar a duas situações opostas e igualmente possíveis, em que o contribuinte ora tem a sua carga tributária majorada, ora se vê sujeito a menos imposto. É em tal momento que se cogita a atuação do Princípio da Anterioridade.

7.14.12.5 Basta imaginar, a este respeito, o caso de um contribuinte cujas transações com partes ligadas apresentassem especificidades tamanhas que apenas a aplicação do método PRL se revelasse viável, assim como a situação de um contribuinte em circunstâncias nas quais a apuração do preço-parâmetro a partir dos métodos PIC ou CPL também fosse possível, embora menos vantajosa.

7.14.12.6 Em relação ao primeiro caso, logo se vê que, com a edição da Medida Provisória nº 472/09, as autoridades fiscais encontrar-se-iam privadas de exigir qualquer ajuste na base de cálculo do IR e da CSL a partir da legislação de preços de transferência, permitindo-se a dedução do preço integral da importação. A revogação das margens do PRL levaria a uma situação mais benéfica do ponto de vista fiscal. Não há que se falar, aqui, em Anterioridade.

7.14.12.7 Diferente seria o segundo caso, em que o contribuinte, impossibilitado de utilizar-se do PRL e vendo-se obrigado a fiar-se nos métodos PIC ou CPL, chegaria a um preço-parâmetro inferior àquele obtido antes da edição da Medida Provisória nº 472/09. Reduzido o limite de dedutibilidade do custo incorrido com a importação, não há como se negar que, neste segundo caso, a revogação do PRL levaria a um maior valor devido a título de imposto.

7.14.12.8 É neste ponto que se compreende o papel exercido pela Anterioridade insculpida no parágrafo 2º do artigo 62: esta vem em socorro daqueles que se viram sujeitos a uma maior carga fiscal com a edição da Medida Provisória, impedindo a produção de seus efeitos até o exercício seguinte à sua conversão em lei e eliminando a surpresa do contribuinte. Vê-se, assim, que o referido dispositivo constitucional não impede que a revogação das margens do PRL, validamente editada, produza seus efeitos em relação àqueles que se viram beneficiados por ela.

7.14.12.9 A Anterioridade não possui o condão de afastar a revogação das margens. O que se impede é que, no mesmo exercício de edição da norma, contribuintes se vejam sujeitos a uma maior carga fiscal. A majoração, ademais, nem mesmo é certa. Consoante se viu, ela é eventual e depende das circunstâncias de cada caso.

7.14.12.10 Entender - tal qual parece fazer o Parecer Normativo COSIT nº 01/12 - que a Anterioridade negaria vigência à própria revogação, e não à eventual majoração de tributos daí decorrente, levaria ao absurdo de se

reconhecer que o comando da Medida Provisória seria vigente apenas em relação a determinada parcela da população: aqueles que viram sua carga tributária minorada em razão da revogação do PRL. Tal absurdo resistiria até o ano seguinte à conversão da Medida Provisória em lei, quando não mais se haveria que cogitar Anterioridade: apenas aí o mandamento legal passaria a “valer para todos”. O equívoco do raciocínio realizado é manifesto.

7.14.12.11 É imperioso entender, assim, que a revogação, uma vez editada, permanece válida e vigente a todos. O Princípio da Anterioridade ocupa-se com os efeitos da norma, sem negar, em qualquer momento, a revogação do PRL. Os que se virem por ela beneficiados, poderão desde logo usufruir da menor carga fiscal. Já aqueles que se encontrarem sujeitos a maior ônus tributário - e apenas estes - contarão com o Princípio da Anterioridade a vedar a eficácia da norma no mesmo exercício de sua edição.

7.14.12.12 Em síntese, não há que se confundir a própria revogação das margens do PRL - objeto da Medida Provisória nº 472/09, válida e vigente - com a eventual majoração de tributos daí decorrente, vedada pelo Princípio da Anterioridade. A Medida Provisória nº 472/09, em obediência ao artigo 62, parágrafo 12 da Constituição, esteve vigente até sua conversão em lei; aqueles cujo ônus fiscal foi majorado pela revogação se viram amparados pelo artigo 62, parágrafo 2º do texto constitucional. Tal é a relação que se deve extrair da revogação das margens do PRL *vis-à-vis* o Princípio da Anterioridade.

7.14.12.13 Ainda no que se refere ao Parecer Normativo nº 01/12, entenderam as autoridades fiscais que a Medida Provisória nº 476/09 não poderia levar a maior carga tributária, dado o efeito ripristinatório:

“A MP nº 476, de 2009, não deve ser interpretada como forma de elevar a carga tributária, vedada pelo Princípio da Anterioridade. A MP nº 476, de 2009, deve ser considerada como medida de retorno ao *status quo ante* à MP nº 472, de 2009, para, conseqüentemente, restabelecer a garantia de escolha do método de cálculo de preços parâmetros potencialmente mais favorável ao contribuinte, incluindo-se a possibilidade de aplicação do Método PRL 20 ou PRL 60. (...) Não deve prevalecer, portanto, o entendimento segundo o qual, com a ripristinação, haveria nova lei em que se prevê ‘novo Método PRL.’”

7.14.12.14 Ora, consoante já se expôs, a ripristinação não traz de volta a norma anteriormente revogada; pelo contrário, a lei restauradora representa uma nova norma, com conteúdo equivalente ao da lei previamente revogada. Havendo norma a restabelecer método anteriormente revogado, a aplicação do Princípio da Anterioridade aos casos de majoração tributária é mandatória.

Conceito de Produção para Fins de Aplicação do PRL com Margem de 60%

7.15 Quando ainda vigentes as margens de 20% ou de 60%, poderia ser controversa sua escolha. Discutia-se, por exemplo, qual seria o melhor procedimento adotado nos casos em que se adquirisse da parte vinculada situada no exterior um determinado produto em grandes quantidades para que, posteriormente, fosse fracionado em partes, as quais seriam acondicionadas em novas embalagens para fins de venda no mercado interno, sem haver, portanto, qualquer transformação ou alteração das características do material revendido.

7.15.1 Para solucionar tal problema, é necessário que se atente para o conceito de produção³⁵³, utilizado pela legislação brasileira de preços de transferência. Como previamente discutido, por “produção”, subsume-se a ideia clara de que se trata de algo novo, um *produto*, *i.e.*, o resultado do emprego de fatores de capital e trabalho, por parte do importador³⁵⁴.

7.15.2 Ora, quando se fala que determinado bem é aplicado à produção, está implícito que tal bem participará de um processo produtivo no qual serão utilizados outros produtos que, em conjunto com esse primeiro bem, sofrerão um processo (trabalho) do qual resultará um novo produto, antes inexistente. Não teria sentido, assim, considerar que o resultado da produção é algo que já existia antes daquela. A produção dá surgimento a algo diverso.

³⁵³ No âmbito das delegacias da Receita Federal de julgamento, não está muito claro o que pode ser considerado como produção, para fins de aplicação do PRL com margem de lucro de 60%. Por exemplo, no Acórdão nº 12-12.495, de 30/11/06, da 1ª Turma da DRJ/RJ, estabeleceu-se que “para fins de preços de transferência, a operação compreendida no conceito de produção é aquela da qual resulta alteração do bem importado, envolvendo transformação ou agregação de seu valor, para posterior comercialização no mercado nacional”. Sobre a impossibilidade de aplicação do método PRL com margem de lucro de 20% nas hipóteses de produção ou agregação de valor local, ver: Acórdão nº 16-24.706, de 24/03/10, Acórdão nº 16-24.707, de 24/03/10, Acórdão nº 16-24.027 e Acórdão nº 16-24.028, de 20/01/10, Acórdão nº 16-21.427, de 19/05/09, Acórdão nº 16-20.588, de 02/03/09, Acórdão nº 16-20.435, de 16/02/09, Acórdão nº 16-13.835, de 19/06/07, todos da 5ª Turma da DRJ/SP; Acórdão nº 03-22.842, de 19/10/07 e Acórdão nº 03-19.045, de 10/11/06, ambos da 2ª da DRJ-Brasília/DF; Acórdão nº 16-31.073, de 19/04/11, da 5ª Turma da DRJ/SP; Acórdão nº 16-36.697, de 10/11/11, da 5ª Turma da DRJ/SP; Acórdão nº 16-36.386, de 27/02/12, da 5ª Turma da DRJ/SP; Acórdão nº 16-36.779, de 22/03/12, da 1ª Turma da DRJ/SP; Acórdão nº 16-36.884, de 27/03/12, da 5ª Turma da DRJ/SP; Acórdão nº 16-39.685, de 06/06/12, da 5ª Turma da DRJ/SP. Ainda, Solução de Consulta COSIT nº 16, de 11/04/08.

³⁵⁴ O conceito de “produção” recebe tratamento mais aprofundado no item 7.2.4.5 e seguintes.

7.15.3 Logo, não pode ser considerado produção o mero processo de acondicionamento, conquanto este seja processo industrial. Aliás, tampouco é produção o recondicionamento, quando um produto antes existente apenas é reaproveitado, renovado. No beneficiamento, igualmente um processo industrial, não há um novo bem, que resulta da industrialização, mas apenas o bem antes existente é aprimorado. Destarte, verifica-se que o termo “produção” deva se restringir, no máximo, aos casos de “montagem” e “transformação”³⁵⁵⁻³⁵⁶.

7.15.4 Neste sentido se manifestou a extinta 5ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes por meio do Acórdão nº 105-17.210, de 17/09/08, que exprimiu o seu posicionamento por meio da seguinte ementa:

“Preço de Transferência - Preço de Revenda Menos Lucro - PRL 20 e PRL 60 - Acondicionamento do Produto Importado para Posterior Revenda - Fracionamento do Produto Importado em que não ocorre a Transformação do Produto - *O mero acondicionamento de produtos em novas embalagens para fins de venda para o mercado interno não exclui a aplicação do método PRL 20, por não configurar hipótese de ‘bens importados aplicados à produção’.* O fato de haver agregação de valores ao produto importado não resulta em afirmar que os mesmos passaram por processo de industrialização ou que foram aplicados na produção de um produto final. O critério utilizado pela lei nº 9.430/96 que impossibilita a utilização do PRL 20 refere-se a aplicação do produto importado na ‘produção’, e isto não foi verificado na hipótese dos autos.” (g.n.)

7.15.4.1 O Conselheiro Alexandre Antônio Alkmin Teixeira, em seu voto, afirma o seu posicionamento com os seguintes dizeres:

“Não vejo como considerar o acondicionamento de produto como agregação de seu valor, mormente se considerado que o comprador final adquire o produto, e não a embalagem. Este é mero veículo de transporte, indispensável, é verdade, para a aquisição do produto. Mas a embalagem não altera, por si só, a composição do produto adquirido, não podendo ser considerado fato de agregação de valor (*ao contrário, seria até de custo*) ao valor do produto final.”

³⁵⁵ Vide item 7.2.4.5.4, o qual trata do conceito de “transformação”, presente na legislação referente ao IPI.

³⁵⁶ Nada obstante, o CARF, no julgamento do Acórdão nº 1301-000.451, de 15/12/10, pareceu valer-se de noção ampla de “produção”; no caso, dado que “nenhum dos produtos objeto de atuação foi revendido diretamente”, sendo que “alguns itens importados fazem parte de inúmeros produtos finais, com diferentes proporções”, não caberia a aplicação do método PRL com margem de 20%.

7.15.4.2 No mesmo sentido segue o entendimento esposado pelo Conselheiro Antônio José Praga de Souza, e seguido de forma unânime pela 4ª Câmara do CARF, por ocasião do julgamento do Acórdão nº 1402-001.238, de 07/11/12, em que este, valendo-se dos termos do voto vencedor proferido no Acórdão nº 1402-001.012, de 10/04/12, assinala que:

“Ocorre que o Relator formou entendimento no sentido de que a mudança da embalagem de apresentação do produto para fracionamento ou aumento da quantidade, sem qualquer alteração ou agregação de insumos, ou qualquer outro procedimento industrial, implica na aplicação do PRL 60%. (...) Contudo, a meu ver, o recondicionamento do produto, qualquer que seja a motivação, inclusive para atender a aspectos mercadológicos, não implica no PRL 60%. (...) A Lei 9.430/1996, em seu art. 18, que trata da matéria em comento, é clara ao estabelecer que o método PRL 20 pode ser aplicado sempre que não haja agregação de valor no País ao custo dos bens, serviços ou direitos importados. Nesse contexto não há que se aplicar as definições da legislação do IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados), uma vez que a norma específica é autoaplicável.”

7.15.5 Por sua vez, a Receita Federal, ainda que por via indireta, já se pronunciou a respeito do conceito de produção, como se pode notar da leitura da ementa da Solução de Consulta COSIT nº 09/03, abaixo transcrita:

“Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ
Ementa: Para efeito de determinação do preço de transferência, é vedada a aplicação do Método do Preço de Revenda menos Lucro (PRL), com margem de lucro de vinte por cento, às operações que se enquadram no conceito de produção de outro bem, assim entendidas aquelas em que haja alteração de bem importado, que envolva transformação ou agregação de seu valor, para posterior comercialização no mercado nacional. Em tais operações, é admitido o uso de qualquer dos seguintes métodos: Preço de Revenda menos Lucro (PRL) - com margem de lucro de sessenta por cento -; Custo de Produção mais Lucro (CPL); Preços Independentes Comparados (PIC).” (g.n.)

7.15.6 Entendimento semelhante acerca do conceito de produção foi adotado pela 7ª Turma da DRJ/SP, no Acórdão nº 16-12.029, de 04/01/07. O trecho da ementa que trata do assunto em tela é o que segue:

“(…) Método PRL. Preço de Transferência. Produção de Outro Bem. Para efeito de determinação do preço de transferência, é vedada a aplicação do Método do Preço de Revenda menos Lucro (PRL), com margem de lucro de vinte por cento, às operações que se enquadram no conceito de produção de outro bem, assim en-

tendidas aquelas em que haja alteração de bem importado, que envolva transformação ou agregação de seu valor, para posterior comercialização no mercado nacional. (...) (g.n.)

7.15.7 Nas duas situações, exige-se que “haja alteração do bem importado, que envolva transformação ou agregação de seu valor”. É de se questionar o item “agregação de seu valor”, já que, como visto, até mesmo o recondicionamento implica agregação de valor, sem daí implicar a produção de um bem. De qualquer modo, parece pacífica a afirmação de que somente haverá produção, portanto, quando o bem revendido não for o mesmo bem anteriormente importado pela pessoa jurídica, mas um bem com suas características alteradas no Brasil.

7.15.8 No caso do mero acondicionamento, o produto importado é exatamente o mesmo produto que é revendido, sem qualquer alteração em sua constituição ou seus componentes³⁵⁷. Logo, a mera colocação de embalagem não representa uma agregação de valor ao produto, que possui exatamente as mesmas características do produto importado “a granel”.

7.15.9 Ressalte-se, no entanto, que existe a possibilidade de o Fisco adotar posição diversa da adotada pelo Conselho de Contribuintes e pela Receita Federal. Cumpre mencionar, nesse sentido, a Solução de Consulta COSIT nº 05, de 01/09/06, na qual se entendeu que a aposição de marca, o acondicionamento e a rotulagem representam agregação de valor e, portanto, implicam a adoção do método PRL para os casos de produção no País, como se depreende da leitura da ementa:

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

Ementa: A pessoa jurídica, sujeita aos controles de preços de transferência, que importa bens de vinculadas e procede, previamente à sua comercialização no País, à *aposição da marca, bem assim ao acondicionamento e rotulagem, voltados ao atendimento de determinações legais brasileiras; deve, acaso opte por calcular o preço parâmetro com base no método Preço de Revenda menos Lucro (PRL), utilizar a metodologia atinente à margem de sessenta por cento, uma vez que as atividades por ela empreendidas representam agregação de valor aos bens.*” (g.n.)

³⁵⁷ Não obstante, no Acórdão nº 03-19045, de 10/11/06, da 2ª Turma da DRJ-Brasília/DF, entendeu-se que o acondicionamento representa agregação de valor, sobretudo por conta do acréscimo da marca: “O acondicionamento no País de produto importado, mediante a colocação de nova embalagem, implica agregação de valor ao produto não somente a título de acondicionamento, mas principalmente pelo acréscimo de valor atinente ao bem intangível que é a marca, ficando, por conseguinte, vedada a aplicação do método PRL 20%, o qual se aplica tão-somente para revenda direta, que não é o caso.”

7.15.10 No sentido de que o mero acondicionamento não representaria produção no País, diferentemente do acondicionamento realizado em conjunto com aposição de marca, que ensejaria a aplicação do PRL com margem de 60%, mencione-se a Solução de Consulta COSIT nº 22/08:

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

Ementa: Preço de Transferência - Método PRL. A pessoa jurídica sujeita aos controles de preços de transferência, que importa bens de vinculadas e que procede apenas o *acondicionamento (embalagem) do produto poderá adotar na apuração do preço parâmetro o método Preço de Revenda menos Lucro (PRL), com margem de lucro de vinte por cento.* Caso, juntamente com o acondicionamento (embalagem) ocorrer à aposição de marca, com a consequente agregação de valor, proceder-se-á a apuração do preço parâmetro com base no método Preço de Revenda menos Lucro (PRL), com margem de lucro de sessenta por cento.” (g.n.)

7.15.11 Desta forma, há riscos de o Fisco considerar, para o período até 2012, que o processo de acondicionamento e identificação, sobretudo se houvesse aposição de marca, seria agregação de valor que impediria a aplicação do método PRL com a margem de lucro de 20%.

7.15.12 O entendimento da fiscalização, ademais, já foi aceito pelo CARF, conforme se pode ver no Acórdão nº 1302-00.915, de 10/04/12, que tratou da importação de produtos a granel que eram apenas embalados e rotulados no País. Conquanto o voto vencido tenha assinalado que são “industrializados os produtos substancialmente modificados com a criação de um novo produto para revenda, diferente daquele que foi importado”, prevaleceu o entendimento que, baseando-se na legislação do IPI, toma por industrialização a mera alteração na apresentação do produto:

“Não resta dúvida que, no caso concreto, o acondicionamento dos medicamentos importados à granel em embalagens, alterando a apresentação do produto para venda no mercado interno, caracteriza processo de industrialização que agrega valor ao produto final. Não se trata de mera embalagem para transporte, mas de apresentação comercial do produto, da qual resulta agregação de valor em relação ao produto importado a granel. Não se trata, portanto, de mera revenda dos produtos na forma como foram importados.”

7.15.13 Pode-se, todavia, considerar que o produto importado, quando revendido após a colocação de embalagem, continua plenamente identificável, com todas as suas características iniciais. Em outras palavras, há a revenda de exatamente o mesmo produto que é importado, sem aplicá-lo à produção de novo bem.

7.15.14 Tal raciocínio é especialmente aplicável se ficar constatado que a marca do produto não é algo agregado ao produto no País, *i.e.*, se o

produto já tiver sido importado com sua marca. Ou seja: o conceito dado pelas autoridades fiscais poderia, quando muito, ser aplicado para os casos em que se importassem produtos sem marca e, apenas no País é que se agregasse uma marca, antes inexistente. Ora, não é esse o caso que se verifica em transações entre partes ligadas, quando a marca, via de regra, é detida pela própria exportadora dos produtos.

7.15.15 Nestes termos, conclui-se por correta a defesa da aplicação, até 2012, do método PRL com margem de lucro de 20%, cabível sempre que o produto importado não fosse aplicado à produção de novo produto para revenda.

Inclusão dos Valores de Frete, Seguro e Tributos Incidentes na Importação (Preço CIF) nos Preços Praticados, até o Advento da Medida Provisória nº 563/12, Convertida na Lei nº 12.715/12

7.16 A questão da inclusão, ou não, dos valores de fretes, seguros e tributos na transação controlada, para efeito de aplicação do PRL, é controversa no âmbito da redação da Lei nº 9.430/96 anterior às alterações inseridas pela Medida Provisória nº 563/12 e pela Lei nº 12.715/12. Podem ser encontrados argumentos sólidos³⁵⁸ tanto no sentido de sua exigência³⁵⁹, como no sentido contrário.

³⁵⁸ Sobre os argumentos a lastrear ambas as posições, cf. Alexandre Siciliano Borges e Luiz Carlos de Andrade Júnior, "Preços de Transferência: o Método PRL e os Valores Referentes a Frete, Seguros e Tributos", *Revista Eletrônica de Direito Tributário da ABDF* nº 5, Rio de Janeiro: ABDF, outubro de 2011, pp. 6-10.

³⁵⁹ É esta a posição das autoridades fiscais, como se extrai dos seguintes julgados da primeira instância administrativa, os quais apontam que, na apuração dos preços praticados, bem como dos preços-parâmetro, deve-se incluir o valor do frete e do seguro, cujo ônus tenha sido do importador, e os tributos incidentes na importação: Acórdão nº 16-26.022, de 14/07/10, Acórdão nº 16-25.935, de 07/07/10, Acórdão nº 16-25.872, de 29/06/10, Acórdão nº 16-24.822, de 07/04/10, Acórdão nº 16-24.027, de 20/01/10, Acórdão nº 16-23.977, de 13/01/10, Acórdão nº 16-23.340, de 28/10/09, Acórdão nº 16-23.241, de 19/10/09, Acórdão nº 16-21.887, de 24/06/09, Acórdão nº 16-20.651, de 09/03/09, Acórdão nº 16-20.588, de 02/03/09, Acórdão nº 16-20.521, de 20/02/09, Acórdão nº 16-20.364, de 09/02/09, Acórdão nº 16-20.306, 03/02/09, Acórdão nº 16-20.137, de 19/01/09, Acórdão nº 16-20.069, de 14/01/09, Acórdão nº 16-18.807, de 01/10/08, Acórdão nº 16-17.910, de 28/07/08, Acórdão nº 16-17.127, de 12/05/08, Acórdão nº 16-677, de 11/03/08, Acórdão nº 16-16.429, de 19/02/08, Acórdão nº 16-15.684, de 04/12/07, Acórdão nº 16-15.121, de 16/10/07, Acórdão nº 16-13.604, de 29/05/07, Acórdão nº 16-11.277, de 17/10/06, Acórdão nº 16-10.561, de 12/09/06, todos da 5ª Turma da DRJ/SP; Acórdão nº 8.255, de 07/11/05, Acórdão nº 16-7.876, de 12/09/05, Acórdão nº 16-7.691, de 11/08/05, Acórdão nº 16-7.166, de 23/05/05 e Acórdão nº 16-5.788, de 25/08/04, todos da DRJ/SP; Acórdão nº 16-12.259, de 01/02/07, da 3ª Turma da DRJ/SP; Acórdão nº 16-21.239, de 29/04/10, da 2ª Turma da DRJ/SP; Acórdão nº 08-17.296, de 07/04/10, da 4ª Turma da DRJ-For-taleza/CE; Acórdão nº 14-26.391, de 08/10/09, Acórdão nº 14-16.639, de 09/08/07,

7.16.1 Com o intuito de defender a necessidade de inclusão dos referidos valores no montante total da transação controlada, deve-se arguir que a Lei nº 9.430/96, ao estabelecer o controle de preços de transferência no Brasil, dispôs, na redação original de seu artigo 18, parágrafo 6º, que o frete, o seguro e os tributos incidentes na importação deveriam integrar o custo do produto importado:

“§ 6º Integram o custo, para efeito de dedutibilidade, o valor do frete e do seguro, cujo ônus tenha sido do importador e os tributos incidentes na importação.”

7.16.1.1 Para a inclusão dos valores de frete, seguro e tributos no valor da transação controlada, teria que ser argumentado que o termo “custo” empregado pelo parágrafo acima transcrito haveria de ser interpretado com a limitação estabelecida pelo *caput* do mesmo artigo 18. Segundo o referido *caput*, os custos, os encargos e as despesas dos bens importados são apenas aqueles constantes dos documentos de importação ou aquisição.

7.16.1.2 Nessa linha de argumentação chegar-se-ia à conclusão de que ainda que a importação tivesse sido efetuada segundo a cláusula FOB (*free on board*), sob a qual as despesas de frete, seguro e tributos incidentes na importação são de responsabilidade e ônus do importador, o custo a ser testado segundo as regras da legislação de preços de transferência deveria obrigatoriamente incluir tais despesas.

7.16.1.3 Sustentaria tal entendimento que à somatória do custo constante dos documentos de importação e das despesas de frete, seguro e tributos é que se deveria dar o nome de “custo da transação controlada”, o qual seria contraposto ao preço-parâmetro, apurado segundo um dos métodos previstos em lei, para a comparação exigida, a fim de que se determinasse a parcela dedutível desse custo.

7.16.1.4 A favor de tal entendimento, cabe notar que o legislador não distinguia se o frete e o seguro foram pagos a terceiros independentes ou a

ambos da 3ª Turma da DRJ-Ribeirão Preto/SP; Acórdão nº 14-12.451, de 27/04/06, da 5ª Turma da DRJ-Ribeirão Preto/SP; Acórdão nº 01-13.072, de 19/02/09, da 1ª Turma da DRJ-Belém/PA; Acórdão nº 03-28.407, de 08/12/08, Acórdão nº 03-28.171, de 28/11/08, Acórdão nº 03-18.512, de 15/09/06, todos da 2ª Turma da DRJ-Brasília/DF; Acórdão nº 12-12.684, de 13/12/06, Acórdão nº 12-12.495, de 30/11/06, da 1ª Turma da DRJ/RJ; Acórdão nº 12-11.890, de 21/09/06, da 6ª Turma da DRJ/RJ; Acórdão nº 16-30.722, de 12/04/11, da 5ª Turma da DRJ/SP; Acórdão nº 16-31.073, de 19/04/11, da 5ª Turma da DRJ/SP; Acórdão nº 01-22.606, de 11/08/11, da DRJ/BEL; Acórdão nº 16-34.062, de 04/10/11, da 5ª Turma da DRJ/SP; Acórdão nº 01-23.515, de 10/11/11, da 1ª Turma da DRJ/BEL; Acórdão nº 16-36.779, de 22/03/12, da 1ª Turma da DRJ/SP; Acórdão nº 16-36.884, de 27/03/12, da 5ª Turma da DRJ/SP; Acórdão nº 16-37.991, de 24/04/12, da 5ª Turma da DRJ/SP; Acórdãos nº 16-38.901, 16-38.902 e 16-38-903, todos de 16/05/12, da 1ª Turma da DRJ/SP; Acórdão nº 16-39.685, de 06/06/12, da 5ª Turma da DRJ/SP.

peças ligadas, e sob esse aspecto deveriam ou não se submeter ao controle dos preços de transferência, mas determinava, tão somente, que esses valores deveriam integrar o custo da transação controlada.

7.16.1.5 Do ponto de vista econômico e lógico, a inclusão dos valores de frete, seguro e tributos traria a seu favor, ainda, o argumento de que, diferentemente do método dos Preços Independentes Comparados - PIC, em que há uma comparação de preços efetivos, no método do Preço de Revenda menos Lucro - PRL o preço-parâmetro é obtido a partir de uma margem de lucro considerada *arm's length*.

7.16.1.5.1 Assim, o legislador pressupõe que o resultado do preço de revenda diminuído do lucro será igual ao custo de importação praticado por terceiros independentes, acrescido do frete, seguro e tributos incidentes na importação:

$$\boxed{\text{Preço de Venda}} - \boxed{\text{Margem de Lucro}} = \boxed{\begin{array}{l} \text{Custo} \\ \text{Importado} \\ \text{Arm's Length} \end{array}} \begin{array}{l} \text{F} \\ \text{S} \\ \text{T} \end{array}$$

7.16.1.5.2 Nesse raciocínio o conceito usual de "custo", adotado na contabilidade, não seria o mesmo utilizado pelo legislador. No conceito usual, o custo compreenderia necessariamente o valor do bem importado, assim como os valores de frete, seguro, tributos e outros intimamente ligados à produção. A Lei nº 9.430/96, no entanto, assumiria que o "custo" poderia ser apenas o valor constante dos documentos de importação quando aí não estivessem consignados o valor do frete e seguro. Confira-se o *caput* do artigo 18:

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

7.16.1.5.3 Assim, para tornar possível a comparação (entre o preço praticado na transação controlada e o preço-parâmetro obtido pelo cálculo do método) a lei estaria determinando que deveriam integrar o custo constante do documento de importação as despesas de frete, seguro e tributos, aproximando-se, dessa forma, do custo registrado na contabilidade.

7.16.1.5.4 Note-se que um terceiro independente procuraria obter a mesma margem de lucro com a revenda do bem, independentemente de ser nacional ou importado (admitindo-se que sejam bens idênticos ou simila-

res). É razoável, portanto, admitir que o valor do bem nacional, em condições de mercado, deve ser igual ao valor do bem importado devidamente nacionalizado, ou seja, acrescido das despesas de frete, seguro e tributos incorridas. Nesse sentido, adotando-se o conceito contábil de custo, é razoável dizer que o custo contábil do bem nacional deve ser igual ao custo contábil do bem importado (aí compreendidos o frete, seguro e tributos), já que é a este custo que se acrescentará a margem de lucro *arm's length* para chegar-se ao preço de revenda.

7.16.1.5.5 Adotando-se tal interpretação, ter-se-ia, ainda, que a legislação brasileira, nesse aspecto, iria ao encontro das diretrizes da OCDE, a qual, através de seus *Guidelines* para preços de transferência, estabelece que a margem de lucro do método PRL não deve considerar os custos associados com a aquisição do bem, confira-se:

"O que resta depois de subtraída a margem bruta pode ser considerado, depois de efetuados ajustes para outros custos associados com a aquisição do produto (por exemplo tributos alfandegários), como o preço *arm's length* para a transferência original de propriedade entre as empresas associadas."³⁶⁰ (g.n.)

7.16.1.5.6 Como já notado, ainda que sejam desprovidas de força normativa imediata no Brasil, as diretrizes da OCDE foram reconhecidas explicitamente na exposição de motivos da Lei nº 9.430/96 como seu fundamento básico. Deve-se admitir, portanto, que a Lei nº 9.430/96 e tais diretrizes estariam em perfeita consonância nesse aspecto, caso adotado o entendimento das autoridades fiscais.

7.16.2 Não obstante pareça possível afirmar, sob uma perspectiva conservadora, que os valores de frete, seguro e tributos deveriam compor o preço dos produtos importados, para fins de cálculo de preços de transferência, podem igualmente ser apontados argumentos jurídicos para defender a não inclusão de tais valores em face da redação da Lei nº 9.430/96 anterior às alterações promovidas pela Lei nº 12.175/12.

7.16.2.1 Nessa linha alternativa, argumentar-se-ia que um estudo detalhado do parágrafo 6º do artigo 18 traria a seguinte indagação: para que o legislador fez constar a expressão "para fins de dedutibilidade" no artigo? Afinal, caso fosse apenas um dispositivo que objetivasse a inserção do valor do frete, do seguro e dos tributos incidentes na importação na previsão de cálculo pelos métodos PIC, CPL e PRL, bastaria dizer que o frete, o

³⁶⁰ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), parágrafo 2.21, no original: "What is left after subtracting the gross margin can be regarded, after adjustment for other costs associated with the purchase of the product (e.g. customs duties), as an arm's length price for the original transfer of property between the associated enterprises."

seguro e os tributos incidentes na operação integravam o valor do bem para determinação do preço por qualquer um desses métodos.

7.16.2.2 A partir de tal reflexão, argumentar-se-ia que a sistemática dos preços de transferência consiste no controle dos preços praticados entre empresas vinculadas, controle este realizado por meio da comparação com os preços pactuados ou que seriam pactuados entre terceiros independentes em condições de mercado. O controle dos preços de transferência justificase em razão da possibilidade de as transações entre partes vinculadas, por diversas razões, pautarem-se por preços e condições que não se verificam, necessariamente, em uma transação entre partes não vinculadas. A lei brasileira, a exemplo da prática internacional, estabelece como parâmetro objetivo dos preços praticados entre empresas ligadas o preço praticado em condições de mercado, denominado preço *at arm's length*. Segundo a sistemática da legislação interna brasileira, o preço de mercado pode ser aferido através da aplicação de qualquer dos três métodos ali previstos.

7.16.2.3 Toda essa sistemática de controle, porém, aplica-se exclusivamente em relação às transações efetuadas entre partes vinculadas, situação que, poder-se-ia argumentar, não ocorreria em relação aos valores de frete e seguro.

7.16.2.4 Com efeito, pode-se entender que o *caput* do artigo 18 da Lei nº 9.430/96 indicaria uma delimitação do âmbito de abrangência do controle dos preços de transferência nas importações, limitando-o apenas às operações efetuadas com pessoas ligadas.

7.16.2.5 Seguindo a interpretação inversa, é possível defender que as transações que são realizadas entre partes independentes e, portanto, pautam-se exclusivamente por condições de livre mercado, não ficariam sujeitas à sistemática de controle dos preços de transferência. Se o frete e o seguro foram contratados de forma independente, de pessoa sem qualquer grau de vinculação à pessoa jurídica brasileira, os respectivos preços teriam sido fixados segundo as condições de mercado (*arm's length*).

7.16.2.6 O objetivo do controle dos preços de transferência, conforme já comentado acima, é monitorar as transações entre empresas vinculadas, justamente porque nelas o lucro pode eventualmente ser distorcido. Já nas transações independentes, dentre elas as contratações de frete e seguro com partes independentes, não haveria porque se falar em verificação da adequação dos preços praticados, já que eles já seriam *arm's length* e, portanto, adequados.

7.16.2.6.1 Se isso for verdadeiro para frete e seguro, com muito mais razão será possível estender tal conclusão para os tributos, pagos à própria autoridade brasileira.

7.16.2.7 Esse entendimento, ademais, evitaria a situação paradoxal de considerar-se uma compra a preço zero como transferência indevida de

lucro. Isso poderia ocorrer, por exemplo, se uma exportadora fornecesse gratuitamente um produto. Obviamente, se o produto foi exportado a preço zero não houve transferência de lucro. No entanto, o raciocínio que implica incluir os valores de frete e seguro na conta entende que o valor zero pode ser alto demais. Ou seja, além de exportar o produto para a sua coligada no Brasil gratuitamente, a empresa teria de pagar-lhe.

7.16.2.7.1 No cálculo dos preços de transferência pelo método PRL, a inclusão dos valores de frete, seguro e tributos incidentes na importação traria resultados igualmente distorcidos, já que tais valores referir-se-iam a pagamentos a terceiros independentes, que nada teriam a ver com a operação entre as empresas vinculadas.

7.16.2.8 Para a interpretação do parágrafo 6º do artigo 18 da Lei nº 9.430/96, portanto, poder-se-ia sustentar que não se incluem os valores de frete, seguro e tributos incidentes na importação, praticados com terceiros independentes no cálculo dos preços de transferência.

7.16.2.9 Outrossim, em um primeiro momento, a própria Receita Federal, por meio da IN nº 38/97, parece ter permitido ao contribuinte que escolhesse qual das duas aplicar, concedendo-lhe a faculdade de incluir ou não o frete, seguro e tributos na composição dos custos dos bens, serviços ou direitos importados.

7.16.2.9.1 De fato, o parágrafo 4º do artigo 4º da referida Instrução Normativa previa que na determinação do custo de bens adquiridos no exterior, “*poderão, também, ser computados os valores do transporte e seguro e os de tributos não recuperáveis*”.

7.16.2.9.2 No entanto, o entendimento foi modificado pela IN nº 32/01, que exigia expressamente a inclusão de tais valores no cálculo do preço praticado³⁶¹. Eis o parágrafo 4º do artigo 4º deste ato normativo:

“Artigo 4º

(...)

§ 4º Para efeito de apuração do preço a ser utilizado como parâmetro, calculado com base no método de que trata o art. 12, *serão integrados ao preço os valores de transporte e seguro, cujo ônus tenha sido da empresa importadora, e os de tributos não recuperáveis, devidos na importação.*” (g.n.)

7.16.3 Assim, apesar de as duas interpretações serem possíveis quando nos detemos apenas à lei então em vigor, a Receita Federal se posicio-

³⁶¹ No julgamento do Acórdão nº 1302-00.785, de 23/11/11, o CARF reconheceu a alteração da disciplina dada à matéria com o advento da IN nº 32/01. A este respeito, assinalou o Conselheiro Relator: “tenho por certa a alegação de que de fato as IN SRF nº 32/2001 e 243/2002 buscaram dar tratamento diverso à questão, suprimindo a faculdade *indevida*, porém anteriormente *concedida* pela IN SRF nº 38/97”.

nou pela inclusão do frete e seguros no custo da transação controlada³⁶². Não obstante, a questão da inclusão dos valores de frete, seguro e tributos no valor da transação controlada permaneceu controversa, com argumentos bastante fortes de ambos os lados.

7.16.4 Assim é que logo foi levada ao CARF a polêmica trazida pela alteração no tratamento dado à matéria pela IN nº 32/01, que, além de transformar a faculdade (“poderão”) prevista pela anterior IN nº 38/97 em uma obrigação (“serão”), pretendeu a aplicação das novas regras com efeitos retroativos a 1997. Três posicionamentos distintos derivaram da análise da questão pelo Conselho.

7.16.4.1 Em um primeiro momento, entendeu-se que a faculdade conferida pela IN nº 38/97 seria indevida, uma vez que contrária aos termos da Lei nº 9.430/96:

“Preço de Transferência - PRL - Inclusão de Custos com Frete, Seguro e Imposto de Importação na Apuração do Custo - A inclusão dos custos com frete, seguro e imposto de importação na composição do custo não é faculdade do contribuinte importador que incorre em referidos gastos, mas obrigações decorrente do art. 18, parágrafo 6º da Lei nº 9.430/96. A IN nº 38/97 não possui o condão de afastar a obrigação disposta no art. 18, parágrafo 6º da Lei nº 9.430/96, pois com ela deve ser lida sistematicamente.” (Acórdão nº 105-17.077, 5ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, de 25 de junho de 2008)

7.16.4.2 Neste sentido, entendeu a 5ª Câmara do então 1º Conselho de Contribuintes que “a disposição constante da IN nº 38/97 de que os valores de transporte e seguro poderão integrar o custo de bens adquiridos do exterior não pode fugir à própria disposição da lei que é tomada como seu fundamento”. Em outras palavras, sendo mandatória a inclusão dos valores de frete, seguro e tributo na transação controlada, o termo “poderão” deveria ser interpretado em sintonia com o comando legal.

³⁶² No sentido de que a interpretação adotada pelas autoridades fiscais não pode ser sustentada, cf. Ricardo Krakowiak, “Preços de Transferência: o Método PRL e as Despesas com Frete, Seguro e Imposto de Importação”, in Luís Eduardo Schoueri (coord.), *Tributos e Preços de Transferência*, vol. 3, São Paulo: Dialética, 2009, pp. 148-154 (154). Conclui o autor em seu artigo: “Em suma, verifica-se que, diversamente do que vem entendendo a fiscalização da Receita Federal, a comparação a ser efetuada deve se dar sempre entre o preço parâmetro apurado pelo método PRL e aquele pago pelo importador à empresa ligada, uma vez que os valores relativos ao frete, seguro e ao imposto de importação são custos efetivos, que não são afetados pelo vínculo existente entre importador e exportador, e portanto integralmente dedutíveis.”

7.16.4.3 Nada obstante, outro foi o entendimento adotado quando do julgamento da matéria pela Câmara Superior de Recursos Fiscais. Para o órgão superior, a faculdade conferida aos contribuintes pela IN nº 38/97 não poderia ser ignorada pela administração tributária, dada sua vinculação ao referido ato normativo:

“Preço de Transferência PRL Inclusão de Custos com Frete, Seguro e Imposto de Importação na Apuração do Custo - A IN SRF nº 38/97, em seu artigo 4º, § 4º, estabelece que a inclusão dos valores de frete, seguro e imposto de importação na composição do custo é uma faculdade do contribuinte importador. Pela vinculação da autoridade administrativa ao referido ato normativo, deve tal faculdade ser respeitada, sob pena de nulidade do lançamento.” (Acórdão nº 9101-01.166, CSRF, 1ª Turma, de 12 de setembro de 2011)

7.16.4.4 Conforme assinalado pela Câmara Superior, “estava, à época, a autoridade administrativa vinculada à Instrução Normativa, bem como ao direito conferido por ela ao contribuinte”, sendo certo que “apenas outro ato administrativo, de mesma ou superior hierarquia poderia revogar aquele vigente”, tornando, então, possível discutir-se o conteúdo da lei, tal qual o fizeram as posteriores INs nº 32/01, nº 243/02 e nº 1.312/12. Assegurou-se ao contribuinte, assim, a não inclusão dos valores de frete, seguro e tributo na transação controlada até a edição da IN nº 32/01.

7.16.4.5 Em que pese a posição esposada pela Câmara Superior, ainda um terceiro entendimento emanou do CARF a respeito do tratamento a ser dado ao tema no período de vigência da IN nº 38/97. É o que se pode ver em acórdão proferido pela 2ª Turma da 3ª Câmara, segundo o qual a inclusão do frete, seguro e tributos no valor da transação controlada, embora mandatória nos termos da lei, teria sido equivocadamente facultada ao contribuinte pelo Fisco, de modo que eventuais penalidades não poderiam ser cobradas do primeiro em razão do disposto no artigo 100 do Código Tributário Nacional:

“Preço de Transferência. Seguro, Frete e Impostos Incidentes na Importação. A inclusão do seguro e frete internacional, bem como dos impostos incidentes na importação no custo de aquisição para efeito de comparação com o preço obtido pelo método PRL não viola o § 6º do art. 18 da Lei nº 9.430/96.

IN SRF nº 32/2001. Irretroatividade. A retroatividade veiculada no art. 43, I, da IN SRF nº 32/2001 viola os princípios da legalidade e irretroatividade.

Normas Complementares. Observância. Penalidades. Juros de Mora. O contribuinte que age em observância de atos administrativos expedidos pelas autoridades administrativas fica excluído da

aplicação de penalidades e juros de mora.” (Acórdão nº 1302-00.785, 3ª Câmara, 2ª Turma Ordinária, de 23 de novembro de 2011)

7.16.4.6 Conforme apontado pelo Conselheiro Relator no caso, caberia à autoridade fiscal aplicar a lei em detrimento da norma regulamentar, uma vez que esta, contrariando o mandamento legal, poderia ser afastada em face do artigo 116, IV, da Lei nº 8.112/90, que exige o servidor público de cumprir ordens “manifestamente ilegais”. Nada obstante, ainda que exigível o imposto decorrente da inclusão do frete, seguro e tributos no valor da transação controlada, eventuais acréscimos legais exigidos pela fiscalização estariam afastados por força do artigo 100 do Código Tributário Nacional.

7.16.4.7 De forma paralela ao debate sobre a retroatividade da IN nº 32/01, a interpretação do quanto disposto pela Lei nº 9.430/96 não se revelou menos polêmica. Ao se verificar as decisões existentes em âmbito administrativo, constata-se que em mais de uma oportunidade a interpretação de que o custo da transação controlada deveria necessariamente ter como integrantes os valores compreendidos por frete, seguro e tributos prevaleceu no antigo Conselho de Contribuintes e no atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais³⁶³, como pode ser observado nas seguintes decisões:

“IRPJ - CSLL - Preço de Transferência - Método PRL - *Fretes, Seguros e Impostos Incidentes na Importação* - Na apuração dos preços praticados, assim como dos preços-parâmetro, deve-se incluir o valor do frete e do seguro, cujo ônus tenha sido do importador, e os tributos incidentes na importação. Precedentes no Acórdão nº 103-23.199, de 13/09/2007, *DOU* de 07.11.2007 e Acórdão nº 105-16.711, de 17/10/2007.” (Acórdão nº 108-09.763, 8ª Câmara do Conselho de Contribuintes, de 13 de novembro de 2008) (g.n.)

“Preço de Transferência. Método PRL. Preço Praticado. Inclusão de Frete, Seguro e Tributos. Na apuração do preço praticado segundo o método PRL (Preço de Revenda menos Lucro), deve-se incluir o valor do frete e do seguro, cujo ônus tenha sido do importador, e os tributos incidentes na importação.” (Acórdão nº 1301-

³⁶³ Há, ainda, outros julgados do extinto Conselho de Contribuintes e do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais nesse mesmo sentido: Acórdãos nº 101-95.211, de 19/10/05, nº 103-23.199, de 13/09/07, nº 105-16.711, de 17/10/07, nº 101-96.675 e 107-09.363, ambos de 17/04/08, nº 105-17.077, de 25/06/08, nº 1302-00.785, de 23/11/11.

000.436, 3ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, de 11 de novembro de 2010)

7.16.4.8 Em que pesem os posicionamentos apresentados, não se pode deixar de anotar que o entendimento do CARF não restou consolidado, não tendo havido pacificação relativamente à matéria. Interessante ver, neste sentido, que o primeiro julgado referido, da 8ª Câmara do Conselho de Contribuintes, asseverou que os valores de frete, seguro e tributos deveriam compor não apenas o custo da transação controlada, mas também o próprio preço-parâmetro, o que acabou por levar, no caso, a um menor imposto devido. Entendeu-se que o parágrafo 6º do artigo 18 da Lei nº 9.430/96 determinaria a neutralidade de tais valores no cálculo. Não se esclareceu, contudo, a forma de inclusão das despesas relativas a frete, seguro e tributo no preço-parâmetro.

7.16.4.9 A evidenciar a ausência de pacificação sobre a matéria, pode-se apontar, ainda, a existência de precedente administrativo favorável à não consideração dos valores relativos a frete, seguro e tributos no preço praticado para fins de comparação ao preço-parâmetro, já que tais valores, praticados entre partes independentes, seriam expressamente dedutíveis:

“IRPJ - CSLL - Preços de Transferência - Método do Preço de Revenda menos Lucro (PRL) - Fretes, Seguros e Tributos Incidentes na Importação - Os valores de frete, seguro e imposto de importação são custos efetivos do contribuinte que não foram pagos diretamente a pessoas vinculadas e, deste modo, não podem fazer parte do preço parâmetro.” (Acórdão 1102-00.302, 1ª Câmara, 2ª Turma Ordinária, sessão de 01 de setembro de 2010)

7.16.4.10 Conquanto a ementa mencione apenas o preço-parâmetro, nota-se que a decisão, além de ter afastado a aplicação da IN nº 32/01 por considerá-la contrária ao texto da lei, leva a crer que o Conselheiro Relator referia-se à transação controlada (preço praticado), e não ao preço-parâmetro, enquanto aquele que resulta da aplicação de um dos métodos constantes da Lei nº 9.430/96:

“Analisando-se a finalidade da criação do preço de transferência, tem-se que o legislador *buscou controlar os preços praticados nas operações de compra e venda e prestação de serviços entre partes relacionadas* eis que, partilhando de interesses econômicos comuns, as partes poderiam, eventualmente, se utilizar de preços distintos daqueles usualmente praticados no mercado para, através de tais negociações, transferir rendimento tributável de um país para outro.

Como dito alhures, *os valores do frete, seguro e imposto de importação são custos efetivos do contribuinte, que não foram pagos diretamente a pessoas vinculadas por se tratar de operações*

realizadas com transportadoras, seguradoras e com a própria União e, deste modo, não podem fazer parte do preço parâmetro." (g.n.)

7.16.4.11 Assim, permanece absolutamente defensável o entendimento de que a interpretação mais adequada à legislação de preços de transferência, e ao princípio *arm's length*, levará à exclusão dos valores de frete e seguro e tributos incidentes na importação quando da apuração do preço-parâmetro obtido a partir da sistemática do PRL.

7.16.5 A questão da inclusão dos valores relativos a frete, seguro e tributos no custo da transação controlada ganhou novos desdobramentos com a nova conformação dada ao método PRL pela Medida Provisória nº 563/12, conforme se verá a seguir.

O Método PRL a partir da Lei nº 12.715/12

7.17 Tendo em vista que a IN nº 243/02 introduziu uma fórmula de cálculo contestada pelos contribuintes, por não corresponder ao texto da antiga lei, a Medida Provisória nº 563/12, posteriormente convertida na Lei nº 12.715/12, modificou a Lei nº 9.430/96 para incorporar a sistemática da proporcionalização. Embora não tenha aberto mão de margens predeterminadas, afastou a antiga margem de 60%, adotando margens que julgou mais condizentes com as necessidades das empresas.

7.17.1 As principais peculiaridades do "novo" método PRL previsto pela referida Medida Provisória são:

- Utilização do *preço líquido de venda*, definido como a média aritmética ponderada dos preços de venda do bem, direito ou serviço produzido, diminuídos dos descontos incondicionais concedidos, dos impostos e contribuições sobre as vendas e das comissões e corretagens pagas.

- Cálculo do *percentual de participação* do bem, serviço ou direito importado no custo total, definido como o custo médio ponderado do item importado sobre o custo total médio ponderado do bem, serviço ou direito vendido, demonstrado por planilha de custos da empresa.

- Aplicação do percentual de participação sobre o preço líquido de venda para obtenção do *valor da participação do bem, serviço ou direito importado sobre o preço líquido de venda*.

- Margem de lucro geral de 20%, aplicada sobre o valor da participação do item importado sobre o preço líquido de venda (não mais havendo os 20% ou 60% da legislação anterior), prevendo-se outras margens de lucro aplicáveis a setores específicos.

- Preço-parâmetro definido sobre o valor da participação do item importado sobre o preço líquido de venda menos a margem de lucro.

7.17.2 A Lei nº 12.715/12 estabeleceu a possibilidade de haver margens diversas para cada setor. Assim, a margem de lucro para o método PRL passou a ser diferenciada para os seguintes setores:

Setor	Margem de lucro do método PRL
<i>Regra geral</i>	20%
Produtos químicos	30%
Vidros e de produtos do vidro	
Celulose, papel e produtos de papel	
Metalurgia	40%
Produtos farmoquímicos e farmacêuticos	
Produtos do fumo	
Equipamentos e instrumentos ópticos, fotográficos e cinematográficos	
Máquinas, aparelhos e equipamentos para uso odontológico-hospitalar	
Extração de petróleo e gás natural	40%
Produtos derivados do petróleo	

7.17.2.1 Estabeleceu-se que, no caso de a pessoa jurídica desenvolver atividades em mais de um setor, a margem de lucro utilizada corresponderá ao setor de atividade para o qual o bem importado tenha sido destinado.

7.17.2.2 Além disso, na hipótese de esse bem importado ser revendido e aplicado na produção de um ou mais produtos, ou ainda se submeter a diferentes processos produtivos, o preço-parâmetro final do método PRL será a média ponderada dos valores encontrados mediante a aplicação do método PRL para cada uma das respectivas destinações.

7.17.3 A Lei nº 12.715/12 passou a deixar expresso que o preço-parâmetro deverá ser apurado considerando os preços de venda no período em que os produtos forem baixados de estoque para resultado. Ou seja: um bem importado em um ano e apenas revendido em outro ano sujeitar-se-á ao PRL do ano da venda. Tal entendimento apenas faz sentido na medida em que o ano da revenda seja próximo ao ano da importação: descolando-se ambos, surge o risco de que os preços no ano da revenda não encontrem mais paralelo com aqueles praticados no ano em que o bem foi adquirido.

7.17.4 Item que merece atenção na nova disciplina legal é o da inclusão dos valores relativos a frete, seguro e tributos no custo do bem importado para fins de aplicação do método PRL. Como visto no item 7.15, foi esta uma questão relevantíssima durante a vigência da Lei.

7.17.4.1 Conforme foi visto, a pretensão do Fisco baseava-se na leitura do parágrafo 6º do artigo 18 da Lei nº 9.430/96, que determinava, “para efeito de dedutibilidade”, a inclusão das parcelas relativas a frete, seguros e tributos aduaneiros.

7.17.4.2 A Lei nº 12.715/12 deu nova redação ao dispositivo, o que poderia fazer crer, numa leitura apressada, que o legislador teria tomado decisão exatamente inversa, dispondo que aqueles valores não integrariam o custo.

7.17.4.3 A leitura atenta do novo dispositivo, entretanto, revela que o legislador perdeu a oportunidade de tratar do assunto. Eis o texto legal:

“§ 6º Não integram o custo, para efeito do cálculo disposto na alínea b do inciso II do *caput*, o valor do frete e do seguro, cujo ônus tenha sido do importador, desde que tenham sido contratados com pessoas:

I - não vinculadas; e

II - que não sejam residentes ou domiciliadas em países ou dependências de tributação favorecida, ou que não estejam amparados por regimes fiscais privilegiados.

§ 6º-A. Não integram o custo, para efeito do cálculo disposto na alínea b do inciso II do *caput*, os tributos incidentes na importação e os gastos no desembaraço aduaneiro.”

7.17.4.4 Diferentemente do que se esperaria, o legislador não disse que aqueles valores não estariam sujeitos a controle de preço de transferência. Ao contrário, dispõe sobre o cálculo da proporcionalização, que será visto a seguir.

7.17.4.5 Permanece, daí, a insegurança e a dúvida apresentada no item 7.15, quanto à necessidade, ou não, de se submeter ao cálculo de preços de transferência os valores de frete e seguro. Se, por um lado, já não há no parágrafo 6º dispositivo mandando incluir tais valores “para efeito de dedutibilidade”, há que se considerar que o texto do *caput* determina que os valores constantes dos documentos de importação estão sujeitos ao controle de preços de transferência.

7.17.4.6 Para que se busque uma interpretação adequada, importa compreender o teor do novo comando inserido no referido parágrafo 6º. É o que se fará a seguir.

7.17.5 Pela nova redação do parágrafo 6º, frete e seguro pagos a não vinculados não integram o cálculo previsto no inciso II do artigo 18. O referido cálculo, por sua vez, versa sobre a proporcionalização.

7.17.6 A proporcionalização, por sua vez, é procedimento que antes vinha previsto (sem base legal) pela Instrução Normativa nº 243/02, no chamado “PRL-60” e que doravante passa a contar com amparo legal.

7.17.6.1 Pela proporcionalização, o PRL já não parte do preço de venda do bem, mas sobre o preço proporcionalizado. Assim, antes de se aplicar a margem legal (de 20, 30 ou 40%), deve-se calcular qual o peso que o item importado teve no custo total do bem, serviço ou direito vendido.

7.17.6.2 É justamente nesse cálculo que aparece o problema do frete e seguro pagos a terceiros: o novo parágrafo 6º do artigo 18 dispõe que se tais valores foram pagos a terceiros, não devem eles integrar o custo. O mesmo vale, nos termos do parágrafo 6º-A, para os tributos aduaneiros.

7.17.6.3 O problema é que o legislador, ao dispor sobre o assunto, disse que aqueles valores não integram o “custo” para efeito do cálculo da proporcionalização, omitiu-se quanto a qual “custo” se referia: “custo médio ponderado do item importado” ou “custo total médio ponderado do bem, serviço ou direito vendido”. Noutras palavras, o valor deve ser excluído do numerador, do denominador, ou de ambos?

7.17.6.4 A discussão não é irrelevante. Imagine-se um exemplo simples, em que um item é adquirido de pessoa vinculada pelo valor de 8, sendo frete e seguro correspondentes a 2 e outros custos de fabricação equivalentes a 10. Considere-se tenha o produto final sido vendido por 28.

Custo do bem importado	8
Frete e seguro pagos a terceiros	2
Outros custos	10
Custo total	20
Valor de venda do bem	28

7.17.6.4.1 Num primeiro cálculo, eis o que aconteceria se os valores compusessem tanto numerador como denominador:

$PV_{prop.} = (8 + 2) / (18 + 2)$
$PV_{prop.} = 50\% \times 28$
$PV_{prop.} = 14$

$PRL = PV_{prop.} - 20\%PV_{prop.}$
$PRL = 14 - 20\% \times 14$
$PRL = 14 - 2,8$
$PRL = 11,2$

7.17.6.4.2 Enquanto a inclusão dos valores de frete e seguro tanto no numerador quanto no denominador leva a preço-parâmetro de 11,2, outro é o resultado a que se chega quando o montante é incluído apenas no denominador:

$PV_{prop.} = 8 / (18 + 2)$
$PV_{prop.} = 40\% \times 28$
$PV_{prop.} = 11,2$

$PRL = PV_{prop.} - 20\%PV_{prop.}$
$PRL = 11,2 - 20\% \times 11,2$
$PRL = 11,2 - 2,24$
$PRL = 8,96$

7.17.6.4.3 O cálculo acima releva que a inclusão dos valores de frete e seguro apenas no custo total do bem vendido leva a um preço-parâmetro inferior àquele obtido quando os referidos montantes são igualmente incluídos no "custo médio ponderado do item importado". Ainda outro é o resultado derivado da consideração do frete e do seguro apenas neste último:

$PV_{prop.} = (8 + 2) / 18$
$PV_{prop.} = 55,5\% \times 28$
$PV_{prop.} = 15,5$

$PRL = PV_{prop.} - 20\%PV_{prop.}$
$PRL = 15,5 - 20\% \times 15,5$
$PRL = 15,5 - 3,1$
$PRL = 12,4$

7.17.6.5 Diante das três alternativas possíveis, as autoridades tributárias tomaram o seguinte procedimento, no artigo 12 da IN nº 1.312/12:

“§ 3º Não integram o custo médio ponderado do bem, direito ou serviço importado:

I - o valor do frete e do seguro, cujo ônus tenha sido do importador, desde que tenham sido contratados com pessoas:

- a) não vinculadas; e
- b) que não sejam residentes ou domiciliadas em países ou dependências de tributação favorecida, ou que não estejam amparados por regimes fiscais privilegiados;

- II - os tributos incidentes na importação; e
- III - os gastos com desembaraço aduaneiro.

§ 4º O custo total médio ponderado do bem, direito ou serviço vendido deve ser calculado considerando todos os encargos necessários a sua composição, inclusive o valor do frete, do seguro, dos tributos incidentes na importação e os gastos com desembaraço aduaneiro.”

7.17.6.6 Do texto acima transcrito, vê-se que no entendimento das autoridades tributárias, os valores referidos são excluídos do numerador, mas não do denominador, por ocasião da proporcionalização (cálculo exemplificado no parágrafo 7.16.6.4.2, acima.

7.17.6.7 Quanto ao preço da transação controlada, omitiu-se por completo a referida norma administrativa, perdendo a oportunidade de posicionar-se, de uma vez por toda, acerca da querela acima relatada.

7.17.6.8 Não obstante, na medida que exige que por ocasião da proporcionalização se considerem apenas os valores pagos à parte ligada, sem o frete e seguros pagos a terceiros, e sem o valor dos tributos aduaneiros, permite concluir que o foco do controle é o preço FOB, não o preço CIF. Daí surgir acertada a conclusão de que com o cálculo proporcional introduzido pela IN nº 1.312/12, ganha força a linha que entende serem controlados apenas os valores pagos a pessoas vinculadas, descartando-se frete e seguros, quando pagos a terceiros, bem como os tributos aduaneiros.

7.17.6.9 Outra não é a conclusão a que se chega a partir da Exposição de Motivos que acompanhou a Medida Provisória nº 563/12, posteriormente convertida na Lei nº 12.715/12. Indica-se, naquela, que os valores de frete e seguros, quando pagos a pessoas não vinculadas ou não residentes em paraísos fiscais, devem ser desconsiderados, porquanto não seriam, em tais condições, suscetíveis de manipulações:

“c) não consideração de montantes pagos a entidades não vinculadas ou a pessoas não residentes em países de tributação favorecida ou ainda a agentes que não gozem de regimes fiscais privilegiados - a título de fretes, seguros, gastos com desembaraço e impostos incidentes sobre as operações de importação - para fins de cálculo do preço parâmetro pelo método PRL, vez que tais montantes não são suscetíveis de eventuais manipulações empreendidas com o intuito de esvaziar a base tributária brasileira”.

Transfer Pricing nas Exportações e os Dois Métodos Relativos ao Preço de Revenda

7.18 Tratando das exportações, o método do preço de revenda surge, inicialmente, no Método do Preço de Venda por Atacado no País de Desti-

no, Diminuído do Lucro - PVA³⁶⁴, que o inciso II do parágrafo 3º do artigo 19 da Lei nº 9.430/96 define como “a média aritmética dos preços de venda de bens, idênticos ou similares, praticados no mercado atacadista do país de destino, em condições de pagamento semelhantes, diminuídos dos tributos incluídos no preço, cobrados no referido país, e de margem de lucro de quinze por cento sobre o preço de venda no atacado”.

7.18.1 Surge, assim, da definição:

$$PVA = G - (H + (15\% \times G))$$

G = Média aritmética dos preços de venda, no mercado atacadista do país de destino, de bens e serviços idênticos ou similares, a pessoas não vinculadas

H = Tributos incluídos no preço no país de destino³⁶⁵

7.18.2 Como alternativa no próprio método de revenda para as exportações, encontra-se o Método de Venda a Varejo no País de Destino, Diminuído o Lucro - PVV, definido pelo inciso III do parágrafo 3º do artigo 19 da Lei nº 9.430/96 como “a média aritmética dos preços de venda de bens, idênticos ou similares, praticados no mercado varejista do país de destino, em condições de pagamento semelhantes, diminuídos dos tributos, incluídos no preço, cobrados no referido país, e de margem de lucro de trinta por cento sobre o preço de venda no varejo”.

7.18.2.1 Decorre, assim, da definição:

$$PVV = I - (J + (30\% \times I))$$

I = Média aritmética dos preços de venda, no mercado varejista do país de destino, de bens e serviços idênticos ou similares, a pessoas não vinculadas

J = Tributos incluídos no preço no país de destino³⁶⁶

³⁶⁴ Conforme estabelecido no Acórdão nº 16-21.130, de 22/04/09, da 5ª Turma da DRJ/SP, na apuração do preço-parâmetro pelo método PVA “deve-se utilizar as taxas de câmbio das datas em que ocorreram as respectivas vendas no exterior”.

³⁶⁵ Nos termos do § 1º do artigo 22 da IN nº 38/97 (art. 23 da IN nº 32/01 e 24 da IN nº 243/02), “consideram-se tributos incluídos no preço, aqueles que guardem semelhança com o ICMS e o ISS e com as contribuições COFINS e PIS/PASEP”. No mesmo sentido, cf. Acórdão nº 16-27.179, de 20/10/10, da 5ª Turma da DRJ/SP.

³⁶⁶ Nos termos do § 1º do artigo 22 da IN nº 38/97 (art. 23 da IN nº 32/01 e 24 da IN nº 243/02), “consideram-se tributos incluídos no preço, aqueles que guardem semelhança com o ICMS e o ISS e com as contribuições COFINS e PIS/PASEP”.

7.18.3 Interessante notar que, à semelhança do que fizera com o PRL na importação, também aqui o legislador não autorizou que se deduzisse qualquer montante do preço, para a aplicação das margens de 15% e 30%. O parágrafo 2º do artigo 31 da IN nº 1.312/12 é literal ao declarar que aquela margem “será aplicada sobre o preço bruto de venda”.

7.18.3.1 Noutras palavras, as margens de 15% e 30% são calculadas sobre o preço de venda “cheio”; tributos incluídos no preço no país de destino, conquanto sejam parcela a deduzir na apuração do PVV e do PVA, não são deduzidos da base de cálculo da margem.

7.18.3.2 Daí se constatar que quanto maiores forem os tributos incluídos no preço do vendedor e cobrados localmente (que, portanto, aumentam aquele preço), tanto maior será a própria margem de lucro a ser deduzida. Como o incremento da margem de lucro implica diminuição do preço-parâmetro, vê-se que quanto maior o montante de tributos locais incluídos no preço, menor será o preço-parâmetro exigido do exportador.

7.18.3.3 Ressalte-se que o raciocínio acima se aplica apenas a tributos locais *incluídos* no preço, não àqueles *adicionados* ao preço por ocasião da venda.

7.18.4 Outro ponto a notar é que, quando o legislador se refere à média dos preços no mercado atacadista ou varejista, não está ele a exigir que se faça um levantamento de todos os preços ali praticados. Afinal, se o importador revende seus produtos localmente a terceiros independentes, a média desses preços refletirá, já por ela mesma, a média do mercado.

7.18.5 Merece nota, ademais, que diferentemente do PRL, na importação, não cogita o legislador, aqui, de qualquer proporcionalização, o que leva a antecipar questionamentos quando houver qualquer tipo de agregação de valor, antes da venda do bem, no exterior.

7.18.5.1 Também gera dúvida qual deverá ser considerado o país de destino onde se encontra o mercado atacadista ou varejista. Em operações em que a exportação seja feita juridicamente para um país, mas por motivos de administração do fluxo comercial seja entregue em um terceiro país, é duvidoso o país de destino a considerar.

7.18.5.2 A esse respeito, as “Perguntas e Respostas” da Receita Federal tratam de uma hipótese específica. Se a exportação é feita para uma pessoa vinculada intermediária, mas entregue diretamente ao destinatário final em outro país, foi entendido que o mercado será o do país onde se encontra o destinatário final³⁶⁷.

³⁶⁷ 63. No caso de exportação para pessoa vinculada que exerça apenas papel de intermediária ou centralizadora, quando o destinatário final do bem for residente em país diverso, deve ser considerado “país de destino” o de domicílio da pessoa vincu-

7.18.5.3 Observe-se, porém, que a resposta da Receita Federal trata da situação de a intermediária ser uma pessoa vinculada, mas nada esclarece sobre a possibilidade de o destinatário final da mercadoria ser também uma pessoa vinculada. Pela lógica, porém, se o objeto da análise é o preço de revenda no mercado de destino, e o destinatário final, apesar de pessoa vinculada, efetua a revenda a terceiros independentes, é razoável entender que essa seria uma operação que observa os padrões de *arm's length*, de maneira a ser utilizável para fins dos métodos PVA e PVV.

7.18.6 Também pode ser de difícil compreensão saber o que se consideram venda por atacado e a varejo. A legislação de preços de transferência nada dispõe a respeito, impedindo que se consolide um entendimento. Podem ser adotados dois entendimentos.

7.18.6.1 Num primeiro posicionamento, pode-se pautar na quantidade para determinar o caráter do negócio. A venda por atacado é caracterizada pela existência de transações em grandes quantidades, enquanto que o mercado varejista seria caracterizado por transações efetuadas em pequena escala. Desconsidera este posicionamento por completo a natureza do comprador do bem (*i.e.*, se se trata de consumidor final ou de revendedor).

7.18.6.2 Alternativamente, pode-se adotar uma análise funcional para efetuar a distinção entre ambos os tipos de mercado. Sob este prisma, a venda de um bem a ser revendido (com ou sem agregação de valor) seria caracterizada como venda por atacado, ainda que o objeto do negócio seja uma única unidade, enquanto que a venda a varejo seria aquela visando exclusivamente ao consumidor final do produto, mesmo que este o adquira em quantidades consideráveis.

7.18.6.3 Embora a princípio os dois conceitos de atacado e varejo possam parecer aceitáveis para a caracterização do negócio, a própria legislação de preços de transferência, ao prever as margens de 15% para vendas no atacado e de 30% para vendas no varejo, traz indícios de que a análise funcional seria a mais apropriada para os fins a que se destina.

7.18.6.4 Isso porque não se pode olvidar de que o legislador, por determinar margens diferentes relativamente ao tipo de mercado em que há a venda de bens, vislumbrou uma razão para tanto. A justificativa que parece razoável para isso é ter o legislador aventado que aquele que vende para consumidores finais geralmente impõe uma margem maior, haja vista que, sem intermediários, é ele quem estipula o preço final para determinado produto acabado.

7.18.6.5 Por outro turno, aquele que vende certo bem para um revendedor necessariamente exigirá deste uma margem menor do que a exigível

lada ou o de destino efetivo do bem, na apuração do PVA ou PVV? O "país de destino" a ser considerado é o de destino final do bem.

caso efetuasse tal venda diretamente para consumidores finais. Isso se daria porque, pelo fato de o revendedor objetivar lucro em suas transações, também se encarregará de impor uma margem na revenda aos aludidos consumidores.

7.18.6.6 Corroborando o entendimento de que é a análise funcional que deve ser utilizada para definir mercado atacadista e varejista, o Decreto nº 4.544/02 ("Regulamento do IPI") define em seu artigo 14 como sendo estabelecimento varejista aquele que "efetua vendas diretas a consumidor", asseverando que haverá um estabelecimento atacadista quando este adquira bens em quantidade superior àquela destinada ao uso próprio.

7.18.6.7 Em face do disposto no Regulamento do IPI e da racional inerente ao PVA e ao PVV, é de se considerar que tais métodos terão sua aplicação estritamente vinculada à destinação que o adquirente dará ao bem revendido pela pessoa jurídica residente do exterior que o importa do Brasil. Se esse adquirente tiver o intuito de efetuar nova revenda, estará inserido no mercado atacadista, sendo aplicável o PVA; de outra forma, se adquirir o bem para consumo próprio, o adquirente será considerado parte de um mercado varejista, aplicando-se então o PVV ao caso concreto.

7.18.7 Tendo em vista que a apuração do preço-parâmetro por tais métodos utiliza dados de operações alheias ao contribuinte residente do Brasil, é comum a escassez de documentação pertinente ao PVA e ao PVV. Cumpre-se, portanto, verificar quais são os requisitos documentais impostos pelas autoridades fiscais para a apuração dos referidos métodos.

7.18.7.1 Ao estipular uma regra geral aplicável a todos os métodos, o artigo 53 da IN nº 1.312/12 determina que seja fornecida aos auditores fiscais da Receita Federal a documentação usada como suporte na verificação do preço praticado e as respectivas memórias de cálculo para apuração do preço-parâmetro, sem, todavia, elaborar uma lista expressa dos documentos necessários à comprovação dos cálculos.

7.18.7.2 Outrossim, o parágrafo 2º do artigo 53 da IN nº 1.312/12 assevera que se não forem apresentados esses "documentos necessários", ou, se apresentados, forem insuficientes ou imprestáveis para formar a convicção quanto ao preço, o Fisco poderá determiná-lo com base em outros documentos de que dispuser, podendo inclusive resolver pela aplicação de método diverso. No entanto, a aludida instrução normativa é muito vaga a respeito dos documentos que devem de fato ser apresentados.

7.18.7.3 Verificando-se a Pergunta 62 da Seção de Preços de Transferência do relatório da Receita Federal intitulado "DIPJ 2012 - Perguntas e Respostas", a qual trata da prova documental relativa ao PVA e ao PVV, constata-se novamente que as autoridades fiscais não fornecem uma lista expressa dos documentos exigidos para a apuração desses métodos.

7.18.7.4 Sem uma resposta conclusiva, no mencionado relatório as autoridades fiscais emanaram o posicionamento de que o importante é que os documentos sejam hábeis para a “comprovação do preço praticado no mercado atacadista ou varejista”.

7.18.7.5 Igualmente julgados são vagos a esse respeito. Em um caso julgado pela 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal em Julgamento de São Paulo, entendeu-se pela desconsideração do método PVA utilizado, sob o argumento de que “o método PVA exige que a comparação seja feita com preços de mercado”.³⁶⁸ Não há informações a respeito de como os preços de mercado deveriam ser comprovados nesse sentido.

Ajustes

7.19 Considerando-se que, como visto acima, o parâmetro subjetivo do método de revenda é exatamente a margem de lucro que, no caso brasileiro, parece haver sido pré-fixada pelo legislador, as autoridades administrativas viram-se dispensadas, no caso das importações, de cogitar de qualquer ajuste, senão os relativos às diferenças de preços entre vendas à vista e a prazo³⁶⁹, adotando para tais ajustes critério semelhante ao que fixara para o método dos preços independentes comparados³⁷⁰.

³⁶⁸ “Preços de Transferência. Exportação. Método PVA. Deduções da receita Bruta. Desconsideram-se, na apuração do preço-parâmetro segundo o método PVA (Preço de Venda por Atacado no País de Destino, Diminuído do Lucro), parte das deduções da receita bruta do produto vendido no exterior, não comprovadas pela contribuinte. (...) Método PVA. Taxas de Câmbio. Na apuração do preço-parâmetro com base no método PVA, deve-se utilizar as taxas de câmbio das datas em que ocorreram as respectivas vendas no exterior. Desconsideração do Método PVA. Adoção do Método CAP. Correta a desconsideração, pela fiscalização, do método PVA adotado pela contribuinte, e a adoção do método CAP (Custo de Aquisição ou de Produção mais Tributos e Lucro), pois o método PVA exige que a comparação seja feita com preços de mercado. CSLL. Decorrência. O decidido quanto ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica aplica-se à tributação dele decorrente.” (DRJ SP, 5ª Turma, Acórdão nº 16-21.129, j. em 22/04/09)

³⁶⁹ Nesse sentido, no Acórdão nº 103-23.199, de 13/09/07, da antiga 3ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, a respeito dos ajustes para o método PRL: “Preço de Transferência - Método PRL - Ajustes Financeiros - Se as operações consideradas para a determinação do preço médio contiverem vendas à vista e a prazo os preços relativos a estas últimas deverão ser escoimados dos juros, desde que efetivamente comprovado que ocorreram.” No mesmo sentido, ver o Acórdão nº 16-11.277, de 17/10/06, da 5ª Turma da DRJ/SP. Sobre esse mesmo tema, ver também o Acórdão nº 16-24.226, de 10/02/10, 5ª Turma da DRJ/SP: “Preço Praticado. Juros nas Compras a Prazo. Inexistindo na legislação vigente tratamento específico quanto ao ajustamento de preços praticados na importação direta da empresa vinculada em compras a prazo, e não comprovando a contribuinte a cobrança de juros nas operações, indevida a redução do preço praticado.”

³⁷⁰ Cf. parágrafo 6.4.1.1, *supra*.

7.19.1 Tratando das exportações, o parágrafo 3º do artigo 31 (método PVA) e o parágrafo único do artigo 32 (método PVV), todos da IN nº 1.312/12, fazem remissão expressa aos artigos 22 a 25 da mesma Instrução Normativa, o que implica que todos os ajustes possíveis para o PVEx estendem-se ao PVA e ao PVV.

7.19.2 Assim, chega-se ao paradoxo de que enquanto o PRL (relativo a importações) apenas cogita ajustes concernentes a prazo, para o PVA e PVV, podem-se tomar em consideração questões como quantidades, garantia, propaganda, intermediação, acondicionamento, frete e seguro etc.

7.19.3 Evidente que, decorrendo os ajustes da necessidade de conformidade do método ao parâmetro *arm's length*, não pode o contribuinte ser impedido de estender aqueles ajustes ao método PRL, quando cabível no caso concreto.

7.19.4 Ademais, as autoridades administrativas, adotando o enfoque produto a produto, não contemplam a consideração de “cestos” de produtos, exigida para a adoção do parâmetro *arm's length*³⁷¹, tornando ainda mais imprecisa a aplicação dos métodos PRL, PVA e PVV.

³⁷¹ Cf. parágrafo 5.5 e seus subparágrafos, *supra*.

8. Método do Custo mais Lucro

O Método do Custo mais Lucro

8.1 Na conceituação da OCDE, o método do custo mais lucro ("custo mais"- *cost plus*) começa com os custos incorridos pelo fornecedor de bens ou serviços, em uma transação controlada, relativos aos bens ou serviços fornecidos a um comprador vinculado. Adiciona-se ao custo, então, uma margem de lucro apropriada (*cost plus mark up*), de modo a produzir um lucro adequado à luz das funções exercidas e das condições de mercado. Do mesmo modo que o método do preço de revenda, o método do custo mais lucro implica uma comparação hipotética com terceiros (*hypothetischer Fremdvergleich*), já que a comparação com terceiros independentes apenas se faz com relação à margem de lucro³⁷².

8.1.1 Tratando-se de um método essencialmente comparativo, valem para este método todas as considerações acima acerca dos ajustes necessários para que se tornem comparáveis as transações. Alerta a OCDE que no caso do método em tela, possivelmente será menos relevante efetuar ajustes por conta de diferenças no produto, podendo ser mais importante dar atenção a outros fatores, como, por exemplo, as funções exercidas. Assim, no exemplo citado no relatório da referida organização internacional, é possível usar uma venda de ferros de passar, efetuada por uma companhia A a um distribuidor independente, como parâmetro para uma venda de torradeiras, efetuada por uma companhia B a um distribuidor vinculado, quando inexistem outros fabricantes de torradeiras e admitindo-se que, em geral, as margens de lucro na fabricação de torradeiras e ferros de passar não são muito diferentes para fabricantes de eletrodomésticos. O ajuste pode ser necessário, entretanto, se ficar demonstrado que a companhia B possui um processo produtivo muito mais eficaz e, por isso, tem menores custos. Neste caso, não seria *arm's length* impingir à companhia B uma margem de lucro própria da companhia A, notoriamente mais ineficiente³⁷³.

8.1.2 Daí a razão de aplicar-se, aqui, a discussão já apresentada quando se fez referência ao método do preço de revenda, sobre a possibilidade de a comparação de margens se fazer de modo interno ou de modo externo. Para a OCDE, o ideal seria a fixação da margem de lucro que o mesmo fornecedor alcança em vendas a empresas não associadas (comparação interna). A comparação externa, a partir de transações comparáveis efetua-

³⁷² Cf. Andrea Lahodny-Karner, *op. cit.* (nota 267), p. 49.

³⁷³ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), parágrafos 2.41 e 2.42.

das por terceiras empresas poderia servir, quando muito, como orientação (*may serve as a guide*)³⁷⁴.

8.1.3 Uma grande dificuldade que se encontra na aplicação desse método concerne à determinação dos custos. Conforme lembra a OCDE, embora seja verdade que uma empresa, para sobreviver, deve ter condições de cobrir seus custos, estes podem não ser determinantes do lucro apropriado em um caso específico para um ano qualquer³⁷⁵.

8.1.4 Essa circunstância é especialmente verdadeira em setores nos quais as atividades de pesquisa e desenvolvimento têm peso forte. Embora em muitos casos seja possível à contabilidade, por meio de criação de centros de custos adequados, apurar custos de pesquisa e desenvolvimento para produtos específicos, não raro as indústrias de tecnologia avançada mantêm laboratórios de pesquisas, nos quais se investem fortunas, sem qualquer certeza quanto à obtenção de um resultado concreto.

8.1.4.1 Dentre os princípios contábeis geralmente aceitos, encontra-se o *princípio contábil do confronto das despesas com as receitas*, que determina:

“Toda despesa diretamente delineável com as receitas reconhecidas em determinado período, com as mesmas deverá ser confrontada; os consumos ou sacrifícios de ativos (atuais ou futuros), realizados em determinado período e que não puderam ser associados à receita do período nem às dos períodos futuros, deverão ser descarregados como despesa do período em que ocorrerem.”³⁷⁶

8.1.4.2 Pelo *princípio do confronto entre despesas e receitas*, não importará o efetivo desembolso financeiro ou o recebimento de caixa, sendo relevante, sim, aquilo que de direito deve-se e aquilo que de direito está ganho. Decorre do referido princípio, ainda, que deve ser seguido um paralelismo entre o sacrifício de ativo (despesa) e o reconhecimento das receitas a ele relacionadas, sob pena de infringir-se a real demonstração do resultado de uma empresa. Assim não fosse, e com facilidade se chegaria a situações distorcidas, nas quais uma empresa saudável, que se encontra na fase de produção, viesse a ser considerada deficitária.

8.1.4.3 Aplicando o referido princípio ao caso dos laboratórios de pesquisa, quando for possível alocar uma pesquisa a um determinado produto, então os desembolsos efetuados somente deverão afetar os resultados da

³⁷⁴ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), parágrafo 2.40; cf. tb. Andrea Lahodny-Karner, *op. cit.* (nota 267), p. 53.

³⁷⁵ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), parágrafo 2.43.

³⁷⁶ Trecho extraído do pronunciamento técnico “Estrutura Conceitual Básica da Contabilidade”, do Instituto Brasileiro de Contabilidade - IBRACON, aprovado pela deliberação CVM nº 29/86.

empresa nos mesmos períodos em que houver ingressos financeiros correspondentes àqueles produtos. Em uma linguagem contábil, dir-se-á que os desembolsos com tais pesquisas serão lançados a uma conta de ativo, sendo apropriados aos resultados, paulatinamente, conforme se vendam os produtos fabricados com a tecnologia assim desenvolvida (ou conforme de qualquer forma se obtenha alguma receita correspondente àqueles pesquisas).

8.1.4.4 Tratando-se de pesquisa não determinada, entretanto, a situação é diversa. Com efeito, em geral os laboratórios das empresas de alta tecnologia não têm um objetivo específico de pesquisa. Eles exploram propriedades de materiais, suas reações químicas e físicas etc., até que, em dado momento, descobrem alguma propriedade que pode ser explorada industrialmente. Entre o início da pesquisa até o momento da descoberta, podem ter corrido anos. O que torna a questão ainda mais delicada é que, em geral, o processo de pesquisa não para na primeira descoberta: retomam-se as pesquisas em seguida, descobrindo-se novos produtos, em um processo sem fim. Em tais circunstâncias, tivesse sido possível apropriar as despesas da pesquisa com a descoberta do primeiro produto, ainda assim não seria correto imputar ao segundo produto apenas os custos adicionais já que, afinal, para que se chegasse ao segundo produto, também foi necessária aquela pesquisa inicial. Nestas circunstâncias, já não é possível saber qual o custo de pesquisa de cada um dos produtos.

8.1.4.5 A contabilidade reconhece essas dificuldades e recomenda, em tais casos, processos que vão desde o lançamento do total do valor das pesquisas como despesa do próprio ano (procedimento geralmente adotado na Europa) até o diferimento daquele lançamento por períodos, em geral, de cinco anos (caso brasileiro, anterior à adoção dos novos padrões contábeis). A segunda técnica tem a seu favor o reconhecimento de que as pesquisas não colaboram para o resultado de um único ano e, em nome do princípio do confronto entre despesas e receitas, opta pelo diferimento da despesa, para ser confrontada não com a receita de um, mas de cinco anos.

8.1.4.6 Se do ponto de vista contábil a solução satisfaz - ou, pelo menos, não pode ser substituída por qualquer outra, pelos problemas acima mostrados - do ponto de vista dos objetivos do princípio *arm's length*, não pode o método do custo mais lucro ficar refém de tal imprecisão, já que seu objetivo deve ser, necessariamente, apurar qual o custo efetivo da produção do bem. Ora, para que a empresa de alta tecnologia chegasse àquele produto, é claro que ela precisou das pesquisas que fez. Nesse sentido, todas as suas pesquisas são um custo e não podem ser meramente desprezadas, exclusivamente em virtude da dificuldade contábil de sua apuração, ou porque naquela empresa específica já foram amortizadas. Vale lembrar que o princípio a ser seguido é o *arm's length* e, nesse sentido, não deve ser rele-

vante a situação concreta da transação controlada, sendo mais importante determinar como terceiros em condições normais contrariariam.

8.1.4.7 Uma saída plausível para o dilema seria retomar a ideia de que, afinal, o método do custo mais lucro é um método comparativo. Nesse sentido, não estaria afastada a aplicação do método na medida em que fosse possível encontrar, no mercado, determinada empresa mantendo transações comparáveis com pessoas não vinculadas, em que se constatasse que aquela empresa mantivesse níveis equivalentes de gastos em pesquisa. Ainda assim, a análise deveria tomar o cuidado de investigar se as pesquisas chegam a equivalente resultado prático, já que um laboratório mais eficiente (mais moderno, mais bem equipado ou com melhores profissionais, por exemplo) pode implicar um "custo" diferente de outro.

8.1.5 Diretamente ligado a esse tema, encontra-se o alerta da OCDE, sempre preocupada com a questão da comparabilidade das transações, de que margens só podem ser comparadas se houver consistência nos procedimentos contábeis de ambas as empresas: havendo diferenças nos padrões contábeis, então certamente também deverão ser adotados os ajustes necessários³⁷⁷. Esta dificuldade, lembra Maisto, é ainda maior quando se levam em consideração os casos em que se comparam custos em países diversos, implicando extrema dificuldade na conversão dos custos (seja em virtude das diferenças de critérios contábeis, seja por diferenças cambiais)³⁷⁸.

8.1.6 Ainda mantendo a atenção sobre o procedimento de comparação, vale também outra lembrança da OCDE, de que as bases sobre as quais se calculam as margens de lucro comparadas devem ser equivalentes. Assim, por exemplo, se uma empresa baseia sua produção em bens de terceiros arrendados (*leasing*) e outra empresa em bens próprios, a primeira estará lançando a custo o valor da despesa de aluguel, enquanto a segunda, apenas os encargos de depreciação. Importa, aqui, proceder a um ajuste, antes de apurar as margens a serem comparadas³⁷⁹.

8.1.7 No relatório da OCDE fica claro, ademais, que nem sempre se deve utilizar o método de custo histórico, podendo ser interessante adotar o custo médio e, sendo possível a mensuração, pode ser recomendada a adoção dos custos de reposição e custos marginais, quando resultarem em uma estimativa mais correta da margem de lucro³⁸⁰. O relatório da OCDE não desce a mais detalhes sobre o tema, que é bem explorado por Baumhoff, em análise que merece ser resumida³⁸¹.

³⁷⁷ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), parágrafo 2.46.

³⁷⁸ Cf. Guglielmo Maisto, *op. cit.* (nota 28), p. 131.

³⁷⁹ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), parágrafo 2.44.

³⁸⁰ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), parágrafo 2.49.

³⁸¹ Cf. Humbertus Baumhoff, *op. cit.* (nota 65), pp. 320-323, que serve de base para o desenvolvimento dos parágrafos 8.1.7 a 8.1.7.4.

8.1.7.1 No que se refere ao aspecto temporal, três são as hipóteses de cômputo de custos: o custo histórico, o custo normal e o custo planejado. Enquanto o primeiro baseia-se em dados reais (estando, assim, no plano do ser), os demais estão em estimativas da empresa (plano do dever ser).

8.1.7.2 O custo histórico baseia-se apenas nas contas passadas da empresa: computam-se os custos efetivamente incorridos, sem qualquer correção. Sua evidente vantagem está na relativa simplicidade e na possibilidade de poderem ser comprovados e verificados seus resultados, além de ser relativamente pequena a margem de manipulação do contribuinte. A seu desfavor, vem a influência que sobre ele exercem quaisquer fatores eventuais ou oscilações de custos. Do ponto de vista da análise dos preços de transferência, a principal desvantagem do custo histórico está em que as economias e deseconomias no processo produtivo influenciam o próprio custo, de modo a serem repassados ao comprador. Isto vai contra o princípio *arm's length*, que procura reproduzir as situações em que terceiros independentes encontrar-se-iam. Ora, terceiros independentes ineficientes são obrigados a suportar as perdas decorrentes de suas falhas, reduzindo, assim, sua margem de lucro. Do mesmo modo, terceiros independentes que conseguem ganhos com eficiência e produtividade dificilmente repassam tais ganhos a seus clientes, preferindo, em geral, aumentar sua margem de lucro. Daí se ver que não condiz com a realidade do mercado (obviamente se pressupõe um mercado livre, não monopolizado) a circunstância de os custos efetivos maiores ou menores implicarem os consumidores pagarem preços maiores ou menores. Outra grande desvantagem desse método é que o custo assim apurado somente pode ser apurado *a posteriori*.

8.1.7.3 Visando afastar pelo menos o problema das oscilações de custos, refletidas no custo histórico, encontra-se a técnica do custo normal, que em lugar de buscar custos efetivamente incorridos, busca os custos efetivos em que "normalmente" se incorre, em média. Para tanto, tomam-se os custos do passado, desenhando-se, a partir daí, uma curva de normalização. Por tal técnica matemática, expõem-se os efeitos dos extremos, atingindo-se o valor "normal".

8.1.7.4 Finalmente, o cálculo do custo planejado é voltado ao futuro. É o custo que se espera venha a se tornar o custo efetivo. Daí seu caráter de dever ser, já que se fixa uma estimativa de produção e, a partir de estudos técnicos e econômicos de consumo, bem como à vista da experiência decorrente da observação constante do processo produtivo, chega-se ao custo planejado para o produto.

8.1.8 Das três possibilidades de custo acima apontadas, é o custo planejado aquele que mais parece apropriado aos cânones do princípio *arm's length*.

8.1.8.1 Essa conclusão baseia-se, de um lado, na já mencionada compatibilidade com a realidade da prática de terceiros independentes, na qual as economias e deseconomias são auferidas ou suportadas pelo fabricante por elas responsável. Esse fenômeno somente é isolado no caso do custo planejado, já que no custo efetivo e, pelo menos parcialmente, no caso do custo normal, tais economias e deseconomias repassam-se ao consumidor³⁸².

8.1.8.2 Ademais, somente o sistema do custo planejado respeita o princípio da consideração *ex ante*, a que se refere a doutrina, segundo o qual a comparação com terceiros independentes somente pode estar baseada em informações e relações que já sejam conhecidas ou pelo menos delineadas no momento da celebração do contrato³⁸³.

8.1.9 A par da questão temporal dos custos, há também aquela referente a quais elementos devem ser computados no custo: apenas os pagos ou todos os incorridos, ainda que não representem desembolsos.

8.1.9.1 O custo calculado não se confunde com o custo pago. Este considera apenas os custos que a empresa pagou, enquanto no custo calculado, o raciocínio inclui fatores não pagos, mas que merecem ser computados, por refletirem fatores de produção empregados. Tais são os casos dos juros sobre o capital próprio (ainda que a empresa não pague juros a seus acionistas, na maioria dos países, não deixa a empresa de fruir do capital e, neste sentido, há o emprego do fator capital, que deve ser remunerado pela atividade da empresa) e a depreciação.

8.1.9.2 Entendido esse conceito, parece correta a afirmação³⁸⁴ de que o método do custo mais lucro parte do custo calculado, não do custo pago. Desse modo é que, no exemplo do *leasing* acima referido, já não importará se o bem do ativo é ou não propriedade da empresa, já que ele será incluído no custo calculado com base no valor do bem. Para Lahodny-Karner, o princípio *arm's length* pressupõe o custo calculado, já que partes independentes utilizam tal custo para chegar ao preço de venda de seus produtos³⁸⁵. Baumhoff também entende que somente o custo calculado, por englobar o consumo de todos os fatores de produção, é o mais apropriado para a determinação de um "preço de custo". Pelo menos a médio prazo, diz o autor, todos os custos da empresa devem estar cobertos, se pretende-se vê-la sobreviver e, nesse sentido, deve ela ter condições de, no mínimo, cobrir seu preço de custo. Também em Baumhoff vê-se o argumento acima, de que,

³⁸² Cf. Humbertus Baumhoff, *op. cit.* (nota 65), p. 322.

³⁸³ Cf. Humbertus Baumhoff, *op. cit.* (nota 65), p. 322.

³⁸⁴ Cf. Andrea Lahodny-Karner, *op. cit.* (nota 267), p. 49.

³⁸⁵ Cf. Andrea Lahodny-Karner, *op. cit.* (nota 267), p. 50.

afinal, terceiros independentes negociam com base no preço de custo, que surge a partir do custo calculado³⁸⁶.

8.1.10 Também se extrai do relatório da OCDE, tratando da questão da comparação de margens, a necessidade de segregarem-se as despesas (especialmente ligadas à operação, financeiras, não operacionais etc.), associando-as com as funções e riscos assumidos pelas partes. A partir da análise poder-se-á concluir: (i) se as despesas refletirem diferenças funcionais (tendo em vista os ativos empregados e os riscos assumidos) que não foram levadas em conta na aplicação do método, então poderá ser necessário um ajuste na margem de lucro; (ii) se as despesas forem ligadas a funções adicionais, que são diferentes daquelas exercidas nas atividades testadas pelo método, então é necessário determinar uma remuneração adequada para tais funções; ou (iii) se as diferenças entre as despesas das partes sendo comparadas refletirem apenas eficiências ou ineficiências das empresas, em geral relacionadas às atividades gerenciais e de supervisão, então poderá ser o caso de não se fazer qualquer ajuste³⁸⁷.

8.1.11 Dentre as limitações do método do custo mais lucro, a par das questões acima, Maisto lembra as seguintes: (i) que tal método pressupõe o conhecimento do custo de fabricação e por isso só é aplicável quando o vendedor for o próprio fabricante, já que é praticamente impossível conhecer os custos de fabricação, quando o vendedor adquiriu os produtos de terceiros independentes no mercado; (ii) que a rigidez do método não permite que se considerem circunstâncias subjetivas que podem estar presentes na situação concreta, justificando vendas abaixo do custo, por razões que vão desde o fito de penetração no mercado até a necessidade de desfazer-se de mercadorias perecíveis; e (iii) do ponto de vista prático, sofrem-se grandes obstáculos para a repartição dos custos entre os diversos produtos, quando a empresa não tem uma única linha de produtos³⁸⁸. Pode-se acrescentar, ainda, a dificuldade decorrente do fato de nem sempre o fornecedor de uma mercadoria estar operando em plena capacidade: havendo capacidade ociosa, seu custo de produção marginal será menor que aquele de um produtor em plena capacidade. Neste caso, haverá que se definir se o custo marginal (relativamente reduzido) ou o custo médio é que serão os melhores parâmetros para a aplicação deste método³⁸⁹.

³⁸⁶ Cf. Humbertus Baumhoff, *op. cit.* (nota 65), p. 318.

³⁸⁷ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), parágrafo 2.45.

³⁸⁸ Cf. Guglielmo Maisto, *op. cit.* (nota 28), pp. 131-132.

³⁸⁹ Cf. Colin Drury, *Management and Cost Accounting*, 4ª edição, Londres: Thomson Business Press, 1996, pp. 793-814.

8.1.12 Por suas características, a OCDE aponta que provavelmente o método do custo mais lucro será mais útil quando se tratar de venda de bens semielaborados entre partes relacionadas que celebraram contratos de fabricação em conjunto ou acordos de compra e venda de longo prazo ou, ainda, quando a transação controlada é uma prestação de serviços³⁹⁰. Embora a OCDE se posicione no sentido de que qualquer de seus métodos alcançam o princípio *arm's length*, Maisto vê no método do custo mais lucro aquele que menos aderência tem com o princípio, o que se evidencia pelo contraste com o conceito de mercado relevante, que considera "preço normal" aquele existente no mercado do destinatário. Para o mencionado autor, o método do custo mais lucro parece chegar à conclusão diametralmente oposta, já que parte dos custos apurados no Estado da residência do vendedor, prescindindo, assim, das condições do mercado do destinatário. Desse modo, Maisto sugere que o método só seja utilizado na impossibilidade de aplicarem-se os demais³⁹¹. A opinião é compartilhada por Baumhoff, que sustenta desempenhar o método do custo mais lucro o papel de *ultima ratio*, que assume especial importância no campo dos preços de transferência de serviços, quando não se conseguem aplicar os métodos anteriores³⁹².

Transfer Pricing na Importação e o Método do Custo de Produção mais Lucro: Definição Legal

8.2 Nos termos do inciso III do artigo 18 da Lei nº 9.430/96, o método do Custo de Produção mais Lucro - CPL - é definido "como o custo médio de produção de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, no país onde tiverem sido originalmente produzidos³⁹³, acrescido dos impostos e taxas cobrados pelo referido país na exportação e de margem de lucro de vinte por cento, calculada sobre o custo apurado"³⁹⁴.

³⁹⁰ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), parágrafo 2.39.

³⁹¹ Cf. Guglielmo Maisto, *op. cit.* (nota 28), p. 132.

³⁹² Cf. Humbertus Baumhoff, *op. cit.* (nota 65), p. 318.

³⁹³ Dispõe a Solução de Consulta COSIT nº 24, de 01/09/08, acerca da conversão dos custos de produção para o Real: "Para formação do preço parâmetro mediante aplicação do método CPL, poderão ser convertidos para Reais pelo valor médio da taxa de câmbio de venda, fixada pelo Banco Central do Brasil - BACEN, no período em que foram formados os custos apresentados em planilhas, quando for possível a identificação destas datas. Caso contrário, dever-se-á utilizar a taxa de câmbio média para o ano calendário, divulgada pela RFB".

³⁹⁴ Cumpre mencionar que o artigo 21 da mencionada Lei nº 9.430/96 preceitua as formas de apuração dos custos e preços médios de produção. Dentre tais, consta a possibilidade de se comprovar o custo por meio de "pesquisas efetuadas por empresa ou instituição de notório conhecimento técnico ou publicações técnicas (...)". Em

8.2.1 Da definição:

$CPL = E + F + (20\% \times (E^{395}))$
E = custo médio de produção de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, no país onde tiverem sido originariamente produzidos
F = impostos e taxas cobrados pelo referido país na exportação

8.2.2 O parágrafo 4º do artigo 15 da IN nº 1.312/12 admite a utilização de dados da própria unidade fornecedora ou de unidades produtoras de outras empresas, localizadas no país de origem do bem, serviço ou direito.

8.2.2.1 À primeira vista, esta autorização poderia significar estarem as autoridades administrativas cogitando de médias de custos de fabricantes.

8.2.2.2 Na verdade, o que o dispositivo contempla é a circunstância de que nem sempre o fornecedor (vinculado) é o próprio fabricante. Apenas em tal caso é que, em vez de considerar-se a estrutura de custos do vendedor, tomar-se-á o custo do fabricante, no país de origem do bem, serviço ou direito.

8.2.2.3 Embora em todos os métodos tomem-se com cautela dados referentes a produtos não idênticos, embora similares, no CPL o cuidado deve ser redobrado, já que produtos similares em função, qualidade e reputação comercial podem ser produzidos a custos muito diversos. A adoção de uma mesma margem de lucro implica muito maior distorção, o que leva, na generalidade dos casos, à afirmação de que os custos de produtos similares não contribuirão para a apuração de um preço *arm's length*, por mais que se procure, nos termos do parágrafo 7º do artigo 15 da IN nº 1.312/12, ajustar o custo de produção "em função das diferenças entre o bem, serviço ou direito adquirido e o que estiver sendo utilizado como parâmetro". Justifica-se seu emprego apenas na impossibilidade de encontrarem-se produtos idênticos e somente quando se tiver condições de efetuar os ajustes nas margens de lucro que a alternativa implica.

relação a esse assunto, entendeu-se no âmbito do CARF, no Acórdão nº 105-17.103, de 26/06/08, que relatório elaborado por empresa de auditoria que apenas valida as planilhas de custos apresentados pelo contribuinte não se enquadra no conceito de elemento complementar de prova trazido pelo aludido artigo 21.

³⁹⁵ O artigo 13, parágrafo 7º da IN nº 38/97, determinou que a margem de lucro se aplique sobre os custos apurados antes da incidência dos impostos e taxas *incidentes*, no país de origem, sobre o valor dos bens, serviços e direitos adquiridos pela empresa no Brasil. O mesmo parágrafo da IN nº 243/02 modificou a previsão para "impostos e taxas *cobrados* no país de origem", no que foi repetido pelo parágrafo 8º do artigo 15 da IN nº 1.312/12.

8.2.3 Manifestando-se acerca do que comporá o custo, as autoridades administrativas excluem quaisquer custos que não os “incorridos na produção do bem, serviço ou direito”. Fica claro que, entre o custo histórico, o normal e o planejado, as autoridades administrativas optam pelo primeiro.

8.2.3.1 Tal escolha traz de volta a questão, sobre a qual se discorreu acima, acerca das vantagens de cada uma das sistemáticas de custo, quando se concluiu que é o custo planejado aquele que mais se compatibiliza com o princípio *arm's length*³⁹⁶.

8.2.3.2 Ora, se a sistemática brasileira de preços de transferência inspira-se e guia-se pelo princípio *arm's length*, a Lei nº 9.430/96 não pode ser interpretada de um modo que possa implicar o desapego àquele princípio. Em tais circunstâncias, parece possível questionar a aplicabilidade da limitação, sendo defensável o emprego do custo planejado, pelas razões expostas acima.

8.2.4 A norma administrativa brasileira optou por apontar, de modo taxativo, quais os elementos que poderão ser computados como integrantes do custo, ali incluindo (IN nº 1.312/12, artigo 15, parágrafo 5º):

- o custo de aquisição das matérias-primas, dos produtos intermediários e dos materiais de embalagem utilizados na produção do bem, serviço ou direito;
- o custo de quaisquer outros bens, serviços ou direitos aplicados ou consumidos na produção;
- o custo do pessoal, aplicado na produção, inclusive de supervisão direta, manutenção e guarda das instalações de produção e os respectivos encargos sociais incorridos, exigidos ou admitidos pela legislação do país de origem;
- os custos de locação, manutenção e reparo e os encargos de depreciação, amortização ou exaustão dos bens, serviços ou direitos aplicados na produção;
- os valores das quebras e perdas razoáveis, ocorridas no processo produtivo, admitidas pela legislação fiscal do país de origem do bem, serviço ou direito.

8.2.4.1 Na opção brasileira, o termo “custo” passa a ser qualificado de acordo com as práticas contábeis brasileiras. Isso implica que dados provenientes do exterior não podem deixar de ser “traduzidos” para a sistemática brasileira. Aquilo que em muitos países é uma despesa operacional pode ser considerado custo no Brasil, e vice-versa³⁹⁷.

³⁹⁶ Cf. parágrafo 8.1.8, *supra*.

³⁹⁷ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), parágrafo 2.48.

8.2.4.2 Quando inclui o custo do pessoal de supervisão, a norma brasileira passa ao largo de fenômeno comum, em que a compradora dos produtos exerce, ao mesmo tempo, algumas funções de supervisão, sem cobrar por isso. Tais valores deveriam, à luz das normas administrativas, ser computados no custo de produção, embora contabilmente sequer constem da contabilidade da produtora.

8.2.4.3 A norma administrativa brasileira não esclarece qual o critério de rateio dos custos indiretos. Tendo em vista que também internamente o legislador brasileiro não impôs critérios rígidos, parece correto entender que o contribuinte tem, aqui, liberdade de atuação, desde que mantenha consistência em sua prática. Vale lembrar, outrossim, que se o contribuinte pretender valer-se da aplicação de margens de lucros diversas daquelas previstas pelo legislador, deverá demonstrar que as transações comparadas adotam critérios de rateio semelhantes.

Transfer Pricing na Exportação e o Método do Custo de Aquisição ou de Produção mais Tributos e Lucro: Definição Legal

8.3 É no inciso IV do parágrafo 3º do artigo 19 da Lei nº 9.430/96 que se encontra a definição do Método do Custo de Aquisição ou de Produção mais Tributos e Lucro - CAP, que surge “como a média aritmética dos custos de aquisição ou de produção dos bens, serviços ou direitos, exportados³⁹⁸, acrescidos dos impostos e contribuições cobrados no Brasil³⁹⁹ e de margem de lucro de quinze por cento sobre a soma dos custos mais impostos e contribuições”.

8.3.1 Desdobrando a definição legal, surge a seguinte fórmula:

³⁹⁸ Sobre os custos a serem considerados para fins de aplicação do método CAP, ver a Solução de Consulta COSIT nº 04, de 01/09/06: “A pessoa jurídica sujeita às disposições legais referentes a preços de transferência que, relativamente às operações de exportação, opte pelo Método do Custo de Aquisição ou de Produção mais Tributos e Lucro (CAP), tomará por base, para fins de cálculo da média aritmética ponderada a que se refere o método em questão, os custos atinentes às mercadorias efetivamente utilizadas na produção de bens que se submeteram à posterior exportação a vinculadas, aí incluídas as matérias-primas beneficiadas pelo regime do *Drawback*, a serem comprovados por meio hábil e idôneo, passível de verificação por parte do Fisco, o que impede a aceitação, para tal fim, de planilhas e cálculos extra contábeis.”

³⁹⁹ Cumpre mencionar, nesse sentido, o Acórdão nº 107-08.881, de 24/01/07, do CARF, no qual se desconsiderou o lançamento efetuado pela autoridade fiscal com a utilização de critério para aferição de custo previsto na legislação do IPI (valor corrente no mercado atacadista), para efeitos de cálculo do preço-parâmetro por meio do método CAP.

$$CAP = K + L + (15\% \times (K + L))$$

K = custo médio de aquisição ou de produção de bens, serviços ou direitos exportados (inclusive frete e seguro⁴⁰⁰ e deduzido do crédito presumido do IPI⁴⁰¹)

L = impostos e contribuições cobrados no Brasil

8.3.2 Enquanto o método CPL, na importação, exigia se buscassem custos de fabricação, o método CAP admite a alternativa da aquisição⁴⁰² ou produção⁴⁰³. Ao mesmo tempo, enquanto no método CPL havia a possibilidade de descobrirem-se custos (de fabricação) de bens idênticos ou similares, no método CAP encontra-se a referência ao custo dos próprios bens exportados⁴⁰⁴.

8.3.2.1 Verifica-se, portanto, que para o método CAP o legislador, ao referir-se ao “custo médio”, exigiu a apuração do custo imputável diretamente àquela exportação. Noutras palavras: se o exportador efetua vendas no mercado interno, ou até mesmo no mercado externo a pessoas não ligadas, ou a outras pessoas ligadas, o método CAP desconsidera tais circuns-

tâncias, exigindo a apuração do custo médio, para o exportador, dos bens que foram exportados na transação controlada.

8.3.3 Outra questão relevante é saber qual o custo a ser utilizado dado ter sido introduzido um novo padrão contábil pelas Leis nº 11.638/07 e nº 11.941/09, em linha com o padrão internacional fixado pelo IASB (*International Accounting Standards Board*). Como é sabido, para fins tributários, foi instituído provisoriamente o Regime Tributário de Transição (RTT), o qual prevê a conversão das demonstrações no novo padrão para o antigo, sobre o qual é determinada a base de cálculo dos tributos por meio dos ajustes previstos na legislação tributária.

8.3.4 Parece acertado entender que deverá ser utilizado o novo padrão, uma vez que a Lei nº 11.941/09, ao tratar do RTT, prevê que os ajustes de conversão serão feitos sobre o lucro líquido⁴⁰⁵. Embora na regulamentação haja previsão de a conversão se operar por meio de partidas dobradas, nada é mencionado sobre a existência de um “balanço fiscal” de onde seja apurada a base de cálculo dos tributos.

8.3.5 Mesmo antes do RTT, a própria Receita Federal, em pareceres normativos, repetidas vezes previu que a forma de contabilização é de livre escolha enquanto não afetar a apuração da base de cálculo do tributo. Dessa maneira, exceto quando a legislação tributária sujeitar um tratamento tributário a determinada forma de contabilização, deve ser utilizado o padrão da escrituração comercial⁴⁰⁶. Por esse motivo, entende-se que a lei só pode fazer referência ao padrão utilizado para fins contábeis, e esse obedece ao padrão internacional.

⁴⁰⁰ Dizia o parágrafo 1º do artigo 24 da IN nº 38/97: “Integram o custo de aquisição os valores de frete e seguro pagos pela empresa adquirente, relativamente aos bens, serviços e direitos exportados”. Esta redação foi mantida pela IN nº 243/02 no parágrafo 1º do seu artigo 26 e pela IN nº 1.312/12, artigo 33, parágrafo 1º.

⁴⁰¹ Dizia o parágrafo 2º do artigo 2 da IN nº 38/97: “Será excluída dos custos de aquisição e de produção a parcela do crédito presumido do IPI, como ressarcimento das contribuições COFINS e PIS/PASEP, correspondente aos bens exportados”. Esta redação foi mantida pelas INs nº 32/01 e nº 243/02 e nº 1.312/12, no mesmo parágrafo dos respectivos artigos 25, 26 e 33.

⁴⁰² Sobre o preço de aquisição a ser considerado quando a transação é intermediada por uma empresa comercial exportadora, ver o Acórdão nº 16-22.818, de 15/09/09, da 5ª Turma da DRJ/SP: “Quando a exportação é intermediada por empresa na condição de comercial exportadora, o valor de aquisição pode ser considerado o próprio preço-parâmetro segundo o método CAP (Custo de Aquisição ou de Produção mais Tributos e Lucro), sem novo acréscimo da margem de lucro de 15%.”

⁴⁰³ Acerca do método CAP e sua aplicação para a exportação de *commodities*, decidiu-se o seguinte no Acórdão nº 16-22.828, de 15/09/09, da 5ª Turma da DRJ/SP: “Inexistindo impedimento legal para a adoção do método CAP (Custo de Aquisição ou de Produção mais Tributos e Lucro) para o cálculo dos ajustes relativos a *commodities*, descabe a contestação da impugnante.” Ainda sobre a aplicação dos métodos de preços de transferência na exportação de *commodities*, ver Decisão COSIT nº 16, de 12/09/00.

⁴⁰⁴ Caso a autoridade lançadora não comprove a vinculação dos gastos, que considerou custos, diretamente à produção de bens e serviços, cancela-se o lançamento, conforme o Acórdão nº 12-7.796, da 3ª Turma da DRJ/SP, de 09/06/05.

⁴⁰⁵ “Art. 17. Na ocorrência de disposições da lei tributária que conduzam ou incentivem a utilização de métodos ou critérios contábeis diferentes daqueles determinados pela Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as alterações da Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007, e dos arts. 37 e 38 desta Lei, e pelas normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários com base na competência conferida pelo § 3º do art. 177 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e demais órgãos reguladores, a pessoa jurídica sujeita ao RTT deverá realizar o seguinte procedimento: (...) II - *realizar ajustes específicos ao lucro líquido do período*, apurado nos termos do inciso I do *caput* deste artigo, no Livro de Apuração do Lucro Real, inclusive com observância do disposto no § 2º deste artigo, que revertam o efeito da utilização de métodos e critérios contábeis diferentes daqueles da legislação tributária, baseada nos critérios contábeis vigentes em 31 de dezembro de 2007, nos termos do art. 16 desta Lei; e (...)”

⁴⁰⁶ Cf. Pareceres Normativos CST nº 347/70, 30/71, 49/73 e 41/80. Cf. Ricardo Mariz de Oliveira *et al.*, *Guia IRPJ/CSL (Atualizações Outubro-Novembro-Dezembro de 2011)*, Procedimento IV.9, seção 2, 2011.

Ajustes

8.4 Excetuado o caso de emprego de bens similares, previsto no parágrafo 7º do artigo 15 da IN nº 1.312/12, não se encontram outras previsões de ajuste para o método CPL. Já para o método CAP, não se encontra ajuste de qualquer espécie.

8.4.1 No caso das importações, tal omissão explica-se pelo fato de que a autoridade administrativa, quando cogita do custo de fabricação, no método CPL, não parte do custo contábil no país de fabricação (apurado segundo as leis de tal país) a ser adaptado ao caso brasileiro. O que se encontra é a construção de novo custo contábil, de acordo com as leis brasileiras (artigo 15, parágrafo 5º).

8.4.2 No que tange à margem de lucro, que é o parâmetro subjetivo do método, a crença na sua prefixação parece, novamente, dispensar qualquer outro ajuste.

Margem Fixa e Inexistência de Comparação

8.5 Ora, como já se procurou mostrar no decorrer desse trabalho⁴⁰⁷, as margens fixas não prevalecem diante do princípio *arm's length*, sendo lícito, tanto ao contribuinte como ao Fisco, proceder a análise comparativa demonstrativa da existência de outros percentuais.

8.5.1 Também nos métodos de custo mais lucro, a análise comparativa implica se tornarem comparáveis as transações, para, assim, apurarem-se os percentuais aplicáveis. Para tanto, fundamental retomar a discussão, travada em foros internacionais e acima apresentada, acerca das análises necessárias a tornarem-se comparáveis as transações.

8.5.2 Assim, considere-se o seguinte exemplo, dado pela própria OCDE. Uma companhia C, no país D, é subsidiária integral da companhia E, no país F. No país D, os salários são muito mais baixos que no país F. Desse modo, o grupo empresarial decide concentrar a montagem de televisores no país D, mas com a companhia E correndo todos os riscos. Assim é que a companhia E é quem fornece todos os componentes, tecnologia e assistência técnica, bem como fica encarregada de oferecer garantia dos televisores fabricados por C. Uma vez montados, E providencia a distribuição dos televisores para diversos países. Nesse caso, vê-se que a função da companhia C pode ser descrita como de mera manufatura. Seus riscos são apenas os concernentes a uma eventual falta de qualidade dos produtos⁴⁰⁸. Em tal caso, é claro que a margem de lucro a ser apurada deve levar em conta essa única função e a transação a ser comparada deve contemplar fabricante (a própria companhia C ou outro) que incorra igual função ou,

alternativamente, devem-se fazer os ajustes pertinentes às funções desempenhadas.

8.5.3 Tomando o caso específico das exportações, a alternativa de adoção de custos de produção ou de aquisição põe ainda de modo mais flagrante à mostra a fragilidade da opção brasileira de adotarem-se margens fixas de lucro. Com efeito, não se pode considerar *arm's length* que a pessoa que corre os riscos de fabricação e de comercialização tenha margem idêntica àquela que corre apenas o último dos riscos. Válidas, destarte, também aqui, as ponderações que acima se teceram acerca da relatividade das margens fixas propostas pelo legislador tendo em vista a necessária prevalência do princípio *arm's length*.

⁴⁰⁷ Cf. parágrafos 5.9 e seus subparágrafos, *supra*.

⁴⁰⁸ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), parágrafo 2.54.

9. Problemas na Aplicação dos Métodos

Inaplicabilidade Plena de Métodos

9.1 Em razão de suas próprias características, algumas operações realizadas entre empresas de um mesmo grupo não têm a finalidade de posterior revenda, razão pela qual a tais operações não poderiam ser aplicados os métodos que avaliam o preço de revenda, como o PVA ou PVV, no caso de exportações, ou o PRL, no caso de importações.

9.1.1 Da mesma forma, pode não ser possível em várias operações atribuir o valor do custo, o que inviabiliza a aplicação do método CAP, em se tratando de exportações, e o método CPL, para produtos e serviços importados.

9.1.2 Nesses casos, não se tratando de *commodities*, os únicos métodos previstos na legislação brasileira de preços de transferência restantes são os métodos comparativos, quais sejam, o PVEx, para exportações, ou o PIC, para importações, que consistem na comparação dos preços de venda observados em operações realizadas de produtos e serviços idênticos ou similares aos em questão, entre empresas não vinculadas, em mesmo período e sob semelhantes condições de pagamento.

9.1.3 O problema, no entanto, reside no fato de que muitas dessas operações possuem características exclusivas e, por esse motivo, não poderiam ser comparadas com outras operações realizadas entre partes independentes sem que houvesse distorção no resultado da comparação. Havendo distorções, coloca-se a questão inicial sobre se o preço-parâmetro apurado poderia ser utilizado para fins de controle dos preços de transferência⁴⁰⁹.

9.1.4 Desta forma, estando-se diante de operações de importação, numa situação como esta, restaria ao contribuinte quatro possibilidades: adotar um "quarto método", com base nos estudos elaborados pela OCDE, dispostos nos *Guidelines*; considerar todos os gastos efetuados nas operações como sendo indedutíveis; utilizar o preço-parâmetro determinado por algum dos métodos arrolados na legislação, ainda que tal método não seja perfeitamente aplicável; ou afastar, para tais operações, o controle fiscal dos preços de transferência, considerando todo o custo incorrido como sendo dedutível.

⁴⁰⁹ De fato, como atesta Anton Joseph, o princípio *arm's length*, base dos *Guidelines* da OCDE, busca sempre comparar o preço ou a margem de uma determinada transação (transação controlada) com transações comparáveis, mas independentes. No entanto, tal tarefa tem se tornado complexa, já que as transações que podem ser usadas como comparáveis estão se tornando cada vez mais raras. Cf. Anton Joseph, *op. cit.* (nota 172), p. 89.

9.1.5 Tais possibilidades serão discutidas a seguir.

O Quarto Método

9.2 Sob a rubrica de “quarto método”, a literatura especializada do direito tributário internacional trata de uma série de métodos alternativos aos três métodos tradicionais expostos nos capítulos anteriores⁴¹⁰.

9.2.1 A existência de “quartos métodos” é coerente com a posição da OCDE, de que a relevância deve ser dada no princípio *arm's length*, garantindo-se aos grupos multinacionais a liberdade de adotar métodos não descritos em seu relatório, desde que esses satisfaçam aquele princípio⁴¹¹.

9.2.2 Em uma perspectiva histórica, constata-se que já o relatório da OCDE de 1979 versava sobre outros métodos, encontrando-se nele, a título meramente exemplificativo⁴¹², referências à possibilidade de combinação dos métodos ali propostos⁴¹³; uma comparação de resultados da empresa com aqueles de empresas semelhantes em circunstâncias iguais ou semelhantes⁴¹⁴; a divisão de parte do lucro líquido derivando de uma transação entre as partes envolvidas, de acordo com sua contribuição⁴¹⁵; uma comparação da relação renda/patrimônio⁴¹⁶; e uma comparação da renda líquida gerada, em relação a investimentos alternativos⁴¹⁷.

9.2.3 O consenso internacional⁴¹⁸, então, era de que poderiam ser empregados quaisquer outros métodos para a apuração de um preço *arm's length*, cabendo, entretanto, dar-se preferência aos três métodos padrões⁴¹⁹.

9.2.4 O consenso, assim gerado, chegou a ser ameaçado, entretanto, mais recentemente, com a evolução da disciplina dos preços de transferência nos Estados Unidos, quando, principalmente no projeto divulgado em 1992 sobre as novas normas administrativas relativas ao tema, a Administração impunha, com prioridade sobre os métodos padrões, o exame do método do intervalo de lucros comparável. Este método foi duramente cri-

⁴¹⁰ Cf. “Fourth methods” (verbete), *op. cit.* (nota 2), p. 194.

⁴¹¹ No original: “Moreover, MNE groups retain the freedom to apply methods not described in this Guidelines (hereafter ‘other methods’) to establish prices provided those prices satisfy the arm’s length principle in accordance with these Guidelines”.

Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), parágrafo 2.9.

⁴¹² Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 20), p. 44.

⁴¹³ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 20), p. 14.

⁴¹⁴ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 20), pp. 42-43.

⁴¹⁵ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 20), pp. 14-15; 43.

⁴¹⁶ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 20), p. 43.

⁴¹⁷ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 20), p. 43.

⁴¹⁸ Sobre o consenso, v. parágrafo 3.6.2.1, *supra*.

⁴¹⁹ Cf. Gerald Toifl, “Die gewinnorientierten Methoden in den OECD-Verrechnungspreisrichtlinien 1995”, in Michael Lang (org.), *Die neuen Verrechnungspreisrichtlinien der OECD*, Viena: Linde, 1996, pp. 61-95 (67).

ticado pela literatura especializada, por sua incompatibilidade com o método *arm's length*⁴²⁰, chegando a International Fiscal Association - IFA, em seu congresso de 1992, a incluir, como primeiro ponto da Resolução ali produzida, a declaração de que qualquer método que não seja compatível com o princípio *arm's length* (aí se incluindo o método de comparação de lucros) não pode ser empregado para os preços de transferência. Também a OCDE divulgou estudo específico criticando a comparação de lucros, por ser incompatível com o princípio *arm's length*⁴²¹.

9.2.4.1 Diante das pesadas críticas, o Fisco norte-americano voltou atrás em sua posição, defendendo, na versão final de sua regulamentação, que os métodos referentes a lucro estariam agora apenas em igual grau hierárquico em relação aos métodos padrões⁴²².

9.2.5 A evolução norte-americana deu ensejo à OCDE rever também seu entendimento, vindo finalmente a fechar sua posição no relatório que hoje vige, editado em 1995 e atualizado em 2010.

9.2.6 Na posição hoje adotada pela OCDE, podem se aceitar métodos baseados no lucro, desde que estes partam do critério transacional, *i.e.*, investiguem os lucros gerados em cada transação controlada específica. O mesmo relatório rejeita métodos baseados no lucro global, que são vistos como contrários ao princípio *arm's length*. Os métodos baseados no lucro aceitos pela OCDE são apenas os seguintes métodos que apuram o lucro na transação: o método transacional da divisão do lucro e o método transacional da margem líquida de lucro⁴²³.

9.2.6.1 A OCDE, na versão original de seus *Guidelines*, dava clara preferência aos métodos tradicionais, entendendo que os métodos transacionais baseados no lucro propostos aplicavam-se somente naqueles casos excepcionais nos quais as complexidades da vida de negócios real põe dificuldades práticas no modo de aplicação dos métodos transacionais tradicionais e desde que todas as salvaguardas apresentadas (nos *Guidelines* da OCDE) fossem observadas. No entanto, com a revisão dos capítulos I a III dos *Guidelines* publicada em 2010, eliminou-se o caráter de “último recurso” dos métodos transacionais baseados no lucro, devendo-se sempre aplicar o método que se mostrar mais adequado às circunstâncias do caso concreto⁴²⁴. Não por outra razão, os métodos transacionais baseados no lucro, que antes eram descritos em um capítulo a parte (capítulo III), chamado

⁴²⁰ Cf. Gerald Toifl, *op. cit.* (nota 419), p. 69.

⁴²¹ Cf. OCDE, *Tax Aspects of Transfer Pricing within Multinational Enterprises. The United States Proposed Regulations*, Paris: OCDE, 1993, *passim*.

⁴²² Cf. Gerald Toifl, *op. cit.* (nota 419), p. 70.

⁴²³ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), parágrafo 2.57.

⁴²⁴ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), parágrafos 2.2 e 2.56. Sobre o assunto, ver também cf. Mayra O. Lucas Mas e Giammarco Cottani, *op. cit.* (nota 23), p. 247.

“Outros métodos”, agora integram o capítulo II dos *Guidelines*, juntamente com os métodos tradicionais.

9.2.6.2 Ademais, a OCDE condiciona a aplicação dos métodos baseados no lucro a que eles sejam compatíveis com o princípio *arm's length* (e, portanto, com o artigo 9º da Convenção-Modelo). Neste sentido, o raciocínio é que o princípio *arm's length* pressupõe a comparação de uma transação controlada com uma realizada entre partes independentes. Seu ponto de partida é, portanto, cada transação controlada e cada transação independente. Daí que o emprego de métodos que partem do lucro só são compatíveis com o princípio *arm's length* na medida em que tenham como referência o lucro de cada transação⁴²⁵.

Método Transacional da Divisão do Lucro

9.3 No glossário da OCDE, encontra-se definido o método transacional da divisão do lucro (*profit split method*) como um método de lucro transacional que identifica um lucro combinado de uma transação controlada (ou de transações controladas, nos casos em que seja adequado agregá-las) a ser dividido entre as empresas associadas, e então reparte tais lucros entre as empresas associadas com uma base economicamente válida que se aproxima da divisão de lucros que teria sido combinada e refletido um acordo baseado no *arm's length*⁴²⁶.

9.3.1 Reconhecendo que muitas vezes pode não ser possível a avaliação em separado de transações muito relacionadas, o relatório da OCDE observa que o método transacional da divisão dos lucros procura eliminar os efeitos dos lucros em condições especiais derivadas de uma transação controlada, determinando como empresas independentes dividiriam os lucros em situação semelhante⁴²⁷.

9.3.1.1 O método transacional da divisão de lucros é especialmente interessante para os casos em que se encontram diversos negócios tão estreitamente relacionados, que não seja mais possível o exame de transações em separado. Conquanto centrado em uma transação, ou em um grupo de transações, no caso de uma empresa associada muito especializada, pode até mesmo acontecer de toda a atividade dessa empresa precisar ser analisada por tal método⁴²⁸.

9.3.2 O método transacional da divisão de lucros pressupõe duas etapas: primeiramente, identifica-se o lucro que ambas as empresas tiveram naquela determinada transação (ou no grupo de transações, caso estas es-

⁴²⁵ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), parágrafo 2.57.

⁴²⁶ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), glossário.

⁴²⁷ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), parágrafo 2.108.

⁴²⁸ Cf. Gerald Toifl, *op. cit.* (nota 419), p. 73.

tejam relacionadas) e depois se divide este lucro entre as empresas. O lucro a ser dividido pode ser a somatória dos lucros de ambas as empresas na transação ou apenas o lucro residual (*i.e.*, o lucro que não pode ser imediatamente imputado a apenas uma das partes, em geral por decorrer de intangíveis). Insista-se: lucro na transação, não lucro total da empresa⁴²⁹! O critério de divisão do lucro é, em geral, baseado em uma análise funcional (que também leva em conta os riscos envolvidos e os ativos empregados pelas partes). Também se admitem divisões baseadas em critérios derivados do mercado externo como, por exemplo, as margens de retorno que se observam entre empresas independentes com funções comparáveis⁴³⁰.

9.3.2.1 Visando aproximar-se ao máximo dos critérios que partes independentes aceitariam, a OCDE reconhece que, em geral, partes independentes que celebram uma associação para uma transação não conhecem, de antemão, os resultados da empreitada. Daí que a divisão se faz com base em resultados esperados, não nos reais. Do mesmo modo, a divisão de lucros entre as partes associadas deve se basear nas expectativas vigentes antes da transação. A OCDE discute com mais vagar dois critérios de repartição, conquanto admitindo que outros possam ser aceitos⁴³¹. Inafastável, daí, a constatação de que a divisão de lucro tem por base meras estimativas⁴³².

9.3.2.2 Pelo critério da análise da contribuição, os lucros combinados devem ser divididos conforme o valor relativo da funções executadas pelas partes da transação controlada, suplementado, ao máximo possível, por informações do mercado externo que possam indicar como empresas independentes teriam dividido os lucros em circunstâncias semelhantes. Em geral, esse critério aplica-se para a divisão do lucro operacional, embora a OCDE admita que às vezes pode ser o caso de dividir lucros brutos e então deduzir as despesas incorridas ou atribuíveis a cada empresa. A determinação pode ser feita pela comparação da natureza e grau da contribuição de cada parte (por exemplo: prestação de serviços, despesas com pesquisa e desenvolvimento, investimento de capital etc.), atribuindo uma porcentagem baseada na comparação relativa e nos dados do mercado externo.

9.3.2.3 Já o critério da análise residual divide os lucros combinados de uma transação controlada em duas etapas. Na primeira, aloca-se a cada participante um lucro suficiente para garantir-lhe um retorno básico adequado para a espécie de transação na qual ele se envolveu. Em geral, esse retorno básico determina-se a partir dos retornos de mercado, atingidos por

⁴²⁹ Cf. Gerald Toifl, *op. cit.* (nota 419), p. 74.

⁴³⁰ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), parágrafo 2.110.

⁴³¹ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21) parágrafo 2.118.

⁴³² Cf. Gerald Toifl, *op. cit.* (nota 419), p. 75.

empresas independentes em transações comparáveis. Em uma segunda etapa, o lucro residual (ou a perda residual) é dividido entre os participantes com base nos fatos e circunstâncias que indiquem como partes independentes teriam dividido esse resíduo. Em geral, podem-se considerar as contribuições das partes com intangíveis e sua posição de barganha (por exemplo, se uma das partes é a única fabricante de um produto, sua posição de barganha é maior do que quando ela compete com diversos concorrentes).

Método Transacional da Margem Líquida de Lucro

9.4 Na definição dada pelo relatório da OCDE, o método transacional da margem líquida de lucro examina a margem, aplicada a uma base apropriada (por exemplo: custos, vendas ou ativos), sobre o lucro líquido realizado em uma transação controlada (ou em várias transações controladas examinadas agregadamente)⁴³³.

9.4.1 A atuação do método transacional da margem líquida de lucro não é muito diferente do modo como operam o método do preço de revenda e o método do custo mais lucro: de modo análogo, o ideal seria descobrir a mesma margem de lucro líquida que o contribuinte auferir em transações independentes comparáveis ou, não sendo possível, a margem líquida auferida por terceiros independentes⁴³⁴.

9.4.2 Na medida em que admite indicadores diversos, como, por exemplo, o faturamento, o método transacional da margem líquida de lucro (diferentemente do método transacional da divisão de lucros) não parte de um lucro concreto, mas abstrato⁴³⁵. Ao mesmo tempo, a investigação dá-se com relação à margem de lucro de apenas uma das partes associadas, não contemplando o reflexo na outra.

9.4.3 A questão da comparabilidade também exerce, aqui, papel fundamental, o que implica a importância da análise funcional e dos ajustes que se fazem necessários, que, no caso, são ainda maiores que nos métodos tradicionais. Isto porque os métodos tradicionais partem de margens brutas, enquanto o método ora em estudo se refere à margem líquida. Esta inclui muito maior número de variáveis e daí decorrem os ajustes mais cuidadosos, já que margens líquidas podem ser afetadas por fatores como a ameaça de novos participantes no mercado, a eficiência gerencial, estratégias individuais, o risco de produtos serem substituídos, o grau de experiência da empresa no ramo de atividade, a eficiência da força de vendas etc.⁴³⁶

⁴³³ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), glossário.

⁴³⁴ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), parágrafo 2.58.

⁴³⁵ Cf. Gerald Toifl, *op. cit.* (nota 419), p. 82.

⁴³⁶ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), parágrafo 2.71.

9.4.4 Ademais, há que se confirmar o acerto quanto à base em que se apura a margem: não raro, empresas mantêm diversas atividades, cabendo destacar, em tal caso, qual a margem de lucro específica para a atividade comparada (não para o todo da empresa). Quanto mais específica for a descrição das atividades, tanto mais confiável revela-se o método.

9.4.5 O relatório da OCDE não esclarece qual a espécie da margem líquida admitida que pode se referir ao lucro operacional ou ao lucro bruto deduzido apenas das despesas operacionais. Assim, enquanto de um lado buscar-se-á a rentabilidade do capital (o retorno sobre os ativos investidos), de outro considerar-se-á a rentabilidade de vendas (retorno sobre o faturamento). O primeiro busca a relação entre o lucro operacional e o patrimônio da empresa, enquanto o segundo busca o lucro em relação às vendas.

9.4.5.1 Enfrentando o tema, Toifl reconhece que, na prática, costuma-se dar preferência à rentabilidade sobre o capital, o que, na visão do autor, pode ser problemático, principalmente quando houver muitas riquezas imateriais envolvidas no negócio, que podem ter papel decisivo na rentabilidade do negócio⁴³⁷.

9.4.6 A OCDE oferece três exemplos de aplicação do método transacional da margem líquida⁴³⁸. Note-se que em todos os casos a OCDE cogita, inicialmente, a aplicação de um método padrão, optando pela margem líquida diante da impossibilidade de aplicação do método inicialmente pesquisado.

9.4.6.1 O primeiro caso sugerido é aquele em que na tentativa de aplicar-se o método do custo mais lucro, constata-se a necessidade de se proceder a um ajuste na margem bruta, para tornar confiável a comparação, mas ao mesmo tempo verifica-se ser impossível determinar quais os custos que deverão ser ajustados. Assim, por exemplo, se os custos gerais, de supervisão e administrativos incluídos no custo das mercadorias vendidas das empresas independentes X, Y e Z não podem ser destacados, então o método da margem líquida pode trazer um resultado mais confiável.

9.4.6.2 Um segundo exemplo encontra-se no caso em que há diferenças nas funções desempenhadas pelas partes comparadas, não quantificáveis para a aplicação do método de revenda. Em tal caso, o método da margem líquida também pode ser mais confiável para refletir diferenças de funções.

9.4.6.3 Finalmente, contempla-se o caso no qual em uma das transações comparadas há uma parte oferecendo garantia de qualidade que, entretanto, não é quantificável, surgindo o método da margem líquida como alternativa para a fixação do parâmetro *arm's length*.

⁴³⁷ Cf. Gerald Toifl, *op. cit.* (nota 419), p. 88.

⁴³⁸ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), parágrafos 2.105 a 2.107.

Método da Divisão dos Lucros Mundiais por Fórmulas Predeterminadas

9.5 O método da divisão dos lucros mundiais por fórmulas predeterminadas consiste na alocação dos lucros consolidados de um grupo multinacional, entre as diversas empresas associadas, com base em uma fórmula meramente mecânica predeterminada. O método requereria três passos: a determinação de quais as empresas (ou estabelecimentos) consideradas; o cálculo do lucro global; e a fórmula para a divisão dos lucros. O método é rejeitado pela OCDE, porque *não é compatível com o princípio arm's length*⁴³⁹.

9.5.1 A incompatibilidade justifica-se na medida em que já não se faz mais relação à transação, o que exigiria se buscasse saber quais teriam sido seus parâmetros, fosse ela efetuada entre pessoas independentes.

9.5.2 A divisão de lucros mundiais, sem consideração para a efetiva participação de cada integrante do grupo revela, ademais, a retomada da *unitary accounting theory*⁴⁴⁰, abandonada internacionalmente desde o modelo de 1933.

A Questão da Aplicação do Quarto Método no Brasil

9.6 Tendo em vista que a disciplina brasileira dos preços de transferência se alinha, ao menos conceitualmente, com a preconizada pela OCDE, é de se imaginar que seria possível a utilização de algum dos métodos defendidos pela referida entidade para a obtenção de um preço *arm's length*, desde que aplicável à situação em concreto.

9.6.1 Neste caso, sendo algum dos métodos preconizados pela OCDE apto para a verificação de um preço de mercado que seria transacionado entre partes independentes, não haveria comprometimento da presunção relativa exigida para o controle dos preços de transferência.

9.6.1.1 Em que pese o fato de essa possibilidade ser coerente e razoável, pois introduziria parâmetros reais para que o preço praticado numa transação entre partes vinculadas fosse devidamente controlado, evitando-se assim quaisquer distorções, a adoção de um quarto método não é abraçada pela legislação brasileira, uma vez que esta expressamente restringe os métodos aplicáveis ao controle dos preços de transferência aos arrolados na Lei nº 9.430/96⁴⁴¹.

⁴³⁹ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), parágrafos 1.21 e seguintes.

⁴⁴⁰ Cf. parágrafo 3.3.2.2, *supra*.

⁴⁴¹ Na Solução de Consulta COSIT nº 15, de 08/04/08, negou-se a possibilidade de utilização de critérios de rateio pelo contribuinte, que alegou que, em virtude da natureza dos serviços prestados, não seria possível a aplicação de nenhum dos métodos previstos para as exportações: "Prestação de Serviços a Vinculadas. Receitas de Exportação. Controles de Preços de Transferência. Obrigatoriedade de Sujeição. As receitas auferidas por pessoa jurídica domiciliada no País, em função da presta-

9.6.2 Neste diapasão, quando se pronunciou sobre o assunto, o Conselho de Contribuintes, por meio do Acórdão nº 103-22.016, de 06/07/05, manifestou o posicionamento de que a legislação brasileira restringe a escolha dos métodos aos legalmente arrolados, rejeitando qualquer outro método adotado. Vejamos:

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

9.6.2.1 Desta forma, a aplicação de um quarto método se demonstra inviável ao contribuinte brasileiro, tendo em vista que a sistemática atual da disciplina de preços de transferência restringe a utilização somente dos métodos previstos em lei. Logo, quem quer que se veja na situação em que nenhum dos métodos estipulados sejam satisfatórios para a aplicação dos ajustes dos preços de transferência deverá procurar outras alternativas para lidar com este problema.

Indedutibilidade Total dos Custos

9.7 Constatada a impossibilidade de aplicação plena de qualquer um dos métodos previstos na legislação brasileira de preços de transferência, poderia alguém questionar se os custos incorridos numa operação de importação de parte vinculada deveriam ser considerados indedutíveis em sua totalidade. Segundo essa hipótese, afastar-se-ia a aplicação de métodos que não fossem (plenamente) adequados, e se consideraria a totalidade dos custos como sendo indedutíveis.

9.7.1 Para que se verifique a possibilidade jurídica dessa alternativa, deve-se atentar para a finalidade do controle fiscal dos preços de transferência. O seu objetivo é a verificação de eventuais distorções nos preços praticados entre partes vinculadas em relação àqueles praticados entre ter-

ção de serviços técnicos a pessoas jurídicas domiciliadas no exterior, que lhes sejam vinculadas, submetem-se aos controles atinentes à legislação de preços de transferência, previstos no art. 19 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, não podendo a Interessada, sob a alegação de que a natureza dos serviços prestados não se coaduna com as metodologias de cálculo de preços-parâmetros vigentes para exportações, utilizar-se de critérios de rateio contratualmente fixados a fim de demonstrar que seus valores não distam daqueles obtíveis segundo as condições de mercado, uma vez que a base de cálculo do IRPJ é matéria afeta à reserva legal."

ceiros independentes, baseados em valores comumente observados no mercado (preços *arm's length*).

9.7.1.1 No caso específico de exportações, o controle dos preços de transferência busca verificar se o exportador brasileiro reconheceu, para fins fiscais, receita adequada aos parâmetros de mercado, evitando-se, assim, a indevida alocação de resultados no exterior.

9.7.1.2 Por outro lado, no caso das importações, esse controle tem como finalidade a determinação de eventual excesso de custo reconhecido em relação a determinado bem, serviço ou direito importado, quando necessário fazendo, por meio de adição ao lucro real, com que o lucro fiscal se adéque às práticas de mercado. Do mesmo modo como ocorre nas exportações, evita-se a transferência de resultados ao exterior sem que tenham sido tributados no Brasil.

9.7.2 Os métodos arrolados na legislação brasileira de preços de transferência têm o objetivo de verificar empiricamente se os preços praticados pelo contribuinte com partes vinculadas são adequados. Caso o método escolhido indique insuficiência de receita ou excesso de custo, ambas reduzindo o lucro líquido, exigem-se adaptações ao lucro fiscal, a fim de se evitar subtributação.

9.7.2.1 Por razões óbvias, apenas por meio da utilização de algum método de ajuste poderão as autoridades fiscais questionar os custos reconhecidos pelo contribuinte em operações de importação, comprovados por meio de documentação contábil pertinente. É inconcebível a criação de presunções absolutas de que, sempre quando os métodos forem inaplicáveis, os custos registrados devem ser considerados indedutíveis, caso contrário, haveria uma violação frontal do conceito de renda presente no artigo 43 do Código Tributário Nacional.

9.7.3 Com efeito, a adoção deste posicionamento resultaria na afronta à possibilidade de dedução de custos e despesas necessários, usuais e normais às atividades do contribuinte, disposta no artigo 299 do RIR/99⁴⁴². Ao não se permitir que custos a princípio dedutíveis sejam deduzidos na apuração do lucro fiscal, tributam-se valores que notoriamente não constituem renda, o que recai em evidente confisco, tornando a adoção desta medida uma opção absurda.

⁴⁴² "Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora.

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa.

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa."

Adoção de Algum Método da Lei nº 9.430/96

9.8 Sabe-se que o objetivo do controle dos preços de transferência não é a desconsideração dos preços praticados nas operações entre partes vinculadas nem, tampouco, a adição à base tributável de IRPJ e da CSLL de quaisquer valores aleatoriamente. Pelo contrário, essa disciplina visa a correta verificação de eventuais distorções apresentadas nas bases tributáveis.

9.8.1 Desta forma, segundo a sistemática da legislação dos preços de transferência, as transações entre partes vinculadas serão, para efeitos tributários, entendidas como se transações entre partes independentes fossem, adotando-se os preços das últimas para efeito de apuração do tributo a pagar.

9.8.2 Esta prática representa, como já discutido⁴⁴³, verdadeira ficção jurídica, simultaneamente à presunção que determina que o valor transacionado entre as partes seja considerado *arm's length*.

9.8.2.1 Com efeito, foi de presunção relativa que se valeu o legislador para sustentar que os valores acordados entre terceiros independentes estariam refletidos nos métodos listados legalmente, métodos estes que estariam aptos a verificar os parâmetros comerciais ditados pelo mercado.

9.8.2.2 Ocorre que a presunção legal, para ser aceita, deve ter um elevado grau de probabilidade de acontecer no mundo fático. Eis a indagação que deve ser suscitada: como um terceiro independente costuma fixar seus preços?

9.8.2.3 É razoável, portanto, admitir que se parta da prática do mercado, ou seja, que ao fixar seus preços, investiguem-se os preços praticados por seus concorrentes. Neste caso, estaríamos diante de métodos que tomam como base a comparação, representado pelo PIC (importação) e PVEx (exportação).

9.8.2.4 Do mesmo modo, é razoável admitir que se busque fixar seus preços partindo de seus custos e a eles adicionando certa remuneração - caso do CPL (importação) ou CAP (exportação) -, ou, ao contrário, tendo um preço de venda fixado pelo mercado, recuse-se a adquirir produtos para revenda que não lhe assegurem margem de lucro adequada - caso do PRL (importação) e do PVA e PVV (exportação).

9.8.3 Este é o raciocínio, baseado na experiência observada no mercado, que fundamenta as presunções que dão base aos métodos desenvolvidos para a apuração dos preços segundo o princípio *arm's length*.

9.8.3.1 Ressalte-se, contudo, que a presunção em matéria de preços de transferência deve sempre ser relativa. A partir do momento em que um método não se mostra apto a verificar se os preços praticados entre partes

⁴⁴³ Cf. parágrafo 3.3.2.4, e 5.1.9 *supra*.

vinculadas respeitaram os padrões de mercado, torna-se incabível a sua utilização.

9.8.4 Ao se forçar a adoção de algum dos métodos arrolados na legislação brasileira de preços de transferência, verifica-se que a presunção relativa passa a ser considerada absoluta, o que não é admitido pelo ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque, se a presunção, para ser aceita, deve ter um elevado grau de probabilidade em se adequar a uma operação, deve a presunção absoluta ser adequada a *qualquer* situação, o que pode não ocorrer em algumas situações, dadas as suas peculiaridades.

9.8.5 Logo, não sendo os métodos previstos na Lei nº 9.430/96 plenamente aplicáveis a uma operação de importação, seja pela ausência de venda do bem importado, pelo desconhecimento dos custos do exportador estrangeiro, pela ausência de bens comparáveis no mercado ou pela ausência de negociação do bem em bolsa de valores internacionalmente reconhecida, é razoável se entender que devem os métodos ser tidos como inaplicáveis.

Dedutibilidade Total dos Custos

9.9 A impossibilidade de determinação de um preço-parâmetro em razão da inviabilidade da aplicação dos métodos previstos na legislação brasileira, evidentemente, não deve ensejar o afrontamento dos princípios e conceitos estabelecidos tanto no âmbito legal quanto na esfera constitucional.

9.9.1 Considerando-se a observância do princípio constitucional da igualdade que, na esfera tributária, é especialmente externalizado por meio da capacidade contributiva, serve a disciplina dos preços de transferência para tornar comparáveis situações de contribuintes que têm igual capacidade econômica.

9.9.1.1 Neste sentido, a legislação dos preços de transferência, como já se mencionou, deve “converter” valores expressos em “reais de grupo” para “reais de mercado”, possibilitando, portanto, a comparação entre diversos contribuintes. No caso de transações envolvendo produtos e serviços aos quais não podem ser aplicados os métodos, não cabe a “conversão” de “reais de grupo” para “reais de mercado”, já que o preço praticado na operação é único.

9.9.2 A partir da análise do conceito de renda, o qual se encontra no Código Tributário Nacional, a aplicação da disciplina do controle dos preços de transferência somente pode ser considerada possível na medida em que essa matéria seja utilizada para precisar a quantia de renda auferida pela empresa.

9.9.2.1 Destarte, o controle dos preços de transferência somente é compatível com a ideia de tributação da renda estabelecida pelo ordena-

mento jurídico brasileiro à medida que sejam tributados, exclusivamente, valores caracterizados como renda. Se esse conceito for extrapolado, a tributação incidirá sobre valores além daqueles permitidos pelo ordenamento jurídico, passando a tributar o que não é renda.

9.9.2.2 Portanto, nas situações em que não é possível a aplicação de qualquer método previsto pela legislação brasileira de controle dos preços de transferência, o preço praticado na operação deve ser considerado suficiente para se aferir a riqueza gerada pela empresa. Em outras palavras, nas operações nas quais não é possível a aplicação de qualquer método, já existe um preço para a determinação da parcela da renda tributável na pessoa jurídica residente do Brasil, que é justamente o preço praticado na operação.

9.9.2.3 Dessa forma, deve haver a presunção de que o preço praticado nas operações em que é impossível a aplicação de qualquer método dentre os legalmente arrolados está em conformidade com o princípio *arm's length*. Afinal, caso não seja possível nem ao contribuinte nem ao Fisco obter um preço-parâmetro diferente do preço praticado na operação, deve ser concluído que o mencionado princípio foi respeitado.

9.9.3 Em que pesem os argumentos apresentados, cumpre observar o teor do parágrafo 2º do artigo 53 da IN nº 1.312/12, abaixo reproduzido:

“Art. 53. A pessoa jurídica submetida a procedimentos de fiscalização deverá fornecer aos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil (AFRFB), encarregados da verificação, a documentação por ela utilizada como suporte para determinação do preço praticado e as respectivas memórias de cálculo para apuração do preço parâmetro conforme o método utilizado e informado na DIPJ e a documentação para as dispensas de comprovação, de que tratam os arts. 48 e 49.

§ 1º Caso o método ou algum de seus critérios de cálculo venha a ser desqualificado pela fiscalização, a pessoa jurídica será intimada para, no prazo de 30 (trinta) dias, apresentar novo cálculo de acordo com qualquer outro método previsto no Capítulo II ou III, salvo no caso de operações com bens ou direitos sujeitos a preços públicos em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas.

§ 2º Não sendo indicado o método, nem apresentados os documentos, para comprovação do preço parâmetro ou, se apresentados, forem insuficientes ou imprestáveis para formar a convicção quanto ao preço, os AFRFB encarregados da verificação poderão determiná-lo com base em outros documentos de que dispuserem, aplicando um dos métodos referidos nesta Instrução Normativa.”

9.9.3.1 Com fundamento no parágrafo único do artigo 40 da IN nº 243/02, que tinha conteúdo equivalente ao acima reproduzido, tem-se notícia de que as autoridades fiscais forçam a aplicação de um dos métodos previstos na legislação, mesmo que tal método não seja adequado à situação concreta, para que seja realizado o controle dos preços de transferência.

9.9.3.2 Este posicionamento, todavia, não possui qualquer fundamentação na legislação brasileira e não merece prosperar. O único alcance possível dessa medida administrativa é a recomendação de que as autoridades fiscais devam aplicar um dos métodos apenas se tiverem documentos suficientes que possibilitem a sua perfeita utilização.

9.9.3.3 Dessa maneira, as autoridades fiscais apenas podem considerar como comparáveis para fins de aplicação do método PIC os produtos que sejam idênticos ou similares, caso contrário a comparação se torna deficitária, inviabilizando a adoção do método comparativo. Do mesmo modo, apenas podem aplicar o método CPL se dispuserem de informações sobre os custos do exportador estrangeiro e o método PRL em caso de haver efetiva venda na operação.

9.9.4 Nesse sentido, pode-se verificar a seguinte decisão administrativa do CARF a respeito da aplicação dos métodos previstos na legislação dos preços de transferência:

“Matérias-Primas e Outros Insumos. Método PIC. Exigência de Similaridade. Na apuração de ajustes efetuados pelo método PIC (Preços Independentes Comparados), apura-se o preço parâmetro com base nos preços de bens, idênticos ou similares, adquiridos de terceiros independentes. Não se tratando de bens idênticos, e não logrando a fiscalização comprovar a similaridades dos bens comparados, correta a decisão que exonerou as exigências.”⁴⁴⁴ (g.n.)

9.9.4.1 Nota-se que, com a mais absoluta razão, a decisão apresentada consignou que no caso de produtos que não sejam idênticos ou similares, incabível é a aplicação do método PIC, dispensando-se, portanto, a exigência infundada das autoridades fiscais.

9.9.4.2 Conclui-se, portanto, que o entendimento mais razoável em caso da impossibilidade de aplicação dos métodos legalmente previstos para fins de controle dos preços de transferência é presumir que a operação em questão está em conformidade com o *princípio arm's length*.

⁴⁴⁴ Acórdão nº 107-09.412, de 25/06/05.

10. *Transfer Pricing* e os Juros

Juros na Convenção-Modelo da OCDE

10.1 O artigo 11 da Convenção-Modelo da OCDE, versando sobre o tema dos juros entre as pessoas ligadas, prevê, em seu parágrafo 6º, a aplicabilidade do princípio *arm's length* aos juros, determinando:

“Se, em consequência de relações especiais existentes entre o devedor e o beneficiário efetivo, ou entre ambos e terceiros, o montante dos juros, tendo em conta o crédito pelo qual são pagos, exceder o que teria sido acordado entre o devedor e o credor na ausência de tais relações, o disposto neste Artigo só se aplica a este último montante. Neste caso, a parte excedente dos pagamentos é tributável nos termos das leis de cada Estado Contratante, observadas as demais disposições desta Convenção.”⁴⁴⁵

10.1.1 O Comentário da OCDE faz expressa referência ao princípio *arm's length* na aplicação desse artigo⁴⁴⁶. Ao mesmo tempo, anota que o parágrafo inserido na Convenção-Modelo não afeta unicamente o beneficiário do rendimento (que pode sofrer tributação na fonte, sobre a parcela que exceder ao montante *arm's length*), mas também à fonte pagadora de juros excessivos que, se a lei do Estado da fonte permitir, poderão ser indutíveis⁴⁴⁷.

10.1.2 O tema dos juros é matéria que interessa não só ao *transfer pricing*, como aqui explorado, estendendo-se à disciplina da subcapitalização (*thin capitalization*), que não é objeto do presente estudo.

10.1.2.1 Trata a subcapitalização dos casos em que empresas recebem vultosos empréstimos de suas controladoras, sendo comum que diversos países passem a considerar como aportes de capital, para fins tributários, os empréstimos que excedem a montantes definidos.

⁴⁴⁵ A redação no vernáculo foi extraída do acordo assinado entre o Brasil e o Reino dos Países Baixos, no artigo 1, parágrafo 8 (Decreto nº 355/91).

⁴⁴⁶ No original: “32. The purpose of this paragraph is to restrict the operation of the provisions concerning the taxation of interest in cases where, by reason of a special relationship between the payer and the beneficial owner or between both of them and some other person, the amount of the interest paid exceeds the amount which would have been agreed upon by the payer and the beneficial owner had they stipulated at arm's length. It provides that in such a case the provisions of the Article apply only to that last mentioned amount and that the excess part of the interest shall remain taxable according to the laws of the two Contracting States, due regard being had to the other provisions of the Convention.” (OECD, *op. cit.* (nota 218), p. 217)

⁴⁴⁷ Cf. *op. cit.* (nota 218), parágrafo 35, p. 218.

10.1.2.2 No Brasil, a subcapitalização foi regulada pelos artigos 24 a 28 da Lei nº 12.248/10. Essas regras se aplicam, a teor do referido artigo 24, "Sem prejuízo do disposto no art. 22 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 (...)."

10.1.2.3 Sem ingressar no tema, cabe mencionar que ambas as regras podem ser aplicadas em conjunto, *i.e.*, enquanto as regras de subcapitalização implicam que apenas parte dos juros seja dedutível (os juros referentes a até um limite de empréstimos, previsto em lei), as regras de *transfer pricing* versam sobre qual o percentual de juros admitido. Noutras palavras, a dedutibilidade tem dois limites: primeiramente, constata-se qual o valor do passivo cujo pagamento de juros será admitido; os juros concernentes a montante superior a tal teto serão, de imediato, indedutíveis. Apurados os juros incidentes sobre tal teto, cabe verificar se sua taxa conforma-se às regras de *transfer pricing*.

10.1.3 No que se refere aos relatórios da OCDE sobre *transfer pricing*, nota-se que os juros receberam um capítulo diferenciado, no relatório de 1979⁴⁴⁸, o que deixou de ser feito na última versão.

10.1.3.1 A OCDE reafirma o princípio geral de que empréstimos efetuados entre partes relacionadas devem ser remunerados por taxas que teriam sido cobradas em circunstâncias similares, em uma transação entre partes independentes (*arm's length*), considerando, outrossim, situações especiais que devem ser reconhecidas. Tal o caso dos créditos comerciais, em que a OCDE sugere que se verifique a prática normal do comércio para os casos de atrasos, reconhecendo que há casos em que não se cobram juros por atrasos mesmo entre partes não relacionadas, enquanto em outros a taxa de juros aplicável já está implícita na diferença entre preços à vista e a prazo. A OCDE contempla, ainda, os casos de empréstimos não remunerados comumente efetuados por controladoras a suas subsidiárias, para cobrir as despesas dos primeiros anos de funcionamento, alegando que, de regra, não é comum que partes não relacionadas ofereçam empréstimos sem juros. Por outro lado, a OCDE reconhece que quando a mutuária sofre dificuldades financeiras, pode acontecer de ser de interesse do credor independente deixar de cobrar juros, ou reduzi-los, ou até mesmo conceder um empréstimo com carência nos primeiros anos, visando garantir a continuidade dos negócios de seu cliente. Tais hipóteses também devem ser estendidas a partes relacionadas.

10.1.3.2 No que tange à taxa de juros *arm's length*, ela é definida como a taxa cobrada na época do surgimento do débito, em transações entre partes relacionadas em circunstâncias similares. A aplicação do princípio exi-

⁴⁴⁸ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 20), pp. 85-94. Os subparágrafos seguintes baseiam-se neste trecho.

giria que, em cada caso, a taxa fosse determinada de acordo com as condições vigentes no mercado financeiro para empréstimos semelhantes (a OCDE não esclarece se o mercado financeiro relevante é o do mutuante ou o do mutuário), tendo em vista os valores e seus vencimentos; a espécie de empréstimo (crédito comercial, capital de giro, crédito hipotecário etc.); as moedas envolvidas; os riscos cambiais do mutuante e do mutuário; o título de crédito envolvido e a situação creditícia do mutuário. Assim é que a OCDE alerta que, embora a taxa do banco central (ou outra taxa preferencial) possa servir como ponto de partida, não se recomenda uma regra mecânica baseada em qualquer destas taxas, tendo em vista a necessidade de levar em conta os fatores acima referidos, sendo, portanto, muito improvável que tal taxa reflita um padrão *arm's length*.

10.1.3.3 No que se refere ao mercado relevante, a omissão da OCDE em defini-lo como o do credor ou do devedor não impede que se reflita sobre o tema para concluir, com base no princípio *arm's length*, que a situação concreta poderá impor apenas um dos mercados como relevante. Assim, por exemplo, quando a legislação de um país cria entraves à tomada de empréstimos no exterior (excetuados os mútuos entre empresas ligadas), forçando as empresas independentes a suprirem-se de recursos no mercado nacional, ou por intermédio de instituição financeira nacional, não seria *arm's length* se tomasse por base os juros do mercado internacional para o mútuo entre empresas ligadas. Do mesmo modo, uma empresa que atue basicamente no mercado local dificilmente conseguiria obter um financiamento internacional, não fossem os vínculos de sua controladora no exterior. Nesse caso, também, mercado relevante passaria a ser apenas o nacional. Por outro lado, tratando-se de um financiamento obtido para a importação de bens ou direitos, em geral tais financiamentos obtêm-se no país do exportador (excetuado o caso de importação de bens de capital, quando alguns países importadores incentivam o financiamento, tendo em vista o avanço tecnológico visado), sendo relevante, então, o mercado financeiro do país exportador.

Transfer Pricing e Juros no Direito Comparado

10.2 Uma pesquisa nas legislações de diversos países revela que, de regra, o tema dos juros também foi enfrentado pela disciplina legal dos preços de transferência.

10.2.1 Na Itália, as normas administrativas aplicáveis aos preços de transferência fixam como parâmetro *arm's length* para os juros a taxa corrente prevalecente no país de residência do mutuante dos recursos. As autoridades justificam seu posicionamento a partir da circunstância de que em geral é o mutuário quem vai atrás de um empréstimo no mercado do mutuante e, em geral, as condições do mútuo não mudam conforme o mu-

tuário. As autoridades alertam, outrossim, que o critério deve ser aplicado de modo flexível, já que às vezes o mutuante pode ter ido buscar os recursos emprestados em outro mercado, que não o seu doméstico. Também fatores como o montante do empréstimo, sua duração, a moeda de referência e as garantias exigidas devem ser considerados na determinação de um "juro normal"⁴⁴⁹.

10.2.1.1 Especial interesse para a comparação com o caso brasileiro merece a análise do artigo 26 (8) do Decreto-lei nº 69/89, convertido na Lei nº 154/89. Conforme aquela norma, os juros de empréstimos efetuados sob qualquer forma e a qualquer pretexto (exceto referentes a empréstimos a empregados e clientes, ou adiantamentos aos sócios de sociedades de pessoas) são considerados como sendo equivalentes à taxa média de desconto no período fiscal, nos casos em que as partes não tenham acordado outra taxa de juros ou se a taxa acordada for inferior àquela média. A mesma matéria foi regulada pelo artigo 5º da Lei nº 725/94. Vale notar, outrossim, que a legislação italiana, impondo limites mínimos aos juros cobrados, adotou como mínimo uma taxa efetiva, apurada no mercado, abstendo-se de valores pré-fixados.

10.2.2 Na França, os empréstimos não remunerados ou com juros baixos sujeitam-se à regra geral do artigo 57 do Código Geral de Impostos, que trata dos atos anormais de gestão, com o que se sentem autorizadas as autoridades à aplicação dos critérios *arm's length*, nos moldes da OCDE. Embora naquele país também se usem como referência as taxas médias aplicadas pelo Banco da França, ou os juros pagos por empresários franceses independentes em empréstimos tomados de mutuantes independentes, tais valores nada mais são do que parâmetros, tendo em vista a busca do critério *arm's length*, o que fica claro pela circunstância de que a empresa francesa pode escapar dos ajustes se provar que o perdão total ou parcial dos juros decorreu de vantagens concedidas. Tal o caso que se relata, por exemplo, quando a empresa francesa avalizou uma operação creditícia, para que o crédito fosse obtido por sua subsidiária francesa, ou quando a perda de juros pela mutuante francesa é compensada pelo benefício do crescimento dos lucros de vendas obtidos por meio da empresa ligada no exterior. Também se relata, na França, o caso em que se entendeu que a empresa atuava em seu próprio interesse ao renunciar a juros com vistas a salvar uma subsidiária com dificuldades financeiras. Igualmente se entende atuar em seu interesse a fabricante que faz empréstimos a seu distribuidor em outro país, para que este desenvolva seus primeiros anos de atividade⁴⁵⁰.

⁴⁴⁹ Cf. Guglielmo Maisto, *op. cit.* (nota 61), pp. Italy 32,33.

⁴⁵⁰ Cf. J. C. Goldsmith, *op. cit.* (nota 74), pp. France 54, 55.

10.2.3 Embora em geral a matéria de preços de transferência não tenha recebido tratamento detalhado pelo legislador da Espanha, isso não se aplica ao caso dos juros, tendo em vista a lei sobre ativos financeiros, editada em 1985, e a sobre a subcapitalização, de 1992. O objetivo da lei sobre ativos financeiros, de 1985, era o de estabelecer uma tributação na fonte sobre os pagamentos de juros, definindo o momento da retenção e pagamento. A norma apresentou, ainda, dispositivo prevendo uma presunção de juros mínimos para quaisquer ativos financeiros espanhóis, inclusive os empréstimos. Os juros mínimos assim estabelecidos seriam equivalentes à taxa de juros legais, estabelecida anualmente na lei espanhola de orçamento, multiplicada pelo valor do empréstimo. Embora a lei de 1985 tenha sido revogada, a matéria específica dos juros foi mantida em vigor por uma disposição transitória. Os juros mínimos não significam, outrossim, uma garantia de que não se poderão exigir outros juros, no caso de empresas associadas. Aqueles valem como juros mínimos, mas para as empresas associadas, vale, também, o artigo 16 da Lei do Imposto de Sociedades, que impõe a aplicação do princípio *arm's length*, considerando (i) a moeda na qual se deu o empréstimo; (ii) a duração do empréstimo; e (iii) outras peculiaridades do caso. A questão teórica que surge é para o caso de o princípio *arm's length* admitir que o mutuário espanhol pague juros inferiores ao mínimo, havendo quem entenda que ainda assim se deve computar o mínimo, enquanto outros entendem que a Lei nº 43/96, válida a partir de janeiro de 1996, teria superado a exigência do mínimo, prevalecendo, nesse caso, os juros *arm's length*. Na prática, o que se faz é evitar empréstimos por períodos superiores a um ano, sem juros, optando-se por amortizar os empréstimos naquele intervalo (os juros mínimos só valem para períodos superiores a um ano) e efetuando-se novos empréstimos, em novas bases correntes⁴⁵¹.

10.2.4 As normas administrativas da Alemanha estendem aos juros pagos por empresas ligadas as regras em geral aplicáveis aos preços de transferência, inclusive o princípio *arm's length*, desde que se trate de efetiva operação financeira (*i.e.*, desde que haja efetiva intenção de pagar o empréstimo, findo o contrato). Para a comparação com terceiros independentes, usam-se os juros que seriam obtidos no mercado financeiro ou de capitais, em operações entre empresas independentes, sob condições semelhantes. O parâmetro usado são os juros que seriam cobrados por bancos em tais condições, tendo em vista o valor do empréstimo e a sua duração; a espécie de crédito; as garantias oferecidas e o crédito do devedor; a moeda e os riscos de câmbio; os custos do refinanciamento e outras circunstân-

⁴⁵¹ Cf. Antonio Pagés, *op. cit.* (nota 114), pp. Spain 24c, 24d, 24e.

cias⁴⁵². A crítica pertinente que se faz é a tomada como parâmetro dos juros bancários, tendo em vista que as relações entre empresas não financeiras se movem por razões totalmente diferentes dos bancos: estes visam apenas à remuneração de seu capital, enquanto estas empresas podem emprestar recursos financeiros com vistas à relação comercial que se desenvolve (tal o caso, por exemplo, do fabricante, que empresta recursos, sem juros, a um distribuidor, para que este possa instalar uma rede de distribuição de seus produtos)⁴⁵³. Possivelmente, a referência, na circular administrativa, aos ajustes por “outras circunstâncias” possa ser suficiente para corrigir eventuais distorções.

Transfer Pricing e Juros no Direito Brasileiro até o Advento da Lei nº 12.715/12, Modificada pela Lei nº 12.766/12

10.3 O artigo 22 da Lei nº 9.430/96 disciplina a matéria dos juros pagos ou creditados a pessoa vinculada⁴⁵⁴. Em sua redação original, havia uma importante limitação à aplicação das regras de preços de transferência, já que não estavam sujeitos ao controle os juros decorrentes de contrato registrado no Banco Central do Brasil⁴⁵⁵⁻⁴⁵⁶.

10.3.1 Ainda examinando a disciplina original da matéria, vê-se que sua dedutibilidade estava limitada a montante que não excedesse “ao valor calculado com base na taxa *Libor*, para depósitos em dólares dos Estados Unidos da América pelo prazo de seis meses, acrescida de 3% (três por cento) anuais a título de *spread*, proporcionalizados em função do período

⁴⁵² Cf. *op. cit.* (nota 66), parágrafos 4.1 e 4.2.

⁴⁵³ Cf. Friedhelm Jacob, *op. cit.* (nota 104), p. Germany 38.

⁴⁵⁴ Sobre o tema, ver Roberto França de Vasconcelos, “O Tratamento dos Juros Pagos em Operações Internacionais entre Empresas Associadas”, *Revista de Direito Tributário Internacional* vol. 13, ano 5, São Paulo: Quartier Latin, dezembro de 2009, pp. 245-258.

⁴⁵⁵ Conforme disposto na Decisão COSIT nº 11, de 24/09/99, “contrato de mútuo com empresa vinculada no exterior celebrado antes da eficácia da Lei nº 9.430/96 não está abrangido pelas normas de preços de transferência”.

⁴⁵⁶ Como bem aponta Elidie Bifano: “O critério de utilizar o registro do BACEN para enquadrar os contratos como sujeitos às regras de preços de transferência, como se observa, em vez de servir como instrumento auxiliar, opera, muito mais, como um elemento dificultador, para o Fisco, pois, considerando-se que todos os contratos de mútuo internacionais estão submetidos ao registro, exceto mútuos passivos em reais, diminui-se, substancialmente, a amplitude de aplicação desse dispositivo. O resultado é a sua aplicação, apenas, àqueles que descumprem a lei e deixam de registrar seus contratos.” Cf. Elidie Palma Bifano, “Anotações sobre regras de preços de transferência em contratos de mútuo”, *Revista de Direito Tributário Internacional* vol. 9, ano 3, São Paulo: Quartier Latin, agosto de 2008, pp. 107-122 (121).

a que se referirem os juros⁴⁵⁷. Sendo mutuante a empresa brasileira⁴⁵⁸, então esta deveria “reconhecer, como receita financeira correspondente à operação, no mínimo, o valor apurado” na forma acima⁴⁵⁹. O parágrafo 5º do artigo 27 da IN nº 243/02 autorizava o desconto do valor do imposto, para efeito do limite de dedutibilidade, nos casos em que aquele imposto fosse ônus assumido pela mutuária brasileira.

10.3.2 A comparação da solução brasileira com a internacional revela que, nesta matéria, a legislação pátria afastava-se por completo do princípio *arm's length*. No Acórdão nº 03-15.718, de 25/11/05, da 2ª Turma da DRJ-Brasília/DF, por exemplo, decidiu-se que, no que diz respeito aos contratos de mútuo com pessoa vinculada, não há espaço para a aplicação do princípio *arm's length*, em decorrência da rígida regulação dessas operações com aplicação de parâmetros pré-fixados (parâmetro mínimo para o reconhecimento de receita financeira e parâmetro máximo para o reconhecimento de despesa).

10.3.2.1 Com efeito, já se mostrou que a essência do princípio *arm's length* está na comparabilidade, implicando sua aplicação, sempre, a busca de critérios que teriam sido ajustados entre partes independentes, em circunstâncias semelhantes.

10.3.3.2 Não há razão para entender-se que se possam admitir, para os juros, percentuais adrede fixados, quando já se firmou o entendimento de que margens preestabelecidas não se compatibilizam com o princípio *arm's length*⁴⁶⁰.

10.3.2.2.1 Cabe, nesse ponto, chamar a atenção de que a sistemática brasileira não se baseou em dados “do mercado”, como no direito comparado. Embora se partisse, desde o início, da taxa *Libor*, que, em princípio, refletiria os juros internacionais, a exigência da somatória de um *spread* fixo em três por cento implica a falta de compromisso do legislador com os

⁴⁵⁷ Cf., nesse sentido, Solução de Consulta COSIT nº 10, de 24/08/04.

⁴⁵⁸ Conforme o Acórdão nº 7.561, de 28/09/04, da DRJ-Campinas/SP, a legislação de preços de transferência é aplicável a todas as operações de mútuo entre empresas vinculadas em que a mutuante é domiciliada no País, e nos quais não seja reconhecido o limite mínimo de remuneração previsto na legislação.

⁴⁵⁹ Sobre preços de transferência e juros, ver também as seguintes decisões das delegacias da Receita Federal de julgamento: Acórdão nº 16-25.512, de 01/06/10, da 5ª Turma da DRJ/SP; Acórdão nº 16-19.609, de 26/11/08, da 10ª Turma da DRJ/SP; Acórdão nº 16-18.680, de 25/09/08, da 4ª Turma da DRJ/SP; Acórdão nº 12-17.980, de 25/01/08, da 9ª Turma da DRJ/RJ; Acórdão nº 18-7.833, de 04/10/07, da 1ª Turma da DRJ-Santarém/PA; Acórdão nº 05-16.865, de 28/03/07, da 2ª Turma da DRJ-Campinas/SP; Acórdão nº 12-12.814, de 19/12/06, da 6ª Turma da DRJ/RJ; Acórdão nº 16-4.136, de 16/10/03, da DRJ/SP; Acórdão nº 16.37.608, de 12/04/12, da 1ª Turma da DRJ/SP; Acórdão nº 16-39.055, de 23/05/12, da 5ª Turma da DRJ/SP.

⁴⁶⁰ Cf. *supra*, parágrafo 5.9 e seus subparágrafos.

dados do mercado, já que a taxa de *spread* é algo que se mede em função do risco do empréstimo, não se podendo avaliar as condições de mercado, senão no instante de cada concessão.

10.3.2.2.2 Ademais, a imposição, pelo legislador, de taxas internacionais desconsiderava a possibilidade de que em uma transação entre partes independentes poder-se-iam aplicar taxas internas, como mais apropriadas. Tal seria o caso da transação em que apenas se conseguiu uma internacionalidade tendo em vista o relacionamento entre mutuante e mutuária: uma mutuária independente, em iguais situações, submeter-se-ia aos juros locais e, neste caso, esses juros é que melhor refletem uma situação *arm's length*.

10.3.2.2.3 A imposição de juros mínimos impede, ainda, que se pratiquem mútuos sem juros, ou com juros reduzidos, não obstante já se tenha mencionado ser muito comum tal pactuação entre partes independentes, quando a mutuante tem interesse no florescimento das atividades da mutuária (lembre-se, neste sentido, do interesse da fabricante no desenvolvimento da rede comercial da distribuidora local).

10.3.2.2.4 Tampouco pode ser apontada compatibilidade com o princípio *arm's length*, quando o legislador não cogitava a duração do empréstimo, determinando a aplicação, para empréstimos de curto e de longo prazo, da mesma taxa *Libor*, válida para seis meses.

10.3.3 Revelando-se a disciplina original brasileira de preços de transferência, no que se refere aos juros, afastada do princípio *arm's length*, impõe-se estudo sobre as consequências de tal afastamento.

10.3.3.1 O princípio *arm's length* foi apresentado como norteador da legislação brasileira de preços de transferência. Sua inaplicação revela, de imediato, incoerência do legislador, na medida em que, para algumas relações entre pessoas ligadas (importações e exportações), baseia-se naquele princípio e para outras (juros), dispensava-o, embora juros e preços sejam ambos contraprestações devidas a pessoas ligadas. A incoerência, na lição de Tipke acima estudada, indica um tratamento desigual, daí decorrendo inconstitucionalidade da norma, quando não se encontra fundamento para a desigualdade⁴⁶¹.

⁴⁶¹ Ao ser confrontado com o argumento segundo o qual a regra de controle dos juros seria "inconstitucional e ilegal por ferir o art. 153, inciso III, da Constituição Federal e o art. 43 do Código Tributário Nacional, ao estabelecer uma ficção jurídica não admissível no Direito Tributário", o CARF entendeu, no Acórdão nº 1101-00.622, de 23/11/11, que "se a Lei nº 9.430/96, ao estabelecer tais limites ou juros mínimos em contratação com pessoas vinculadas, ofendeu disposições do CTN ou da Constituição Federal, tais argumentos não são passíveis de apreciação em instâncias administrativas de julgamento".

10.3.3.2 Consequência mais relevante do afastamento do princípio *arm's length*, entretanto, decorre do conceito de renda. Com efeito, a aplicação do princípio *arm's length* tem por finalidade a localização de renda produzida no território e não refletida na contabilidade do contribuinte, em virtude da prática de preços de transferência não condizentes com aquele princípio. Este, portanto, apenas revela resultados escondidos por distorções nos preços de transferência. Descartada a aplicação do princípio *arm's length*, deixa de encontrar explicação a própria realocação dos recursos, que em vez de basear-se na busca do local onde se produziram os resultados, passa a revelar mera tentativa, da parte do legislador local, de tributar um mínimo de renda, ainda que esta não tenha sido produzida.

10.3.3.3 Assim, parece lícito afirmar que o emprego, pelo legislador, de percentuais adrede fixados já não mais condiz com uma busca de renda efetivamente produzida, sendo, antes, a tentativa de tributar uma renda mínima.

10.3.3.4 Ora, a tributação de renda mínima, ainda que inexistente, é hipótese que não condiz com o sistema constitucional brasileiro, que apenas permite à União a tributação da renda. Renda mínima, ou renda inexistente, não pode servir de base de tributação pela União.

10.3.4 Conclui-se, pois, pela inconstitucionalidade das normas brasileiras de preços de transferência, quando fixava juros mínimos adrede fixados. Como se verá adiante, a partir de 2012 é diversa a disciplina.

10.3.5 Em via administrativa, o antigo Conselho de Contribuintes tratou da matéria de juros e preços de transferência, na sua disciplina original, em algumas oportunidades⁴⁶².

10.3.5.1 De um modo geral, o argumento apresentado pelos conselheiros firmava-se no texto da lei, que era explícito no sentido da fixação dos aludidos percentuais. Embora, como há pouco apresentado, a fixação de juros mínimos fosse uma prática visivelmente inconstitucional, este questionamento não foi observado pelos conselheiros. Tal conduta não poderia ser outra, visto que a esfera administrativa não é competente para exercer o controle de constitucionalidade indireto. Desta forma, resta apenas observar qual será o entendimento da esfera judicial perante o assunto, quando este for por aquele tratado.

10.3.5.2 Uma questão bastante discutida no CARF quando se trata de juros e preços de transferência dizia respeito à questão do registro dos contratos de mútuo entre partes vinculadas no Banco Central do Brasil, prevista

⁴⁶² Sobre o tema, nota-se os seguintes Acórdãos do CARF: nº 101-94.665, de 12/08/04; nº 103-22.016, de 06/07/05; nº 108-08.712, de 22/02/06; nº 103-22.441, de 24/05/06; nº 103-23.310, de 06/12/07; nº 105-17.176, de 16/09/08; nº 1103-00.263, de 03/08/10; nº 1101-00.622, de 23/11/11.

na lei até 2012. Nos Acórdãos nº 101-94.665, de 12/08/04, e nº 103-22.016, de 06/07/05, estabeleceu-se que o mero registro da remessa dos juros no SISBACEN não poderia ser equiparado ao registro do contrato de mútuo neste órgão, de modo que seriam aplicáveis as regras de preços de transferência.

10.3.5.3 No Acórdão nº 105-17.176, de 16/09/08, a antiga 5ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes acatou a medida do Fisco de desconsiderar um contrato de licenciamento, entendendo-o como de mútuo entre partes vinculadas, aplicando-se a ele as regras de preços de transferência para juros ora analisadas⁴⁶³.

10.3.5.4 Já no Acórdão nº 108-08.712, de 22/02/06, estabeleceu-se que “a Lei nº 9.430/96 ao dispor sobre o registro dos contratos de mútuo no Banco Central do Brasil não trata do registro na forma existente para os capitais estrangeiros, uma vez que o mesmo inexistente”. Assim, a manutenção da pretensão fiscal “equivaleria à norma ter criado uma condição impossível para o contribuinte”. Esta última decisão foi objeto de embargos de declaração, que foram acolhidos pelo então Conselho de Contribuintes, sem que houvesse, contudo, alteração da decisão embargada (Acórdão nº 108-09.256, de 28/03/07)⁴⁶⁴.

10.3.5.5 A aplicação das regras de preço de transferência em face da ausência de um registro próprio para contratos de mútuo ativo no Banco Central do Brasil foi também avaliada pelo CARF no julgamento do Acórdão nº 1103-00.263, de 03/08/10. No caso, o Conselho houve por bem entender que o registro, no SISBACEN, da remessa internacional de recursos realizada pelo contribuinte brasileiro nos termos da Circular BACEN nº 2.677/96 atende à exigência colocada pelo artigo 22 da Lei nº 9.430/96 (registro do contrato no Banco Central do Brasil) para dispensar o controle das taxas de juros praticadas pelas regras de preços de transferência. A este

⁴⁶³ De acordo com o voto do Conselheiro Relator Alexandre Antonio Alkmin Teixeira, o contrato de licenciamento foi desnaturado, caracterizando-se tal contrato como mútuo, porque a Recorrente, conjuntamente: “(i) deixou de pagar suas obrigações sem imposição de penalidade contratualmente prevista; (ii) houve o perdão das penalidades anteriormente previstas; (iii) fixou-se data futura para pagamento e (iv) referido pagamento seria remunerado pelas taxas de juros aplicáveis no mercado financeiro interno e (v) com objetivo de fazer caixa para novos investimentos da Recorrente”.

⁴⁶⁴ Comentando essa decisão, e o fato de que não há um sistema de registro dos capitais brasileiros destinados ao exterior, mas somente dos capitais estrangeiros destinados ao Brasil (Registro Declaratório Eletrônico - RDE), cf. Roberto Quiroga Mosquera e Rodrigo de Freitas, “Reflexos Financeiros dos Preços de Transferência: Conceito de Registro no Banco Central nas Operações de Mútuo ‘Inbound’ e ‘Outbound’”, in Luís Eduardo Schoueri (coord.), *Tributos e Preços de Transferência*, vol. 3, São Paulo: Dialética, 2009, pp. 228-238.

respeito, o Conselheiro Marcos Takata, ao proferir o voto vencedor, bem pontuou que:

“Com o perdão da tautologia, não se pode exigir o que é inexigível. Exigir o que é juridicamente impossível implica ineficácia da norma abstrata (se fosse elemento de condição, esta seria nula), no caso, do art. 24, § 1º, da Lei nº 9.430/96. A condição do ditame legal se dá, então, com sua *ratio legis*, conforme deduzi alhures. Quer dizer, o *safe harbour* se coloca e se subordina ao controle exercido pelo Banco Central. O princípio da praticabilidade aplicado através do *safe harbour* em questão, supõe ou pressupõe o controle exercível pelo Banco Central, como prevê a lei (art. 24, § 1º c/c o § 4º, da Lei 9.430/96) segundo sua *ratio* e também sua *mens legis*. Esse controle pode - e deve - ser exercido pela autoridade regulatória, mesmo no caso de mútuos ativos, em que não há previsão de registro desses contratos no Banco Central, mas com imposição de controles aos bancos operadores de câmbio e autorizados a acolher (contas de) transferência internacional em reais. A autoridade regulatória pode questionar os mútuos ativos, a remuneração praticada neles. Se esse controle assim exercível é falho, a falha são das normas legais e infralegais regulatórias, ou da norma legal tributária. Se há deficiência, devem-se corrigir, evidentemente, a norma legal tributária ou as normas legais e infralegais regulatórias.”

Transfer Pricing e Juros: Disciplina Decorrente das Leis nº 12.715/12 e nº 12.766/12

10.4 O final de 2012 testemunhou ampla mudança na legislação de preços de transferência, por meio da Lei nº 12.715/12. Entretanto, na matéria de juros, a nova disciplina foi logo alterada pela Lei nº 12.766/12. Parece interessante examinar as regras decorrentes da combinação de ambos.

10.4.1 Conforme se verificou, a regra anterior, prevista no artigo 22 da Lei nº 9.430/96, era apenas aplicada a juros derivados de contratos não registrados no Banco Central, havendo divergências na jurisprudência administrativa sobre como esse registro poderia ser comprovado. É dizer, registrado o contrato de mútuo no Banco Central, dispensada estava a transação de submeter-se ao controle das taxas praticadas pelas regras de preços de transferência; ausente o referido registro, sujeitava-se a transação a um parâmetro dado pela taxa *Libor* somada a um *spread* de 3% ao ano.

10.4.2 Contudo, as leis acima citadas deram nova redação ao *caput* do artigo 22 da lei, conforme se lê:

“Art. 22. Os juros pagos ou creditados a pessoa vinculada somente serão dedutíveis para fins de determinação do lucro real até-o

montante que não exceda ao valor calculado com base em taxa determinada conforme este artigo acrescida de margem percentual a título de *spread*, a ser definida por ato do Ministro de Estado da Fazenda com base na média de mercado, proporcionalizados em função do período a que se referirem os juros.”

10.4.3 Pela nova redação apresentada, as regras de preços de transferência para juros se aplicam a todos os juros pagos ou creditados, independentemente de registro do contrato perante o Banco Central.

10.4.3.1 Imediatamente, surge a questão quanto às transações anteriores à nova lei, cujos juros vençam já no vigor do novo texto: estariam elas protegidas do controle dos preços de transferência, se decorressem de contratos registrados no Banco Central do Brasil?

10.4.3.2 A resposta surge a partir da leitura do artigo 58 da IN nº 1.312/12, que, versando sobre a dedutibilidade de juros até 31 de dezembro de 2012, explicita, em seu parágrafo 5º, que serão admitidos os juros determinados com base na data registrada, nos casos de contratos registrados no Banco Central do Brasil. Este dispositivo foi complementado pela IN nº 1.322/13, que inseriu naquela IN nº 1.312/12, o artigo 38-A, que trouxe os seguintes parágrafos:

“§ 10. A verificação de que trata este artigo deve ser efetuada na data da contratação da operação e será aplicada aos contratos celebrados a partir de 1º de janeiro de 2013.

§ 11. Para fins do disposto no § 10, a novação e a repactuação são consideradas novos contratos.

§ 12. Na hipótese de operações contratadas antes de 31 de dezembro de 2012, a comprovação da data de contratação deverá ser realizada com a demonstração do contrato registrado no Banco Central.

§ 13. Na falta da comprovação do registro, mencionada no § 12, a pessoa jurídica deverá observar o limite de juros, para a despesa ou receita, calculado com base na taxa *Libor*, para depósitos em dólares dos Estados Unidos da América pelo prazo de 6 (seis) meses, acrescida de 3% (três por cento) anuais a título de *spread*, conforme disposto no art. 58.”

10.4.3.3 Como se vê no parágrafo 12 acima reproduzido, a data da contratação se demonstra com o registro no Banco Central. Se um contrato estiver registrado (em qualquer data) no Banco Central, pode-se examinar sua data de contratação e verificar se foi anterior a 31 de dezembro de 2012.

10.4.3.4 A data da contratação, por sua vez, é relevante por conta da primeira parte do parágrafo 10 acima reproduzido: a verificação dos juros pagos (ou de seu limite) se faz na data da contratação, não do pagamento dos juros.

10.4.3.5 Assim que, posto de redação infeliz, extrai-se o entendimento de que as autoridades fiscais exigem que se tome a data do contrato (se registrado no Banco Central) e se verifique, ali, se os juros estão conforme a legislação. Se o contrato for anterior a 31 de dezembro de 2012, então pelo parágrafo 5º do artigo 58, acima referido, conclui-se que se admitirão os juros ali determinados.

10.4.3.6 O parágrafo 11, quando se refere a “novação”, leva a crer que a mera prorrogação do prazo contratual não implicaria a existência de um “novo contrato”. Com efeito, sendo esta uma modalidade de extinção do vínculo obrigacional, bem aponta Caio Mário da Silva Pereira que apenas haverá novação quando se constatar “incompatibilidade” entre a nova obrigação e a anterior, *i.e.*, “radical alteração no objeto e na *causa debendi*”, sendo certo que mera “dilação de prazo” ou “modificação da taxa de juros” não levariam à novação⁴⁶⁵; nas palavras de Pontes de Miranda, “mudança, apenas, de prazo não é novação”⁴⁶⁶. O dispositivo, contudo, também fala em simples “repactuação”, no que se impõe reconhecer que, dilatado o prazo contratual ou alterada a taxa de juros, o contrato, ainda que anterior a 31 de dezembro de 2012, não mais se escusa à sujeição ao controle de preços de transferência.

10.4.4 Ultrapassada a questão do *safe harbour*, merece nota a mudança da taxa de juros exigida; se antes se tinha uma única taxa (*Libor* para seis meses) e um *spread* fixo, foi notável o esforço do legislador de 2012 para flexibilizar tal indicador à realidade do mercado.

10.4.4.1 A taxa *Libor*, antes obrigatória, passa a ter caráter residual, conforme se extrai dos seguintes parágrafos do artigo 22 da Lei nº 9.430/96, na redação dada em 2012:

“§ 6º A taxa de que trata o *caput* será a taxa:

I - de mercado dos títulos soberanos da República Federativa do Brasil emitidos no mercado externo em dólares dos Estados Unidos da América, na hipótese de operações em dólares dos Estados Unidos da América com taxa prefixada;

II - de mercado dos títulos soberanos da República Federativa do Brasil emitidos no mercado externo em reais, na hipótese de operações em reais no exterior com taxa prefixada; e

III - London Interbank Offered Rate - *Libor* pelo prazo de 6 (seis) meses, nos demais casos.

⁴⁶⁵ Cf. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. 2, 22ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 238.

⁴⁶⁶ Cf. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, tomo XXV, Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, p. 73.

§ 7º O Ministro de Estado da Fazenda poderá fixar a taxa de que trata o *caput* na hipótese de operações em reais no exterior com taxa flutuante.

§ 8º Na hipótese do inciso III do § 6º, para as operações efetuadas em outras moedas nas quais não seja divulgada taxa Libor própria, deverá ser utilizado o valor da taxa *Libor* para depósitos em dólares dos Estados Unidos da América.”

10.4.4.2 Conquanto digna de encômios a decisão do legislador, não se pode deixar de apontar que ainda apresenta falhas, se confrontada à realidade de mercado que inspira o princípio *arm's length*.

10.4.4.2.1 É translúcido que o legislador inspirou-se por operações em que o contribuinte brasileiro é devedor. Por isso mesmo, já o inciso I se refere à taxa de mercado de títulos soberanos brasileiros.

10.4.4.2.2 Não parece compatível com o princípio acima referido, entretanto, sua aplicação a operações ativas. Se, por exemplo, um contribuinte brasileiro empresta recursos a sua matriz em país europeu, posto que com taxa prefixada, não há de se considerar parâmetro confiável o valor pago por títulos brasileiros. Estes revelam as condições de crédito brasileiras, não europeias. Igual raciocínio se estende, por óbvio, a empréstimos a devedores situados em outras partes do globo.

10.4.4.3 Também a questão do *spread* merece atenção, já que o legislador, no lugar de fixar uma taxa, optou - acertadamente - por deixar a cargo do Executivo sua determinação.

10.4.4.3.1 Não é dizer que se trata de uma autorização a arbítrio, já que cuidou o legislador de fixar critérios para tanto: “margem percentual a título de *spread*, a ser definida por ato do Ministro de Estado da Fazenda com base na média de mercado, proporcionalizados em função do período a que se referirem os juros”.

10.4.4.3.2 Não se identifica no texto legal, entretanto, se os juros se fixam para períodos pretéritos ou futuros.

10.4.4.3.3 O Princípio da Segurança Jurídica parece exercer importante papel, aqui, a dirigir a interpretação do texto legal, levando a compreender que a taxa de *spread* deve ser prospectiva, *i.e.*, cabe ao Ministro da Fazenda investigar qual o *spread* estimado pelo mercado para o período próximo futuro e divulgar o resultado de seu levantamento.

10.4.4.3.2.2 Encontram-se, com efeito, ferramentas no mercado, como o *Relatório Focus*, divulgado pelo Banco Central, que permite avaliar a expectativa dos principais operadores financeiros. Não é irrazoável, daí, esperar que o Ministro da Fazenda possa divulgar qual o *spread* esperado para o período futuro.

10.4.4.3.2.3 Por outro lado, a argumentação voltada à determinação *a posteriori* também pode encontrar sua defesa. Afinal, não é estranho, na

própria legislação de preços de transferência, que se exija do contribuinte um comportamento cuja adequação o próprio contribuinte não tem como conhecer de antemão. Basta lembrar que os preços que o contribuinte praticar durante o ano serão confrontados com uma média de mercado anual que, obviamente, somente existirá após se encerrar o exercício.

10.4.4.3.2.4 Ponderando uma e outra solução, parece razoável dizer que a determinação *a posteriori* é fruto de comando expresso do legislador (a lei exige que se comparem os preços praticados com médias anuais); a omissão do legislador, no caso de juros, permitiria concluir não ter sido essa sua intenção. Diante da omissão do legislador, pode-se, com maior razão, invocar o Princípio da Segurança Jurídica, para esperar que o Ministro da Fazenda informe, com antecedência, quais as taxas de *spread* praticadas no mercado.

10.4.4.3.2.5 Cabe ver, por fim, que, com as alterações promovidas pela Lei nº 12.766/12, inseriu-se, no artigo 22 da Lei nº 9.430/96, o parágrafo 9º, esclarecendo que o controle dos juros deve tomar por referência as taxas e *spread* vigentes na data da contratação. Assim, não há mais como se cogitar que a verificação parta dos valores fixados no momento do pagamento dos juros, sendo relevante, antes, documentar a data em que se concluiu o negócio jurídico. Vale lembrar que, no caso de mútuo (contrato real), o negócio se considera celebrado, a rigor, com a entrega dos recursos financeiros, não importando a data em que as partes ajustaram seus termos. Daí que havendo divergência entre a data do ajuste e a do ingresso dos recursos, é a última data que prevalece, por ser a data da contratação.

Prazo para Pagamento na IN nº 1.312/12

10.5 A IN nº 1.312/2 define, de forma acertada, que as diferenças decorrentes de prazos de pagamento diversos devem ser ajustadas com base na taxa de juros praticada pela própria pessoa jurídica fornecedora, conforme o parágrafo 2º do artigo 9º:

“§ 2º As diferenças nos prazos de pagamento serão ajustadas pelo valor dos juros correspondentes ao intervalo entre os prazos concedidos para o pagamento das obrigações sob análise, com base na taxa praticada pela própria pessoa jurídica fornecedora, quando comprovada a sua aplicação, consistentemente, em relação a todas as vendas a prazo.”

10.5.1 Nesse quesito, o princípio *arm's length* parece ter inspirado o entendimento das autoridades fiscais. No entanto, a referida Instrução Normativa exige que o contribuinte comprove a aplicação consistente da taxa de juros praticada durante todo o ano-calendário.

10.5.2 Nos casos de essa comprovação não ser possível, de forma supletiva e afastando-se da flexibilidade que refletiria o princípio *arm's*

length, a IN nº 1.312/12, o parágrafo 3º remete ao artigo 38-A, o qual, por sua vez, remete às três hipóteses da nova redação do artigo 22, examinada no parágrafo 10.4.4.2, acima.

10.5.3 Por se tratar das mesmas taxas, aplicam-se ao caso as observações efetuadas nos parágrafos 10.4.4.2 e seguintes.

Juros nas Importações a Prazo - Encargos ou Parte Integrante do Preço?

10.6 É elementar que o preço de uma transação para pagamento à vista não se confunde com aquele acertado quando o pagamento dar-se-á a prazo. É corriqueiro que os custos financeiros incorridos pelo vendedor sejam embutidos no preço, tornando a operação a prazo, ou a termo, mais onerosa do que aquela para pagamento à vista.

10.6.1 Essa circunstância é reconhecida pelas autoridades fiscais, que determinam, na disciplina dos preços de transferência, que sejam feitos ajustes para a comparação entre preços fixados em transações à vista ou a prazo. Este aspecto será explorado logo adiante.

10.6.2 O que interessa, nesse primeiro momento, é examinar a natureza jurídica daquele acréscimo. Seriam eles juros ou parte integrante do preço?

10.6.3 A questão não é irrelevante, já que se o acréscimo for considerado pagamento de juros então sua remessa estará sujeita a tratamento tributário distinto daquele dado ao preço. Afinal, enquanto o preço da mercadoria serve de base de cálculo para os tributos que incidem na importação (imposto de importação, IPI, ICMS, PIS-importação e COFINS-importação), a remessa de juros a residente no exterior motiva a incidência do imposto de renda.

10.6.4 A ideia é de que o acréscimo poderia ser considerado pagamento de juros parte do raciocínio financeiro, que considera como tais toda a remuneração ao capital, em virtude da dilação temporal. Juro é, assim, a retribuição feita ao capitalista por conta de um sacrifício presente. Neste sentido econômico, qualquer diferenciação entre um preço à vista e um preço a prazo poderia ser imputada à categoria de juros.

10.6.5 Resta indagar se é a tal fenômeno econômico que se refere o legislador, quando contempla a incidência do imposto de renda sobre os juros.

10.6.6 A resposta a essa questão exige que se investigue qual o campo de incidência do imposto de renda sobre rendimentos de não residentes. Nesse contexto, importa lembrar, apenas, que o imposto de renda brasileiro, seguindo a trilha de outros ordenamentos estrangeiros, não dá igual tratamento aos residentes e aos não residentes. Enquanto os primeiros estão sujeitos à tributação em bases universais (*worldwide taxation*), os não

residentes apenas estão sujeitos ao imposto sobre rendimentos de fonte situada no território nacional.

10.6.7 É assim que o artigo 685 do RIR/99 prevê a incidência do imposto de renda sobre o pagamento, o crédito, a entrega, o emprego ou a remessa de juros, quando o devedor da obrigação for residente no País.

10.6.8 O que dizer quando o rendimento, conquanto proveniente de fonte pagadora localizada no País, é concernente a atividade exercida no exterior, ou a bem situado no exterior?

10.6.9 Nesse caso, como regra geral, o fato será irrelevante para o legislador tributário nacional, a não ser que tenha, ele mesmo, cogitado da incidência. Assim, por exemplo, a remuneração dos serviços está sujeita ao imposto de renda brasileiro, ainda que tenham sido executados no exterior, desde que sua fonte pagadora seja localizada no País. Decorre tal assertiva do Decreto-lei nº 1.418/75.

10.6.10 No silêncio do legislador, entretanto, fatos ocorridos no exterior, imputáveis a não residentes, são irrelevantes para o legislador tributário nacional.

10.6.11 É neste sentido que se manifesta Alberto Xavier: “não estão sujeitos a imposto de renda no Brasil rendimentos ou ganhos de capital decorrentes de operações realizadas entre um residente no exterior e um residente no Brasil, tendo por objeto bens, direitos ou atividades localizadas no exterior, pois é sempre indispensável que a fonte de produção esteja ‘situada no País’”⁴⁶⁷. No mesmo sentido, Heleno Tôrres considera a tributação da prestação de serviços por não residentes uma exceção ao preceito geral que exige a tributação apenas dos rendimentos produzidos no País⁴⁶⁸.

10.6.12 Vê-se, assim, que, de regra, os não residentes no País somente são alcançados pelo imposto de renda quando seus rendimentos forem aqui produzidos.

10.6.13 É assim que os juros provenientes de fontes brasileiras estão sujeitos ao imposto de renda: são eles decorrentes de uma operação de crédito com contratante nacional. O credor, *in casu*, recebe os juros no exterior em virtude de uma atividade (concessão de crédito) ocorrida no País.

10.6.14 Diferente é o caso das vendas de mercadorias. Embora também aqui haja uma fonte pagadora local, a mercadoria encontra-se no exterior. O exportador, no caso, recebe o valor por atividade (venda) ocorrida no exterior.

10.6.15 É nesse sentido que se o exportador resolver se instalar no País, abrindo, aqui, um estabelecimento permanente, então, aí sim, estará

⁴⁶⁷ Cf. Alberto Xavier, *op. cit.* (nota 11), pp. 399-400.

⁴⁶⁸ Cf. Heleno Taveira Tôrres, *op. cit.* (nota 12), p. 340.

sujeito ao imposto brasileiro. É por isso que as filiais, sucursais, agências ou representações no País das pessoas jurídicas com sede no exterior e os comitentes domiciliados no exterior, quanto aos resultados das operações realizadas por seus mandatários ou comissários no País, estão sujeitos ao imposto de renda brasileiro (artigo 147 do RIR/99).

10.6.16 Pois bem. No caso de uma exportação, do exterior, por pessoa que não mantenha estabelecimento no País, o rendimento considera-se produzido no exterior e, portanto, escapa do imposto brasileiro, por falta de previsão expressa em contrário⁴⁶⁹.

10.6.17 O eventual acréscimo ao preço, em virtude da extensão do prazo de pagamento, não implica qualquer atividade desenvolvida no País. Quem vende à vista e quem vende a prazo atuam do mesmo modo. Em um e em outro caso, há uma exportação. Em ambas as situações, há uma atividade do exportador (venda) ocorrida além das fronteiras nacionais.

10.6.18 Não se confunde a venda a prazo - atividade ocorrida no exterior - com um financiamento internacional.

10.6.19 No financiamento internacional, o credor provê recursos financeiros ao devedor, o qual, dotado de capacidade financeira decorrente do mútuo, tem condições de exercer sua atividade empresarial, no País ou no exterior.

10.6.20 Ainda que os recursos financeiros sejam empregados pelo devedor em uma operação de compra internacional, nota-se que, por conta do financiamento, o devedor teve sua capacidade financeira robustecida. Há, pois, um fenômeno (fortalecimento financeiro do devedor) imputável ao

⁴⁶⁹ A Solução de Consulta COSIT nº 17, de 30/05/08 trata dos ajustes no preço praticado nas importações a prazo: "Preço de Transferência - Importações a prazo entre empresas vinculadas. A pessoa jurídica poderá ajustar o preço praticado nas importações, com pagamentos a prazo, de empresas vinculadas desde que a taxa a ser utilizada não ultrapasse à taxa *Libor*, para depósitos em dólares americanos pelo prazo de seis meses, acrescida de três por cento anuais a título de *spread*, proporcionalizada para o intervalo, desde que a empresa comprove a efetividade da operação, que poderá ser feita, com o destaque dos juros, em relação ao preço da mercadoria a vista, na fatura ou, ainda, demonstrar operações com preços distintos entre operações a vista e operações a prazo." O Acórdão nº 16-38.902, de 16/05/12, da 1ª Turma da DRJ/SP, afirma que "se as operações consideradas para a determinação do preço médio contiverem vendas à vista e a prazo os preços relativos a estas últimas deverão ser escoimados dos juros, desde que efetivamente comprovado que ocorreram". Já o Acórdão nº 16-30.393, de 23/03/11, da 5ª Turma da DRJ/SP, consigna que "inexistindo na legislação vigente tratamento específico quanto ao ajustamento de preços praticados na importação direta da empresa vinculada em compras a prazo, e não comprovando a contribuinte a cobrança de juros nas operações, indevida a redução do preço praticado".

território nacional. Assim é que a remuneração do financiamento terá por fonte um fato imputável ao território nacional.

10.6.21 Conclui-se, daí, que, enquanto a remuneração da venda a prazo reflete um fato ocorrido além-fronteiras, o pagamento de juros é imputado a fenômeno localizado no território nacional. Embora este último fenômeno esteja sujeito ao imposto de renda brasileiro, a remuneração da venda a prazo não é alcançada pelo imposto de renda.

Juros, Preços de Transferência e *Thin Capitalization*

10.7 Prática corrente em países nos quais a distribuição de dividendos é tributada, a subcapitalização (ou *thin capitalization*) consiste em os sócios de determinada sociedade, em vez de aportarem seus investimentos no capital social da referida sociedade, mantê-los como empréstimos. A vantagem de tal expediente reside na dedutibilidade que em regra é assegurada às despesas da empresa com o pagamento dos juros derivados de tais empréstimos: ao passo que tais valores são deduzidos do lucro tributável da sociedade, os dividendos distribuídos não o são. É fácil perceber, assim, a vantagem que assiste aos sócios em capitalizar suas empresas através de empréstimos (*debt*) no lugar de aportes no capital social (*equity*), notadamente em um cenário onde tanto os juros quanto os dividendos pagos são tributados.

10.7.1 Com o propósito de combater a prática da *thin capitalization*, diversos ordenamentos estabeleceram limites para a capitalização de uma empresa através de empréstimos de seus sócios. Com efeito, é comum, no direito comparado, que a lei estabeleça critérios para se constatar a ocorrência da subcapitalização (*e.g.*, um limite máximo de empréstimos em relação ao valor do capital subscrito e integralizado) e então autorize o Fisco a tributar os juros excedentes ou vede a dedutibilidade de tais montantes.

10.7.2 Ciente da experiência internacional, o legislador pátrio editou (em expediente de utilidade duvidosa⁴⁷⁰) a Lei nº 12.249/10, cujos artigos 24 e 25 estabeleceram regras limitando a dedutibilidade de juros pagos por empresas residentes no País a credores estrangeiros, quando estes residirem em país com tributação favorecida, estiverem sob regime fiscal privilegiado ou forem vinculados nos termos da legislação de preços de transferência.

⁴⁷⁰ Veja, a este respeito, Luís Eduardo Schoueri, "Juros sobre Capital Próprio: Natureza Jurídica e Forma de Apuração Diante da 'Nova Contabilidade'", in Roberto Quiroga Mosquera e Alessandro Broedel Lopes (coords.), *Controvérsias Jurídico-contábeis (Aproximações e Distanciamentos)*, vol. 3, São Paulo: Dialética, 2012, pp. 169-193 (173).

10.7.3 Em apertada síntese, os juros pagos ou creditados ao não residente apenas serão dedutíveis se o valor do endividamento não foi superior a duas vezes (i) o valor da participação da vinculada na empresa residente ou (ii) o valor do patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil, caso a pessoa vinculada não detiver qualquer participação societária nesta. Na hipótese do não residente encontrar-se em país com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado, o endividamento não poderá ser superior a 30% do valor do patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil.

10.7.4 Logo se vê, assim, que, sob a legislação vigente, os juros pagos à pessoa vinculada no exterior possuem sua dedutibilidade limitada não apenas ao controle de preços de que trata o artigo 22 da Lei nº 9.430/96, mas também à regra de subcapitalização constante da Lei nº 12.249/10.

10.7.5 Uma leitura apressada poderia levar ao entendimento de tratar-se de antinomia. Tal raciocínio, todavia, não resiste a uma análise mais acurada. Lembra Tércio Sampaio Ferraz Jr. que a antinomia jurídica corresponde à “oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente)”, a colocar o intérprete “numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado”⁴⁷¹. Ora, é o próprio *caput* do artigo 24 da Lei nº 9.430/96 quem nos revela que os limites à *thin capitalization* aplicam-se “sem prejuízo do disposto no art. 22 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996”. Assim é que ambas as normas, pela própria escolha expressa do legislador, não se opõem, mas convivem.

10.7.6 Afastando-se a hipótese de antinomia e reconhecendo-se a convivência de ambas as regras, surge a questão de como harmonizar a sua aplicação.

10.7.6.1 Não parece adequado, na busca pela medida da relação entre os dois comandos legais, pretender segregar um mesmo montante de juros à luz dos distintos critérios, no sentido de que, reconhecida a indedutibilidade de determinada parcela em razão das regras de preços de transferência, testar-se-ia o montante (dedutível) remanescente à luz da *thin capitalization*, ou vice-versa. Se, por um lado, cabe ao intérprete, à luz do fato (pagamento de juros), construir a norma aplicável a partir da combinação dos dispositivos pertinentes, por outro lado soa desmedido que este fracione a hipótese fática, subsumindo, sucessiva e subsidiariamente, as “frações” encontradas às regras aplicáveis.

10.7.6.2 Tal postura ainda enfrentaria, no caso, dificuldades práticas de toda sorte. Basta ver, neste sentido, que, ao passo em que o controle de preços de transferência é feito “contrato a contrato”, as regras de *thin capitalization* partem da média ponderada mensal dos valores de endividamento e participação.

10.7.6.3 Solução mais razoável é apresentar o montante de juros, em sua integralidade, a ambas as regras, tomando-se, dos dois limites encontrados, aquele que indicar menor dedutibilidade. Ao se considerar o limite inferior, estar-se-á atendendo, por continência, à outra regra.

10.7.6.4 Por óbvio que não há como cogitar-se exigir a soma de ambos os limites de dedutibilidade, haja vista que tal entendimento poderia levar ao absurdo de a indedutibilidade encontrada ser superior ao próprio valor dos juros pagos.

⁴⁷¹ Cf. Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao Estudo do Direito*, São Paulo: Atlas, 1991, p. 189.

11. *Transfer Pricing* e os Intangíveis

Intangíveis na OCDE

11.1 A OCDE já dedicou todo um capítulo às operações envolvendo bens intangíveis associados a atividades comerciais, inclusive os direitos de uso de ativos industriais, como patentes, marcas e nomes comerciais, desenhos ou modelos, bem como os direitos de propriedade artística e literária, além de propriedades industriais tais como segredos comerciais e *know how*⁴⁷². Os bens intangíveis podem tanto ser empregados na produção de bens ou na prestação de serviços (hipótese em que se equiparariam a um ativo fixo da empresa), como serem eles mesmos objeto de comercialização (por exemplo, programas de computador). Dividem-se os intangíveis em intangíveis comerciais (*trade intangibles*) e intangíveis para comercialização (*marketing intangibles*): os primeiros versam sobre as propriedades intelectuais cuja criação e desenvolvimento, de regra, exigem vultosos investimentos, para o que o seu criador espera obter um retorno adequado; os últimos são aqueles bens imateriais que ajudam na exploração comercial de um produto ou serviço (marcas comerciais, listagem de clientes, canais de distribuição etc.).

11.1.1 Nem toda atividade de pesquisa e desenvolvimento produz um intangível comercial, assim como nem toda atividade de *marketing* gera um intangível para comercialização. Há, por exemplo, atividades de *marketing*, como estratégias de vendas, relações públicas, controle de qualidade etc. que podem ter um impacto limitado ao próprio período em que se produziram e nesse caso não se considerariam um ativo intangível, mas mera despesa corrente.

11.1.2 Na comparação entre as patentes e as marcas comerciais, o relatório da OCDE procura mostrar as diferenças entre os intangíveis comerciais (como as patentes) e os intangíveis para comercialização (como as marcas): enquanto as marcas podem imprimir valor a um produto ou serviço, ainda que estes não sejam únicos no mercado, as patentes são valiosas na medida em que possam criar um monopólio em certos produtos ou serviços; ao mesmo tempo, considera-se que a patente implica, de regra, gastos mais vultosos no período que antecede a sua obtenção (pesquisa e desenvolvimento), enquanto geralmente uma marca não exige muitos custos para sua criação, sendo altíssimas, outrossim, as despesas envolvidas em sua manutenção.

⁴⁷² Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), capítulo VI. O presente parágrafo e seus subparágrafos baseiam-se naquele capítulo.

11.1.2.1 Por vezes não é clara a distinção entre marca e patente, na medida em que uma assegura a outra. Tal o caso das indústrias dependentes da pesquisa, nas quais uma boa marca é fundamental para assegurar rendimento suficiente para remunerar a pesquisa efetuada no passado e para financiar novos projetos. Isto é especialmente verdadeiro nos casos das indústrias em que o tempo de proteção das patentes não é suficiente para a recuperação dos custos da pesquisa, cabendo à reputação atingida no mercado, representada pela marca, assegurar ao criador a possibilidade de ser remunerado por sua atividade⁴⁷³.

11.1.3 Como regra geral, a OCDE reafirma sua opção pelo princípio *arm's length* para os intangíveis, reconhecendo, outrossim, a dificuldade que pode surgir para sua aplicação concreta. Isso não impede, de imediato, a aplicação preferencial dos métodos transacionais tradicionais, com as adaptações e considerações necessárias.

11.1.3.1 Assim, por exemplo, na análise de comparabilidade, reconhece-se a existência de perspectivas diferentes, para o cedente e para o cessionário: para o primeiro, o princípio *arm's length* exigiria o exame do preço que uma empresa independente comparável estaria disposta a exigir pela transferência da propriedade; para o cessionário, uma empresa independente comparável poderia não estar disposta a pagar aquele preço, dependendo do valor e da utilidade, para seu negócio, da propriedade transferida, estando o cessionário disposto a pagar aquele preço se fosse razoável esperar que benefícios satisfatórios, tendo em vista outras opções com as quais ele poderia contar. A partir de tal análise, pode-se assegurar que uma empresa associada não está pagando valor baseado no maior uso a que o bem intangível prestar-se-ia, embora no caso concreto o uso do bem justificasse pagamento muito inferior.

11.1.3.2 A análise de comparabilidade implica, também, identificação das práticas usuais no mercado. Um *royalty*, por exemplo, costuma ser um pagamento continuado, baseado no faturamento do cessionário, em suas vendas ou nos lucros. O índice depende do próprio bem transferido. Assim, por exemplo, no caso de um *software* concernente à folha de salários, serão índices mais adequados o próprio valor da folha, ou o número de empregados, em relação ao faturamento. Também importará ver o peso da tecnologia no resultado final do índice usado. Assim, uma tecnologia que envolva apenas uma pequena parte do processo produtivo de determinado bem poderá ser remunerada a partir das vendas daquele produto, mas se deve admitir que a tecnologia influenciou em pequena proporção (*i.e.*, na proporção da tecnologia sobre o total do processo produtivo).

⁴⁷³ Este tema está diretamente ligado à questão dos "genéricos". Cf. *supra*, parágrafos 5.6.3 e 5.6.4.

11.1.3.3 A comparação com terceiros exige, ademais, o exame das condições da transação comparada, tais como os lucros esperados com o uso do bem intangível (determinável, por exemplo, a partir de um cálculo de valor presente); limitações geográficas no uso dos direitos; restrições à exportação dos produtos e serviços produzidos com a tecnologia; o caráter exclusivo ou não da cessão; a exigência de um investimento, por parte do cessionário, para que este possa usar a tecnologia, ou para que o produto ou serviço atenda ao *standard* mínimo da marca; a possibilidade de sublicenciamento; a garantia de o licenciado ter acesso a desenvolvimentos da tecnologia; a duração da patente e a possibilidade de os direitos continuarem a ser fruídos após o seu prazo etc.

11.1.3.4 No relatório da OCDE, vê-se exemplo de possibilidade do método dos preços independentes comparados para bens intangíveis, nos casos em que o mesmo cedente transferiu ou licenciou o intangível, em condições comparáveis, a terceiros independentes. Também podem servir como parâmetro os valores cobrados em transações comparáveis entre empresas independentes no mesmo ramo industrial, desde que, por óbvio, tal informação seja acessível.

11.1.3.5 Do mesmo modo, pode-se cogitar emprego do método do preço de revenda quando a licenciada sublicencia o bem intangível, desde que se leve em consideração a circunstância de a própria licenciada usar, ou não, aquele intangível.

11.1.3.6 No caso de venda de bens que incorporam intangíveis, pode-se também cogitar emprego do método dos preços independentes comparados ou do método do preço de revenda. No caso de estarem envolvidos intangíveis para comercialização (uma marca, por exemplo), importa considerar o valor agregado pela marca, a partir da aceitabilidade, pelo consumidor, da importância geográfica, da participação no mercado etc. Para tanto, usam-se, de início, outros bens com marcas comparáveis; na ausência destes, pode ser útil examinar as vendas de produtos que seriam idênticos, não fosse a falta da marca, para, a partir daí, apurar o valor que esta agregou ao bem. No caso de intangíveis comerciais, a análise comparativa considerará, ainda, o valor atribuível a tais intangíveis e a importância de pesquisas e desenvolvimentos constantes.

11.1.4 O relatório da OCDE reconhece que no caso de bens intangíveis muito valiosos, pode ser difícil encontrar transações independentes comparáveis, o que pode dificultar o emprego dos métodos transacionais tradicionais, ou do método transacional da margem líquida de lucro. Em tais casos, pode ser conveniente, na opinião da OCDE, o método transacional da divisão dos lucros⁴⁷⁴, desde que se considere que embora os custos de

⁴⁷⁴ Cf. parágrafo 9.3, *supra*.

desenvolvimento e manutenção de um bem intangível possam representar uma informação importante, não há uma relação necessária entre custo e valor do intangível.

11.1.5 É no campo dos intangíveis que se encontra de modo mais sensível o acerto da afirmação de que nem sempre é possível a aplicação dos métodos sugeridos para a apropriação de um preço *arm's length*. A própria OCDE reconhece tal fato, mas ainda assim não abre mão do princípio, exigindo que nos casos em que não haja certeza quanto à valoração dos intangíveis, contribuinte e Fisco devem resolver a questão, sempre tendo por referência o que empresas independentes teriam acordado em circunstâncias comparáveis.

11.1.5.1 Assim, conforme as circunstâncias, empresas independentes poderiam acordar em basear-se nos lucros esperados, tendo em vista a previsibilidade de desenvolvimentos subsequentes. Nos casos em que empresas independentes possivelmente não se sentiriam seguras em fixar uma remuneração baseada em tais projeções, elas possivelmente celebrariam contratos de curto prazo, ou incluiriam cláusulas de reajuste de preços, visando protegê-las das flutuações que poderiam decorrer de circunstâncias imprevisíveis.

Intangíveis na Legislação Norte-americana

11.2 O tema dos intangíveis, nos Estados Unidos, merece especial estudo a partir da reforma de 1986, que introduziu, no código daquele país, uma emenda à *Section 482*, segundo a qual, no caso de transferência ou licença de uma propriedade intangível, a renda referente àquela transferência ou licença deve ser comensurada com a renda atribuível ao bem intangível⁴⁷⁵. Este dispositivo ficou conhecido, na prática norte-americana, como *super-royalty* e sua aplicação exige que anualmente os contribuintes estejam sujeitos a revisão e ajustes nos *royalties* cobrados, a fim de assegurar que estes continuem “comensurados” com a renda que o intangível produz nas mãos do cessionário.

11.2.1 O texto da reforma de 1986 não era autoexplicativo. O que significaria “comensuráveis”? A que renda estaria o legislador se referindo? Lucro? Rendimento? Faturamento? Como reagiria o país do cessionário da

⁴⁷⁵ Sobre a evolução no direito norte-americano, cf. George N. Carlson *et al.*, “The US Final Transfer Pricing Regulations: the More Things Change, the More They Stay the Same”, *Tax Notes International*, agosto de 1994, pp. 333 a 348; um estudo específico e abrangente sobre a disciplina dos preços de transferência para os intangíveis é encontrado em James R. Mogle, “Intercompany Transfer Pricing for Intangible Property”, *Tax Management Transfer Pricing. Special Report* n° 2, vol. 6, Report n° 25, 21 de maio de 1997.

tecnologia, quando visse revistos os pagamentos de *royalties*, depois de assinado o contrato e enquanto este estivesse sendo aplicado?

11.2.2 Em resposta a tais questões, o Departamento do Tesouro norte-americano editou, em 18 de outubro de 1988, um estudo sobre este dispositivo, que ficou conhecido na prática daquele país como *White Paper*⁴⁷⁶. Este estudo gerou diversas discussões⁴⁷⁷, até que em julho de 1994 editou-se a regulamentação final acerca dos intangíveis⁴⁷⁸, complementada em dezembro de 1995 e maio de 1996, no que se referia aos acordos de repartição de custos (*cost sharing agreements*)⁴⁷⁹.

11.2.3 Ponto de partida para a presente regulamentação é a identificação do proprietário do intangível, que geralmente é aquele a quem a lei confere proteção da propriedade, ou, no caso de propriedades não protegidas por lei, quem suporta a maior parte dos custos de desenvolvimento. Como regra geral, se não houver pagamento pela transferência de um bem intangível, ou se o pagamento for simbólico, considera-se que o pagamento *arm's length* basear-se-ia na forma de *royalties*⁴⁸⁰. Diante da necessidade de serem comensuráveis os pagamentos, exige-se, ademais, que no caso de cessão por períodos superiores a um ano, os pagamentos sujeitem-se, em geral, a revisões e ajustes anuais, efetuados pelo *Internal Revenue Service*⁴⁸¹, excetuados os casos em que se encontrem transações independentes com os mesmos intangíveis, ou com intangíveis comparáveis, por períodos equivalentes ao da transação em exame.

11.2.3.1 A exigência da comensurabilidade, pelas autoridades norte-americanas, é apontada por Leonardo Costa como uma das grandes diferenças entre os padrões da OCDE e a legislação norte-americana, motivando críticas por sua complexidade e incertezas geradas na sua aplicação⁴⁸².

⁴⁷⁶ *A Study of Intercompany Pricing under Section 482 of the Code*, IRS Notice 88-123, 1988-2 C.B. 458 (“Section 482 White Paper”).

⁴⁷⁷ Cf. Fred C. de Hosson (ed.), *Transfer Pricing for Intangibles. A Commentary on the White Paper*, Deventer: Kluwer, 1989; Edward Maguire, Manuel Theisen *et al.*, *Verrechnungspreise bei Lizenzen und Dienstleistungen*, Munique: Beck, 1990.

⁴⁷⁸ Reg. §§ 1.482-4 a -6.

⁴⁷⁹ Reg. § 1.482-7. O tema específico dos *cost-sharing agreements* não será tratado neste estudo. Remete-se ao excelente trabalho de Alberto Xavier, “Aspectos Fiscais de *Cost-sharing Agreement*”, *Revista Dialética de Direito Tributário* n° 23, São Paulo: Dialética, 1997, pp. 7-24.

⁴⁸⁰ Reg. § 1.482-4(f)(1): “If a transferee of an intangible pays nominal or no consideration and the transferor has retained a substantial interest in the property, the arm's length consideration shall be in the form of a royalty, unless a different form is demonstrably more appropriate.”

⁴⁸¹ Reg. § 1.482-4(f)(2).

⁴⁸² *Apud* Antonio Carlos Rodrigues do Amaral, “O Preço da Transferência (*Transfer Pricing*) no Mercosul - II Jornada Tributária do Mercosul”, *Revista dos Tribunais*,

Conforme explica Antonio Carlos Rodrigues do Amaral, “este padrão impõe, via de regra, que as receitas derivadas da transferência ou licença de uma propriedade intangível seja comensurável com as rendas atribuíveis àquele item de propriedade intangível. Essencialmente, objetiva que as partes repartam os lucros de acordo com, entre outras coisas, ativos utilizados, custos incorridos, funções econômicas exercidas, riscos assumidos e intangíveis utilizados;”⁴⁸³ Yariv Brauner aponta, na comensurabilidade, duas virtudes: (i) reconhecimento de que a análise pura do *arm's length* nem sempre é exigida; e (ii) ênfase na importância da transferência de bens intangíveis e admissão de que nem sempre se pode contar com bens comparáveis⁴⁸⁴.

11.2.3.2 A legislação adota uma definição bem ampla para os intangíveis, com uma lista de espécies de propriedades, divididas em cinco categorias: (i) patentes, invenções, fórmulas, processos, modelos, padrões ou *know how*; (ii) direitos autorais, literários, musicais ou composições artísticas; (iii) marcas, nomes comerciais ou nomes de marca; (iv) franquias, licenças ou contratos; e (v) métodos, programas, sistemas, procedimentos, campanhas, pesquisas, estudos e previsões, estimativas, listas de clientes ou dados técnicos. Além desses cinco grupos, há um sexto, que compreende “outros itens semelhantes”, incluindo itens que não derivam seu valor de seus próprios atributos físicos, mas, sim, de conteúdo intelectual ou de outras propriedades intangíveis⁴⁸⁵.

11.2.4 A nova regulamentação admite a aplicação de quatro métodos para a determinação de um preço *arm's length* envolvendo intangíveis: (i) o método da transação independente comparável; (ii) o método dos lucros comparáveis; (iii) o método da divisão de lucros; e (iv) métodos não especificados⁴⁸⁶. Aplica-se, também para os intangíveis, a regra do melhor método⁴⁸⁷.

11.2.4.1 Os métodos são bastante assemelhados aos empregados com relação aos bens intangíveis, e assim também a eles se aplicam as críticas efetuadas quanto ao possível desvio do princípio *arm's length*, na medida em que abandonem a análise comparativa. Interessante notar, outrossim, que quando trata dos métodos não especificados, a regulamentação norte-americana retoma o enfoque transacional, dispondo que o método não especificado deve levar em conta o princípio geral de que contribuintes inde-

Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas nº 22, ano 6, janeiro/março de 1998, pp. 206 a 243 (221).

⁴⁸³ Cf. *op. loc. cit.* (nota 482).

⁴⁸⁴ Cf. Brauner, Yariv, *op. cit.* (nota 52), p. 276.

⁴⁸⁵ Cf. Brauner, Yariv, *op. cit.* (nota 52), pp. 288-289.

⁴⁸⁶ Reg. § 1.482-4(a).

⁴⁸⁷ Cf. *supra*, parágrafo 5.2.1.

pendentes avaliam as condições de uma transação tendo em conta as efetivas alternativas que existem e apenas celebra uma transação em particular se nenhuma alternativa seria preferível⁴⁸⁸.

Intangíveis nos Precedentes Internacionais

11.3 A complexidade da temática dos intangíveis pode ser verificada a partir de alguns precedentes jurisprudenciais que se tornaram paradigmáticos.

11.3.1 Importante precedente no que tange às operações com preços de transferência nos Estados Unidos foi o caso da DHL. A empresa foi criada no Estados Unidos em 1969. Em 1972, ela fundou a DHL Internacional (DHLI) para cuidar das operações no exterior, sendo posteriormente sua propriedade transferida para os acionistas da DHL, tornando as duas empresas irmãs. Mesmo sendo empresas distintas, até 1992, a DHLI e a DHL prestavam mutuamente os serviços de entregas americanas e internacionais sem nenhuma compensação pelos serviços entre as empresas.

11.3.1.1 Ambas as empresas, portanto, operavam sob a mesma marca, sem nenhuma compensação. Em 1974, a DHL forneceu uma licença livre para a DHLI utilizar a marca por 5 anos, tendo sido o contrato prorrogado. A marca DHL foi registrada em 1977 pela DHL nos EUA e, em 1983, pela DHLI internacionalmente. Entre 1982 e 1992, a DHLI gastou US\$ 340 milhões com construção da marca, enquanto a DHL US\$ 150 milhões. Durante todos esses anos, as empresas continuaram tratando internamente a DHL como proprietária da marca⁴⁸⁹.

11.3.1.2 Em 1990, firmou-se um acordo para vender 12,5% das ações da DHLI, com a opção de compra de mais 45%, e a marca DHL para um consórcio japonês/alemão. Inicialmente, as partes avaliaram as ações da DHLI em US\$ 450 milhões e a marca em US\$ 50 milhões, sujeito a confirmação de efeitos fiscais. Finalmente, o preço estabelecido pela marca foi de US\$ 20 milhões, sendo que a DHL permanecia com o direito de uso da marca sem o pagamento de *royalties* por 15 anos. Esse preço foi informado

⁴⁸⁸ Cf. Reg. § 1.482-4(d): “(...) Consistent with the specified methods, an unspecified method should take into account the general principle that uncontrolled taxpayers evaluate the terms of a transaction by considering the realistic alternatives to that transaction, and only enter into a particular transaction if none of the alternatives is preferable to it. (...) Therefore, in establishing whether a controlled transaction achieved an arm's length result, an unspecified method should provide information on the prices or profits that the controlled taxpayer could have realized by choosing a realistic alternative to the controlled transaction.”

⁴⁸⁹ Cf. M. M. Levey, L. W. Shapiro, R. J. Cunningham, G. D. Lemein & W. S. Garofalo, “Intangible Transfer Pricing and Penalties after DHL”, *Intertax* nº 12, vol. 30, 2002, pp. 486-487.

à consultoria Bain Company, que expediu uma *comfort letter* confirmando que era o valor real da marca.

11.3.1.3 Ao ser examinada pelo *Internal Revenue Service*, a transação foi considerada irregular, realizada fora dos padrões *arm's length*. O IRS entendeu que a sociedade deveria pelo menos US\$ 600 milhões, impondo à empresa uma cobrança adicional de impostos de US\$ 195 milhões e uma multa de US\$ 75 milhões.

11.3.1.4 Ao analisar a questão, a *Tax Court* considerou que, até 1992, as empresas eram vinculadas. Entretanto, a marca deveria valer menos, tendo em vista que não era claro que sua propriedade era realmente da DHL, pois DHLI possuía diversos registros em seu nome. Após ouvir o testemunho de peritos, a *Tax Court* concluiu que a marca DHL valia US\$ 150 milhões, sendo US\$ 50 milhões referente ao direito sobre a marca nos EUA e US\$ 100 milhões no exterior. Reduziu as imposições em 75%, determinando que a DHL deveria ter recebido royalties da DHLI sobre a utilização da marca e pelos serviços de entregas internacionais prestados à DHL até 1992.

11.3.1.5 No julgamento, a *Tax Court* não foi persuadida pela avaliação da Bain Co., pois o cliente já havia estabelecido o preço antes de encomendar a avaliação, tendo inclusive comunicado sua decisão à avaliadora. A Corte também considerou o relacionamento de longo prazo entre a Bain Co. e a DHL, o que prejudicava a independência da opinião emitida.

11.3.1.6 A questão foi levada à apreciação da Corte da Nona Jurisdição Americana (*Ninth Circuit Court*), que reverteu a decisão. A Corte entendeu que a DHLI era a verdadeira dona da marca internacional, tendo em vista que gastou US\$ 340 milhões promovendo a marca fora dos EUA, enquanto a DHL apenas promoveu a marca internamente. Assim, a DHLI não deveria pagar nenhum *royalty* à DHL pelos anos de uso, mesmo sendo partes vinculadas. Considerou também que a DHL, agiu certo em buscar uma avaliação independente da Bain Co, embora não tenha aprovado diretamente sua atitude de informar à avaliadora o valor pretendido antes da avaliação.

11.3.1.7 Na época dos fatos discutidos, estavam em vigor os *482 Regulations* de 1968. Esse regulamento determina que o desenvolvedor de um ativo intangível é determinado através de fatos e circunstâncias do caso concreto, sendo levado em conta os gastos econômicos e o risco. Em 1994, o Tesouro emendou o *s. 482 Regulations*, que passou a determinar como desenvolvedora a empresa que detém legalmente a propriedade da marca em casos em que a propriedade não está clara.

11.3.1.8 A divergência entre o entendimento da *Tax Court* e da *Ninth Circuit Court* é relacionada com a natureza dos gastos da DHLI com a marca. A *Tax Court* considerou como premissa que toda licença de marca

leva naturalmente a gastos com a exploração da marca, o que não pode ser considerado investimento. Como a DHL não conseguiu provar qual parte dos seus gastos foram investimentos, não teve seu pedido deferido.

11.3.1.9 Já a *Ninth Circuit Court* não entendeu que o ônus da prova da destinação desses gastos seria da DHL e considerou que todo o valor despendido pela DHLI foi no desenvolvimento da marca. Embora a *Ninth Circuit Court* tenha revertido o caso, não seria prudente ignorar a mensagem da *Tax Court*, até porque se pode esperar que a IRS conteste essa posição em outras cortes⁴⁹⁰.

11.3.1.10 Pelo relato dessa decisão, nota-se como é importante um trabalho investigativo profundo para que se atinja o princípio *arm's length*. Não é através da fixação de margens preestabelecidas que ele é atingido; estas servem no máximo como um *safe harbour*, mas pelo exame verdadeiro dos fatos, permitindo-se que o contribuinte possa se utilizar de quaisquer meios de prova admitidos pelo direito.

11.3.2 Também merece estudo o caso envolvendo a GlaxoSmithKline (Glaxo), que resultou em acordo entre o contribuinte e o Serviço Interno de Receitas norte-americano, pelo qual o primeiro pagou, em valores de 2006, 3,4 bilhões de dólares (além de abrir mão de um pedido de restituição de outros 1,8 bilhões de dólares), o que resultou no maior acordo entre Fisco e contribuinte celebrado naquele país⁴⁹¹.

11.3.2.1 Versava o caso sobre a valorização da atividade do distribuidor norte-americano, que revendia medicamentos desenvolvidos e produzidos no exterior (Reino Unido). O Fisco norte-americano enxergou na atividade de distribuição uma agregação de valor (um intangível), sujeita a remuneração.

11.3.2.2 Em síntese, o grupo Glaxo desenvolveu um medicamento, inicialmente sob o nome Tagamet e posteriormente, Zantac. O último produziu lucros fabulosos e se discutia a participação da empresa norte-americana. Dentre outras questões, o Fisco argumentava que não haveria sentido em se pagarem *royalties* pelo uso da marca, já que esta se desenvolvera (adquirira valor) em virtude da distribuição no mercado norte-americano⁴⁹².

⁴⁹⁰ Cf. M. M. Levey, L. W. Shapiro, R. J. Cunningham, G. D. Lemein & W. S. Garofalo, *op. cit.* (nota 489), pp. 492.

⁴⁹¹ Cf. o comunicado do Serviço Interno de Receitas IR 2006-142, expedido em 11 de setembro de 2006 (disponível em <http://www.irs.gov/uac/IRS-Accepts-Settlement-Offer-in-Largest-Transfer-Pricing-Dispute>, acesso em 06/02/2013).

⁴⁹² Cf. Pim Fris e Sébastian Gonné. "A European View of Transfer Pricing After Glaxo". *Tax Planning International Transfer Pricing*, BNA International, novembro de 2006.

11.3.2.3 O mero fato de o caso não ter sido decidido, resolvendo-se por acordo, é indicativo suficiente da complexidade da questão, inclusive de seus reflexos, já que permite aferir a existência de intangíveis que vão além do próprio produto comercializado⁴⁹³.

Em Resumo: as Dificuldades dos Intangíveis

11.4 As dificuldades enfrentadas pelos tribunais são reflexo das próprias características dos intangíveis.

11.4.1 Yariv Brauner arrola alguns aspectos dos bens intangíveis que podem ser úteis para compreender tais dificuldades. Vale resumir as reflexões do professor da Universidade da Flórida⁴⁹⁴.

11.4.1.1 Inicialmente, anota o autor que embora se pudessem, numa primeira aproximação, considerar intangíveis todos os bens incorpóreos, os ativos não monetários de uma empresa, a disciplina dos preços de transferência exige maior cuidado. A análise deve levar em conta a proteção jurídica dada aos intangíveis, já que o nível desta e o tempo que se assegura afetam o valor da propriedade intelectual e, por conseguinte, o de outros ativos que possam ser influenciados pela primeira.

11.4.1.2 Não menos relevante é o caráter de bem público, ou de consumo não rival, que muitos intangíveis assumem. Essa característica tem a seu favor a extrema facilidade para transmissão (ou seja: seu detentor tem um custo baixíssimo para transmitir), sendo praticamente ilimitada a possibilidade de reprodução (o fato de se transmitir a uma pessoa não reduz, em geral, a viabilidade de se transmitir a outrem). Por outro lado, assim como a transmissão desejada é facilitada, também o é a transmissão não autorizada (“cópias piratas”), o que implica custos altíssimos de proteção de segredo e risco de proliferação e perda de valor.

11.4.1.3 Não se pode descartar, outrossim, a existência de intangíveis cuja transmissão seja muito onerosa (ou cujo valor seja extremamente diminuído por causa de uma transferência).

11.4.1.4 Há, ainda, os intangíveis cujo valor cresce na proporção em que haja maior número de pessoas que o detêm e o exploram. Servem de bom exemplo os aplicativos que se desenvolvem, na atualidade, para os *smartphones*, fruto da disseminação da tecnologia.

11.4.1.5 Outro elemento apontado por Brauner é a dificuldade de se separarem valores de diversos ativos avaliados em um único contrato,

quando justamente da sua coexistência surge um valor que não existiria se considerados separadamente.

11.4.1.6 Também trazem dificuldade os intangíveis não comercializáveis, que exigem que se mensurem as consequências da falta de liquidez.

11.4.2 Diante de tais dificuldades, Yariv Brauner avança para apontar a possibilidade de que o próprio princípio *arm's length* não seja adequado para a avaliação de intangíveis, apontando as dificuldades de cada método.

11.4.3 Quando toma em consideração o método de comparação de preços (nos Estados Unidos, o método da transação independente comparável), Brauner evidencia diversas razões para seu afastamento.

11.4.3.1 Um primeiro argumento para tanto é o fato de que o princípio *arm's length* parte de uma avaliação de mercado, *i.e.*, o “valor” que um bem teria em um mercado. O valor de mercado, entretanto, é categoria que pressupõe a existência de bens substituíveis, *i.e.*, que haja bens comparáveis, substituíveis entre si. A ideia, segundo Brauner, seria a de que um comprador razoável não compraria um determinado ativo se o pudesse substituir por outro de custo significativamente inferior. No caso de intangíveis, em muitos casos não haverá que cogitar possibilidade de substituição.

11.4.3.2 Outra consequência da abordagem de mercado estaria no pressuposto de que todos os agentes maximizam o valor dos bens intangíveis; este pressuposto pode não se confirmar, entretanto, quando se vê que alguns intangíveis só têm valor junto com outros, enquanto há intangíveis que podem ser ligados a bens tangíveis e, finalmente, aqueles não comercializáveis.

11.4.3.3 Finalmente, Brauner lembra que a abordagem de mercado apresenta a dificuldade decorrente do fato de depender da existência de um mercado e nem sempre se poder reconhecer um mercado, especialmente nos intangíveis, quando os mercados não estão estabelecidos e, quando o estão, raramente oferecem dados confiáveis (o fato de se saber o valor de negociação das ações de uma empresa não é suficiente para saber qual o valor de cada intangível que lhe pertence).

11.4.3.4 Em tais circunstâncias, o método de transações independentes comparáveis acaba por sofrer uma limitação prática porque raramente os intangíveis se encontram separados dos demais bens transferidos em operações de mercado. São parte do todo e seus valores individuais, quando considerados, não são divulgados.

11.4.3.5 Ademais, o método incorre na falha comum ao princípio *arm's length*, ao “comparar o incomparável”, já que operações das empresas multinacionais não equivalem às operações realizadas por empresas que vão ao mercado buscar seus bens.

11.4.4 Tampouco o método de custo, sugerido pela prática americana e pela OCDE, escapa à arguta crítica de Brauner.

⁴⁹³ Cf. Andrea Muselli e Donatella M. Hunter, “Glaxo Transfer Pricing Case: Economic Rationale, Legal Framework and International Issues”. *International Transfer Pricing Journal*, maio/junho de 2007, pp. 165-173.

⁴⁹⁴ Cf. Yariv Brauner, *op. cit.* (nota 52), pp. 269 e ss.

11.4.4.1 Conforme expõe o autor, a premissa do método baseado em custo está na existência de uma relação entre o valor de um bem e seu custo, já que se o valor de um bem exceder muito seu custo, outros agentes tenderão a ingressar no mercado, visando tais lucros excessivos; por outro lado, se os custos forem mais altos que seu retorno, os investidores tenderão a se afastar.

11.4.4.2 No caso de intangíveis, o método tende a se tornar impraticável, diante da dificuldade de escolher quais os custos a serem atribuídos a cada bem.

11.4.4.3 Ademais, conforme já se apontava no Capítulo 8 desta obra, toda produção que envolva tecnologia - e aqui despontam os intangíveis - carrega o dilema de que alguns projetos podem não resultar em itens comercializáveis, mas nem por isso são eles perdidos, já que o conhecimento assim adquirido pode contribuir no desenvolvimento de novos projetos. Ademais, também o projeto de sucesso traz um "estoque" de conhecimento para novos projetos. Torna-se arbitrária, assim, qualquer alocação de custos.

11.4.4.4 Não menos problemática é a questão de qual a melhor forma de considerar os custos - os históricos ou os de reprodução. Se o custo histórico pode oferecer alguma precisão em sua quantificação, parece impraticável para a determinação do valor de um bem, quando muito mais adequada seria indagar quanto custaria para refazer aquele ativo.

11.4.4.5 Finalmente, Brauner aponta a importância de se considerarem aspectos temporais, *i.e.*, quanto maior o intervalo de tempo entre o custo e o lançamento do produto, menos confiável será o primeiro como indicativo do valor do último.

11.4.5 Nem mesmo os métodos baseados em lucro, previstos na prática norte-americana e rejeitados no Brasil (conforme visto no Capítulo 9) escapam das críticas de Brauner.

11.4.5.1 O desafio desses métodos está em basearem-se na expectativa de fluxo de rendimentos provenientes dos bens intangíveis para determinarem seu valor presente. Além das óbvias questões quanto à metodologia para apurar o lucro futuro (período a ser considerado, mercado relevante etc.), surge o problema já apontado quanto à separação dos bens intangíveis dos demais ativos da empresa (inclusive outros intangíveis), além de questões quanto à relevância de alguns intangíveis serem protegidos por patentes e outros não.

11.4.5.2 Ademais, o valor do intangível não é idêntico no momento em que é empregado pela primeira vez e ao longo do tempo: algumas vezes, sua utilização no mercado pode ampliar seu valor (mais uma vez, recorde-se o caso dos aplicativos para *smartphones*: quanto maior o número de equipamentos usando a tecnologia, tanto mais serão as pessoas interessa-

das em desenvolver aplicativos; por outro lado, quanto mais aplicativos disponíveis no mercado, maior será a demanda de aparelhos telefônicos com tal tecnologia). Noutros casos, a disseminação da tecnologia pode implicar sua banalização e, portanto, perda de valor.

11.4.5.3 Há, ainda, a dificuldade quanto à determinação da contribuição do intangível para o lucro da empresa: embora em certos casos seja possível determinar tal contribuição (como quando se comparam os preços de produtos genéricos com aqueles dotados de marcas), outros intangíveis não permitem tal quantificação.

Transfer Pricing e Intangíveis no Brasil

11.5 Por expressa disposição do parágrafo 9º do artigo 18 da Lei nº 9.430/96, as regras brasileiras de *transfer pricing* na importação não se aplicam "aos casos de *royalties* e assistência técnica, científica, administrativa ou assemelhada, os quais permanecem subordinados às condições de dedutibilidade constantes da legislação vigente". A restrição não se estende às exportações, podendo parecer que nada impediria as aplicações das regras *arm's length* do artigo 19 no caso das exportações de tecnologia. O inciso II do artigo 42 da IN nº 38/97 (reproduzido em termos semelhantes pelo artigo 43, II da IN nº 32/01 e pelo artigo 43 da IN nº 243/02) encerrou qualquer possibilidade de questionamento sobre o tema, entretanto, ao manifestar o entendimento do Fisco de que as normas sobre preços de transferência de que trata aquele ato administrativo não se aplicam aos casos de *royalties* e assistência técnica, científica, administrativa ou assemelhada. Como as instruções normativas abrangem, a par das importações, também os preços de transferência nas exportações, parecia correto entender que o Fisco não pretendia aplicar as normas do artigo 19 da Lei nº 9.430/96 às exportações de intangíveis. Todavia, novo cenário se descortinou com a edição da IN nº 1.312/12, cujo artigo 55 apenas afasta o controle de preços de transferência em relação ao "pagamento ao exterior de *royalties* e assistência técnica, científica, administrativa ou assemelhada", levando-se à conclusão de que pode vir o Fisco a exigir a comprovação de preços no caso de recebimento de tais valores (*i.e.*, exportação de tecnologia).

11.5.1 Nos termos da legislação brasileira (artigo 22 da Lei nº 4.506/64), o termo *royalties* é reservado para os rendimentos de qualquer espécie decorrentes do uso, fruição ou exploração de direitos, tais como: (a) o direito de colher ou extrair recursos vegetais, inclusive florestais; (b) o direito de pesquisar e extrair recursos minerais; (c) exploração de invenções, processos e fórmulas de fabricação e de marcas de indústria e comércio; e (d) exploração de direitos autorais, salvo quando percebidos pelo autor ou criador da obra. A "assistência técnica, científica, administrativa

ou semelhante” a que se refere a legislação fiscal abriga a tecnologia não patenteada, ou *know how*⁴⁹⁵.

11.5.2 No excelente resumo de Leonardos, são os seguintes os limites de dedutibilidade dos *royalties*:

(i) “*royalties* por licenças de patentes e marcas:

- são dedutíveis dentro dos limites determinados pela PMF nº 436/58, se houver contrato registrado no Bacen e averbado no INPI (art. 71, parágrafo único, *f* da Lei nº 4.506/64 e IN/SRF nº 005/74);
- não são dedutíveis os pagamentos entre filial no Brasil e sua matriz no exterior (art. 71, parágrafo único, *e*, 1, da Lei nº 4.506/64);
- são dedutíveis os pagamentos entre a empresa brasileira e o controlador de seu capital votante no exterior se efetuadas dentro dos limites de dedutibilidade previstos na PMF nº 436/58 e com base em contrato averbado no INPI e registrado no Bacen (art. 50, caput, da Lei nº 8.383/91);

(ii) pagamentos por *know-how*:

- são dedutíveis dentro dos limites percentuais determinados pela PMF nº 436/58, se houver contrato registrado no Bacen (art. 52, caput, *a e c* da Lei nº 4.506/64), sendo que o Bacen somente aceita registrar os contratos já averbados no INPI (cf. Comunicado Firce-Bacen nº 19, de 16.02.1972); o Fisco (embora sem fundamento legal) igualmente condiciona a dedutibilidade à averbação no INPI (cf. IN/SRF nº 005/74);
- não são dedutíveis os pagamentos entre filial no Brasil e sua matriz no exterior (art. 52, parágrafo único, *a*, da Lei nº 4.506/64);
- são dedutíveis os pagamentos entre a empresa brasileira e o controlador de seu capital votante no exterior se efetuadas dentro dos limites de dedutibilidade previsto na PMF nº 436/58 e com base em contrato averbado no INPI e registrado no Bacen (art. 50, caput, da Lei nº 8.383/91);
- o prazo-limite de 5 anos (prorrogáveis por igual período) para a dedutibilidade dos pagamentos, previsto no art. 12, § 3º, da Lei nº 4.131/62, foi revogado pelo art. 52 da Lei nº 4.506/64 e, portanto, tais pagamentos podem ser deduzidos sem qualquer limite de tempo pré-determinado por lei.⁴⁹⁶

⁴⁹⁵ Cf. Gabriel Francisco Leonardos, *Tributação da Transferência de Tecnologia*, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 79.

⁴⁹⁶ Cf. Gabriel Francisco Leonardos, *op. cit.* (nota 495), pp. 198-199.

11.5.3 As condições de dedutibilidade dos *royalties* e assistência técnica acima resumidas merecem estudo acerca de sua constitucionalidade no vigente sistema jurídico-tributário.

11.5.3.1 Com efeito, as normas acima reproduzidas são datadas de período anterior a 1995. Até aquele ano, vigia em nosso ordenamento o regime da bitributação econômica, pelo imposto de renda. De acordo com aquele regime, os lucros auferidos pela pessoa jurídica deveriam ser tributados tanto nessa quanto na pessoa de seus sócios. Dado que muitos contribuintes buscavam fugir dessa dupla incidência, mediante pagamentos exagerados, via-se o legislador tributário obrigado a limitar aqueles pagamentos, a fim de assegurar fosse o critério da bitributação jurídica alcançado plenamente. É em tal conceito que se encontrava a indedutibilidade dos *royalties* e pagamentos por assistência técnica e assemelhados. Retomando a ideia de Tipke, reproduzida nas considerações propedêuticas deste estudo, poder-se-á dizer que, tendo o legislador optado pela bitributação econômica, o Princípio da Igualdade exigiria que em nenhum caso deixasse aquela bitributação de ocorrer, sob pena de alguns rendimentos serem duplamente tributados e outros não.

11.5.3.2 O ano de 1995 marca, com a entrada em vigor do artigo 10 da Lei nº 9.249/95, a renúncia, pelo legislador do imposto de renda, à opção pela bitributação econômica. A partir daí, os lucros distribuídos pelas pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real, presumido ou arbitrado deixavam de sofrer nova tributação. Pode-se dizer, a partir de então, que lucros que já foram tributados na pessoa jurídica não sofrem tributação na pessoa física. Ao mesmo tempo, pagamentos efetuados pela pessoa jurídica a seus sócios são dedutíveis, sofrendo, outrossim, retenção na fonte. Tal, por exemplo, o caso dos juros sobre o capital próprio.

11.5.3.3 Diante dessa nova realidade, revelavam-se anacrônicas as normas que buscavam assegurar uma bitributação econômica que já não era mais desejada pelo legislador tributário. Paradigmático, nesse sentido, o caso dos excessos de retiradas de administradores: o legislador anterior limitara os pagamentos legítimos a esse título para impedir que, sob a rubrica do *pro-labore*, fugissem os lucros da pessoa jurídica da bitributação econômica que então devia se estender à generalidade dos contribuintes. Assim é que se explica a circunstância inusitada de o legislador da Lei nº 9.430/96 haver revogado aquele limite de dedutibilidade já para o ano de 1995: foi a saída do legislador de 1996 para impedir que alguns contribuintes se sujeitassem à bitributação econômica (em virtude da sobrevida do limite de dedutibilidade), enquanto a maioria dos contribuintes já não mais se sujeitava àquele limite.

11.5.3.4 O acerto do legislador de 1996 não se estendeu, entretanto, a outros resquícios do regime da bitributação econômica. Tratando-se de

royalties e assistência técnica, nenhum diploma legal revogou o limite de dedutibilidade acima exposto. É imediato que daí decorre um tratamento desigual, já que alguns contribuintes continuam sujeitos à bitributação econômica, não mais vigente para os demais.

11.5.3.5 Em defesa do limite da dedutibilidade, poder-se-ia argumentar com a teoria do ato anormal de gestão, recepcionada por nosso sistema tributário, e que apenas considera dedutíveis os pagamentos necessários e usuais à atividade da empresa⁴⁹⁷. Tal argumentação careceria, entretanto, de sustentação, quando se constatasse que os pagamentos por tecnologia, marcas e outros intangíveis são, no mais das vezes, necessários e usuais para as atividades da empresa. Fosse o argumento centrado não na necessidade do pagamento, mas apenas no seu *quantum*, então se verificaria que a discussão retornaria ao tema do princípio *arm's length*.

11.5.3.6 Com efeito, é o princípio *arm's length*, por definição, o parâmetro para a medida da razoabilidade, necessidade e usualidade de um pagamento. Atendido aquele princípio, não há como negar tais características às despesas efetuadas.

11.5.3.7 No caso dos pagamentos por *royalties* e assistência técnica e assemelhadas, o legislador deliberadamente determinou a inaplicabilidade das regras *arm's length* da Lei nº 9.430/96, optando por limites rígidos, que em nada se relacionam com a transação ou com condições que terceiros, em iguais condições, contrariariam. A favor dos limites opera, sem dúvida, a praticabilidade. Poder-se-ia, ainda, invocar o caráter indutor da norma, ao desestimular a aquisição de tecnologia no exterior. Este último argumento, entretanto, seria de difícil sustentação, já que implicaria sustentar ser contra o interesse nacional a aquisição de novas tecnologias. Tendo em vista a premente necessidade de dotar a indústria brasileira de competitividade, parece igualmente sustentável que as normas tributárias deveriam estimular, não afastar, o ingresso de tecnologia. Fica difícil, daí, sustentar a constitucionalidade do tratamento desigual entre importadores de bens tangíveis (que se sujeitam ao princípio *arm's length*) e intangíveis (cujos limites de dedutibilidade são arbitrários).

11.5.3.8 Constata-se, assim, que carece de justificativa o limite de dedutibilidade dos *royalties* e assistência técnica, já que, em síntese: (i) o princípio que o sustentava - a bitributação econômica - deixou de se aplicar desde 1995; (ii) tal limite não abriga o princípio *arm's length*, implicando desigualdade insustentável em nosso ordenamento tributário; e (iii) não se encontra na Ordem Econômica sustento suficiente para a exceção.

⁴⁹⁷ Sobre o assunto, cf. Luís Eduardo Schoueri, *op. cit.* (nota 115), pp. 155 e ss.

11.5.3.9 Inconstitucional, destarte, também o parágrafo 9º do artigo 18 da Lei nº 9.430/96, aplicando-se, portanto, à importação de intangíveis, as mesmas regras e os mesmos métodos válidos para quaisquer outros bens, direitos e serviços, sempre com base no princípio *arm's length*.

11.5.4 Nos demais casos de transações envolvendo bens intangíveis, e que não digam respeito a *royalties* ou assistência técnica, ou, ainda envolvendo, se faltarem os requisitos de registro no INPI e no Banco Central⁴⁹⁸, as regras brasileiras de preços de transferência são aplicáveis⁴⁹⁹. Surgem aqui, obviamente, questões relativas à dificuldade de aplicação dos métodos, em função da natureza dos intangíveis.

11.5.4.1 Bem intangível é figura que, até o fim de 2007, era desconhecida na legislação brasileira. Foi nesse ano que a Lei nº 11.638/07 alterou a Lei das Sociedades por Ações, passando a prever a existência de ativos intangíveis no balanço patrimonial. O inciso IV do artigo 179 da referida lei passou a exigir a inclusão, no ativo imobilizado, *os Direitos que tenham por objeto bens corpóreos destinados à manutenção das atividades da companhia ou da empresa ou exercidos com essa finalidade, inclusive os decorrentes de operações que transfiram à companhia os benefícios, os riscos e o controle desses bens*, enquanto o inciso seguinte versa sobre o que se incluir no intangível: *os direitos que tenham por objeto bens incorpóreos destinados à manutenção da companhia ou exercidos com essa finalidade, inclusive o fundo de comércio adquirido*.

11.5.4.2 Não se aplicando a disciplina dos *royalties*, nada mais resta ao operador senão restringir-se aos métodos previstos pela Lei nº 9.430/96. Se na prática internacional já ficava evidente, a partir das lições de Brauner, a extrema dificuldade na aplicação de métodos dotados de muita flexi-

⁴⁹⁸ Cf. Eliete L. R. Malheiro, "Preços de Transferência - Intangíveis, Serviços e *Cost-sharing*", in Luís Eduardo Schoueri (coord.), *Tributos e preços de transferência*, vol. 3, São Paulo: Dialética, 2009, pp. 48-74 (61).

⁴⁹⁹ A aplicação das regras de preços de transferência aos intangíveis vem sendo amplamente discutida na doutrina nacional. Cf., nesse sentido, Maurício Braga Chapinoti, "Preços de Transferência: o Princípio *Arm's Length* Aplicado a Bens Intangíveis", *Revista de Direito Tributário Internacional* vol. 3, ano 1, São Paulo: Quartier Latin, junho de 2006, pp. 125-156; Elidie Palma Bifano, "Apuração de Preços de Transferência em Intangíveis, Contratos de Prestação de Serviços, Intragruppo e *Cost Sharing Agreements*", in Luís Eduardo Schoueri (coord.), *Tributos e Preços de Transferência* vol. 3, São Paulo: Dialética, 2009, pp. 28-47; Eliete de Lima Ribeiro Malheiro, "Preços de Transferência - Intangíveis, Serviços e *Cost-Sharing*", in Luís Eduardo Schoueri (coord.), *Tributos e Preços de Transferência* vol. 3, São Paulo: Dialética, 2009, pp. 48-74; Gabriel Lacerda Troianelli, "Preço de Transferência: Intangíveis, Acordos de Repartição de Custos e Serviços de Grupo", in Luís Eduardo Schoueri (coord.), *Tributos e Preços de Transferência* vol. 3, São Paulo: Dialética, 2009, pp. 75-92.

bilidade, a situação fica ainda mais difícil diante da rigidez da sistemática brasileira.

11.5.4.3 Reproduzem-se, pela lucidez e capacidade de síntese, comentários de Elidie Palma Bifano a esse respeito:

“ i) métodos comparativos, PIC e PVEx, são aplicáveis somente se há operações anteriores, com a ressalva de que um bem só vale em função do interesse que o mercado, no caso o comprador, tem nele. Não, necessariamente, operações anteriores com intangíveis foram feitas nas condições de operações atuais (uso, expectativa de rentabilidade, participação no mercado etc.);

ii) método do custo de aquisição mais margem, utilizado na importação e na exportação, dificilmente aplicável quando há segredos de mercado envolvidos, o que pode ser o caso de intangíveis voltados a processos e produtos;

iii) preço de revenda menos lucro, de impossível utilização na aquisição de intangíveis, ao que se sabe, sempre para uso.”⁵⁰⁰

11.5.4.4 A rigidez dos métodos torna-se ainda mais problemática diante do fato de que a disciplina dos preços de transferência não se limita à cessão dos ativos contabilizados como tal. Um bom exemplo pode ser dado quando uma subsidiária de um grande grupo multinacional obtém créditos, ou consegue celebrar contratos com grandes contratantes (ou mesmo com o governo) por contar com a garantia (ou com o respaldo) de sua controladora.

11.5.4.4.1 A problemática de preços de transferência oriunda da hipótese em que uma subsidiária necessita captar recursos em instituição financeira e, por não possuir ativos suficientes, conta com empresa do grupo como garantidora da dívida, captando daí recursos com juros mais atraentes, é exemplo trazido por Eliete de Lima Ribeiro Malheiro, que relata que nos Estados Unidos e no Canadá, a tendência seria de dar a tal garantia o tratamento de juros⁵⁰¹.

11.5.4.4.2 Não parece ser essa solução possível na sistemática brasileira, já que a rigidez dos métodos implica que o tratamento dos juros, previsto no artigo 22 da Lei nº 9.430/96, seja aplicado aos *juros pagos ou creditados a pessoa vinculada*. Não seria possível, posto que por analogia, aplicar tal disciplina à concessão de garantia, já que falta o requisito de juros pagos.

⁵⁰⁰ Cf. Elidie P. Bifano, “Apuração de Preços de Transferência em Intangíveis, Contratos de Prestação de Serviços, Intragruppo e *Cost Sharing Agreements*”, in Luís Eduardo Schoueri (coord.), *Tributos e Preços de Transferência* vol. 3, São Paulo: Dialética, 2009. p. 28-47 (36).

⁵⁰¹ Cf. Eliete L. R. Malheiro, *op. cit.* (nota 498), p. 69.

11.5.4.4.3 Além deste ponto, há que recordar, com Eliete Malheiro, a “barreira de ordem prática”, já que as regras do Banco Central para remessa de valores são restritas e não se conseguiria fazer um pagamento de recursos a título de juros, já que a operação principal de empréstimo teria sido celebrada com uma instituição financeira e os “juros” seriam pagos à garantidora, no exterior.

11.5.4.4.4 Na verdade, tampouco o tratamento como serviço seria de fácil solução, já que, no exemplo relatado, não parece haver uma obrigação de fazer propriamente dita.

11.5.4.4.5 Restaria a qualificação como a cessão de um direito, expressão ampla o suficiente para cobrir intangíveis não enquadrados nas categorias de “bens” e “direitos”. A empresa estrangeira teria conferido à empresa brasileira o “direito” de envolver o patrimônio da primeira como garantia da operação.

11.5.4.4.6 O desconforto da qualificação jurídica acima relatada é mero reflexo da complexidade da própria operação considerada, posto não ser inusual. Apenas mais um caso em que se exige de empresas pertencentes a um grupo multinacional que apurem seus lucros segundo o fariam terceiros independentes (*arm's length*) quando, em verdade, a transação não se explica, senão por se tratar de empresas pertencentes a um mesmo grupo. Não há como comparar a garantia dada por uma empresa de um grupo multinacional a pessoa ligada, com a garantia oferecida por um banco. Dentre outras diferenças, basta lembrar que a garantidora tem muito mais conhecimento (e mesmo controle) para averiguar os riscos que corre ao garantir dívida de empresa a ela vinculada.

12. *Transfer Pricing* e as Regras *Safe Harbour*

Delimitação Conceitual

12.1 A expressão de origem anglo-saxônica *safe harbour* (por vezes substituída pela expressão sinônima *safe haven* e noutras encontradas com a grafia *safe harbor*) denota um porto seguro. Originariamente, dá a ideia de um lugar onde se podem atracar, com segurança, as embarcações. Em matéria fiscal, a expressão é geralmente usada para referir situações, contempladas pelo legislador, nas quais algumas categorias de contribuintes devem preencher determinadas condições, de regra mais simples que aquelas impostas aos demais, ficando desobrigados das últimas.

12.1.1 No Glossário da *International Fiscal Association*, a expressão *safe harbour* é utilizada para designar um padrão objetivo ou medida, tal como um intervalo, percentagem ou valor absoluto, que pode ser utilizado pelo contribuinte como uma alternativa a uma regra baseada em fatores subjetivos ou em fatos e circunstâncias incertos⁵⁰².

12.1.2 No contexto dos preços de transferência, as exigências administrativas de um *safe harbour* podem ir desde uma total exoneração da obrigação de atender às normas nacionais de preços e transferência, até a obrigação de atender a diversos deveres instrumentais (por exemplo: exigência de o contribuinte estabelecer seus preços de transferência por um método mais simplificado, ou de dar informações específicas etc.) como condição para fazer jus ao *safe harbour*.

12.1.3 O *safe harbour* pode ter o efeito de excluir determinadas transações do escopo de aplicação das normas de preços de transferência (por exemplo, mediante a definição de patamares mínimos), ou de permitir que a elas se apliquem regras mais simplificadas (por exemplo, fixando faixas nas quais os preços ou lucros devem encaixar-se)⁵⁰³.

12.1.4 Os objetivos gerais das regras de *safe harbour*, em matéria de preços de transferência, são: simplificação das exigências feitas aos contribuintes para determinação dos preços de transferência; conferir certeza aos contribuintes de que seus preços de transferência serão aceitos pela Administração; e simplificar a atividade da própria administração⁵⁰⁴.

12.1.5 Com efeito, a adoção de regras de *safe harbour* tem o condão de possibilitar a redução dos ônus que recaem sobre a Administração e os

⁵⁰² "A safe harbour may be defined as an objective standard or measure, such as a range, percentage, or absolute amount, which can be relied on by a taxpayer as an alternative to a rule based on more subjective or judgmental factors or uncertain facts or circumstances." Cf. "Safe harbour [Safe haven]" (verbete), *op. cit.* (nota 2), p. 371.

⁵⁰³ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), parágrafo 4.96.

⁵⁰⁴ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), parágrafo 4.98.

contribuintes em relação às transações submetidas a controle de preços de transferência.

12.1.6 Quanto à certeza conferida ao contribuinte, esta consiste no fato de que ele saberá que em determinadas situações haverá uma mitigação ou eliminação dos ônus de comprovação dos preços praticados em operações com empresas vinculadas.

12.1.7 A rigor, poderia o Poder Público exigir que todas as operações se sujeitassem, sempre, ao controle da fiscalização de preços de transferência, sem a indicação de qualquer *safe harbour*.

12.1.8 Se assim não faz o Poder Público é porque não lhe é interessante, seja por exigir um esforço exagerado dos seus contribuintes, seja por impor-lhe um sacrifício desmesurado. Pode, por exemplo, ocorrer de o volume, porcentagem de vendas ou outro elemento não ser suficientemente relevante para a Administração a ponto de justificar todo o esforço que o contribuinte terá para adequar suas operações ou mesmo os custos do órgão fiscalizador para verificar essas operações.

12.1.9 A interpretação das regras de *safe harbour* deve, portanto, partir da premissa de que elas não existem para cumprir qualquer exigência do princípio *arm's length*, mas, ao contrário, para flexibilizar essas exigências, evitando um dispêndio exagerado dos contribuintes ou da fiscalização para verificar o seu cumprimento.

12.1.10 A razão da criação de regras de *safe harbour* não apresenta diferenças fundamentais de outras regras internas que venham, por exemplo, a excluir de execução fiscal dívidas limitadas até um certo valor. Apresentam uma utilidade prática simples, mas fundamental para a eficiência da Administração Pública.

Safe Harbours no Direito Estrangeiro

12.2 Em diversos países podem ser observadas regras de *safe harbour*, tais como Alemanha, Áustria, Hong Kong, Paraguai, Israel, Japão, Holanda, Luxemburgo, Suíça, Reino Unido, Portugal, EUA, Noruega, México, Itália e Dinamarca.

12.2.1 Com base na análise das distintas legislações sobre o tema, Guglielmo Maisto propõe duas classificações das regras de *safe harbour*. A primeira distingue as regras gerais (adotadas, dentre outros países, por Reino Unido, Áustria e Holanda), que alcançam automaticamente determinadas situações, das regras individuais (presentes, por exemplo, em Portugal, na Dinamarca e na Itália), as quais exigem que o contribuinte requirite às autoridades tributárias autorização expressa para aplicá-las ao caso concreto⁵⁰⁵.

⁵⁰⁵ Cf. Guglielmo Maisto, "Transfer Pricing in the Absence of Comparable Market Prices - General Report", *TP - Supplement n° 16*, International Bureau of Fiscal Documentation, julho de 1995, p. 32.

12.2.2 A segunda classificação, por seu turno, procura separar as regras "transacionais" das "não transacionais". Nas primeiras, a aproximação adota como critério determinadas transações praticadas pelos contribuintes, como locações e empréstimos (caso das regras dos EUA) ou operações que envolvam petróleo (caso das regras da Noruega). Já as regras "não transacionais", adotadas, dentre outros países, por Áustria, Suíça e Luxemburgo, referem-se a situações genéricas, que podem compreender inúmeras transações (por exemplo, auferir lucros em determinadas margens)⁵⁰⁶.

12.2.3 Predominantemente, as regras de *safe harbour* são estabelecidas pelas autoridades fiscais, exceto nos casos da Colômbia e do Brasil, cujas legislações trazem previsões específicas acerca de tais regras.

12.2.4 O Relatório da OCDE de 1979 (*1979 OECD Report*) não trazia recomendações específicas no que diz respeito aos *safe harbours*, muito embora apontasse que, em determinadas situações, estes poderiam ser arbitrários, pois raramente acomodariam as variáveis do mercado⁵⁰⁷.

12.2.5 A OCDE assumiu a posição de que a fixação de um valor nominal que conceda ao contribuinte a opção de demonstrar a adequação do preço real pode ser considerada compatível com o princípio *arm's length*. Pelo contrário, um valor fixo que não concedesse tal opção ao contribuinte seria incompatível com o referido princípio⁵⁰⁸.

12.2.6 Não obstante, o posicionamento inicial da organização era claramente contrário a tais regras, ao apontar que as desvantagens das regras de *safe harbour* preponderariam sobre as vantagens, recomendando a não utilização de tais regras. Para aqueles ordenamentos que optassem por veiculá-las, a OCDE advertia que o contribuinte poderia ter de enfrentar considerável risco de dupla tributação quando os *safe harbours* mostrassem-se incompatíveis com resultados *arm's length*⁵⁰⁹.

12.2.6.1 Em que pese a OCDE ter tradicionalmente se posicionado de modo ostensivamente contrário à adoção de *safe harbours*, é interessante ver que a organização, a partir da experiência colhida em diversos de seus membros, parece estar pronta para reavaliar sua posição sobre o tema. É neste contexto que, em junho de 2012, o Grupo de Trabalho n° 6 do Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE publicou *public discussion draft* sugerindo a revisão dos dispositivos dos *Guidelines* que tratam da questão⁵¹⁰.

⁵⁰⁶ Cf. Guglielmo Maisto, *op. cit.* (nota 505), p. 32.

⁵⁰⁷ Cf. OECD, "Report of the OECD Committee on Fiscal Affairs on Transfer Pricing and Multinational Enterprise (1979)", *TP - Supplement n° 19*, International Bureau of Fiscal Documentation, novembro de 1996, p. 11.

⁵⁰⁸ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), pp. IV-33

⁵⁰⁹ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), parágrafos 4.108 e seguintes.

⁵¹⁰ Cf. OCDE, *Proposed Revision of the Section on Safe Harbours in Chapter IV of the OECD Transfer Pricing Guidelines and Draft Sample Memoranda of Understanding*

12.2.6.2 O documento, que começa por reconhecer o tom negativo que os *Guidelines* possuem em relação ao tema, assinala que a adoção de *safe harbours* por membros da OCDE, em situações corriqueiras vivenciadas por pequenos contribuintes, tem sido avaliada de modo positivo tanto por estes quanto pela própria administração tributária, que se vê livre para direcionar seus esforços a casos de maior complexidade.

12.2.6.3 Assim é que, na nova redação sugerida para as suas recomendações sobre a utilização de *safe harbours* (*recommendations on use of safe harbours*) constantes dos *Guidelines*, a OCDE, embora permaneça apontando os riscos inerentes à adoção de tais regras (impactos negativos na arrecadação, possível dupla tributação), deixa de posicionar-se de modo absolutamente contrário ao *safe harbour* e passa a afirmar que, em casos envolvendo pequenos contribuintes ou transações de baixa complexidade, os benefícios derivados de um *safe harbour* podem superar os seus malefícios. Para se evitar os riscos de dupla tributação ou não tributação, a OCDE sugere a adoção, ademais, de *safe harbours* bilaterais ou multilaterais, apresentando, para tanto, modelo de um memorando de entendimentos a ser considerado pelas autoridades competentes com vistas à implementação de um *safe harbour* bilateral.

12.2.7 Em uma perspectiva internacional, a introdução de *safe harbour* tende a induzir os contribuintes a atenderem as metas propostas por Fiscos nacionais, desconsiderando o princípio *arm's length*. Dado que possivelmente o outro Estado envolvido não adotará idênticos parâmetros de *safe harbour*, encontra-se, de um lado, o risco de bitributação e, de outro, de efetivos desvios de lucros para o Estado cujas regras de *safe harbour* proporcionem um tratamento tributário menos gravoso⁵¹¹.

12.2.8 De fato, as regras de *safe harbour* podem, em alguns casos, produzir uma alocação de renda distorcida entre os países interessados, representando para um dos Fiscos certo risco de perda de arrecadação tributária. Tal risco pode levar as autoridades fiscais a rejeitar *safe harbours*, porquanto eles demandariam procedimentos de coordenação previstos por tratados, de modo a evitar o surgimento de conflitos entre dois ajustes de preços de transferência divergentes entre si. Em tal cenário, parece interessante a sugestão proposta na manifestação da OCDE, acima referida, pela busca de entendimentos bilaterais ou multilaterais sobre o tema.

12.2.9 A OCDE menciona duas formas pelas quais podem ser aplicados os *safe harbours*: a definição de determinadas transações controladas que se excluem do controle dos preços de transferência ou o estabelecimen-

for *Competent Authorities to establish Bilateral Safe Harbours*, Paris, publicação oficial, junho de 2012.

⁵¹¹ Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), parágrafos 4.103 e seguintes.

to de regras simplificadas para a análise, como, por exemplo, a criação de faixas de preços tidas como aceitáveis⁵¹².

12.2.10 Ademais, a organização recomenda que as regras de *safe harbour* sejam aplicadas de forma não discriminatória, bem como que proporcionem ao contribuinte um resultado mais favorável do que aquele eventualmente obtido com os parâmetros *arm's length*⁵¹³.

12.2.11 Vê-se, em síntese, da análise do direito estrangeiro, que as regras de *safe harbour* são voltadas à simplificação das exigências tributárias. Por constituírem exceção ao princípio *arm's length*, têm campo de aplicação parcimonioso, não sendo de boa hermenêutica sua extensão aos casos não expressamente contemplados.

12.2.12 Tendo em vista as considerações supra-apontadas acerca dos *safe harbours* no direito estrangeiro, pode-se passar ao exame das disposições da legislação pátria em relação ao tema.

Regras de *Safe Harbour* no Direito Brasileiro

12.3 Na legislação brasileira de preços de transferência podem ser encontradas algumas regras de *safe harbours*, aplicáveis somente às empresas exportadoras estabelecidas no Brasil.

12.3.1 Os *safe harbours* previstos pela legislação brasileira, seguindo, como visto, a prática estrangeira, são voltados à simplificação das exigências feitas aos contribuintes para determinação dos preços de transferência.

12.3.2 Essa simplificação proporciona ao contribuinte uma mitigação dos ônus de comprovação dos preços de transferência e confere-lhe maior segurança no que diz respeito à aceitação destes preços pela Administração.

12.3.3 De outra parte, tal simplificação facilita a própria atividade de fiscalização da Administração, permitindo que esta concentre seus recursos e esforços em outras operações mais relevantes.

12.3.4 As normas de *safe harbour*, cabe advertir, não modificam quaisquer elementos da hipótese tributária do IRPJ e da CSL, tributos estes que continuam a ser devidos pelo contribuinte da forma como a legislação tributária determina. Longe de modificar a base de cálculo do tributo, aquelas normas apenas afirmam que, presentes determinadas condições, a Administração entenderá que a empresa atende as exigências legais concernentes aos preços de transferência. Trata-se, pois, de mera instrução à Administração sobre como proceder em relação às fiscalizações.

⁵¹² Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 21), parágrafo 4.96.

⁵¹³ CF. OECD, "Report of the OECD Committee on Fiscal Affairs on Transfer Pricing and Multinational Enterprises: Three Taxation Issues (1984)", *TP - Original Release*, International Bureau of Fiscal Documentation, novembro de 1994, p. 21.

12.3.5 Outrossim, as normas de *safe harbour* caracterizam-se como previsões excepcionais inseridas no ordenamento jurídico tributário, porquanto conferem às transações compreendidas em determinada faixa o benefício de aceitação pelo Fisco sem maiores questionamentos, os quais como regra se aplicam às demais transações.

12.3.6 Como normas jurídicas de exceção, os *safe harbours* de simplificação devem ser interpretados de forma estreita, atentando-se à rigidez dos limites de aplicabilidade que lhes são inerentes⁵¹⁴.

12.3.7 Tal constatação, entretanto, não equivale a afirmar que as barreiras do campo de aplicação da norma devam ser recuadas, excluindo-se de tal campo hipóteses que nela estão previstas, recaindo em uma inadmissível interpretação restritiva⁵¹⁵.

12.3.8 Assim, as normas de *safe harbour* devem ser interpretadas de forma estrita, mas não restritiva, possibilitando que o sentido das disposições que trazem seja seguido como se apresenta, sem sofrer restrição ou extensão.

12.3.9 Podem ser identificadas no direito pátrio normas de *safe harbour* na Lei nº 9.430/96, na IN nº 243/02 (cuja base legal veio a ser conferida, posteriormente, pela Lei nº 10.833/03) e, hodiernamente, na IN nº 1.313/12, consoante se examinará a seguir.

Safe Harbours Disciplinados pela Lei nº 9.430/96

12.4 Embora a definição internacional de *safe harbour* faça referência àquelas simplificações decorrentes de atos da própria administração, o caso brasileiro permite que se identifiquem as regras de *safe harbour* na própria lei.

12.4.1 Como exemplo, cita-se o caso do *caput* do artigo 19 da Lei nº 9.430/96, que cria uma regra de inclusão/exclusão nas normas de preços de transferência para as exportações⁵¹⁶. No caso de *commodities* sujeitas ao

⁵¹⁴ Geralmente, as normas jurídicas aplicam-se a todos os casos que, embora não designados pela expressão literal do texto, acham-se nele compreendidos. Quando isso não se verifica, ou seja, quando a letra de um artigo parece adaptar-se somente a uma hipótese excepcional, seu texto deve ser interpretado de modo estrito. Cf. Carlos Maximiliano, *op. cit.* (nota 253), p. 225.

⁵¹⁵ "Uma interpretação restritiva ocorre toda vez que se limita o sentido da norma, não obstante a amplitude de sua expressão literal. Em geral, o intérprete vale-se de considerações teleológicas e axiológicas para fundar o raciocínio. Supõe, assim, que a mera interpretação especificadora não atinge os objetivos da norma, pois lhe confere uma amplitude que prejudica os interesses, ao invés de protegê-los." (Cf. Tércio Sampaio Ferraz Jr., *op. cit.* (nota 85), p. 291)

⁵¹⁶ A respeito desse *safe harbour*, ver o Acórdão nº 16-21.130, de 22/04/09, da 5ª Turma da DRJ/SP. No Acórdão nº 16-22.119, de 14/07/09, também da 5ª Turma da DRJ/SP, determinou-se que "o fato de não ser possível se verificar se o preço médio pratica-

método PECEX, o artigo 19-A da Lei nº 9.430/96 exclui, em seu parágrafo 4º, a possibilidade de se aplicar o *safe harbour* veiculado pelo citado artigo 19.

12.4.2 Segundo o artigo 19 da Lei nº 9.430/96, desde que o preço médio (líquido de frete e seguro suportados pela exportadora) praticado na venda dos bens, serviços ou direitos, nas exportações efetuadas a pessoas vinculadas, durante o período de apuração do imposto, seja igual ou superior a noventa por cento do preço médio⁵¹⁷ (líquido dos descontos incondicionais concedidos, do frete, do seguro, do ICMS, da COFINS, PIS/PASEP e outros encargos cobrados pelo poder público e suportados pela vendedora) praticado na venda dos mesmos bens, serviços ou direitos, no mercado brasileiro, durante o mesmo período e em condições de pagamento semelhantes, fica o contribuinte dispensado de comprovar a compatibilidade de seus preços com o princípio *arm's length*⁵¹⁸.

do nas exportações de bens a empresas vinculadas é inferior a noventa por cento do preço médio praticado na venda dos mesmos bens no mercado brasileiro, durante o mesmo período, em condições de pagamento semelhantes, por se tratar de produtos 'customizados', não exige a contribuinte de se submeter ao controle da legislação relativa aos preços de transferência". Sobre a aplicação do dispositivo, também o Acórdão nº 1301-000.484, prolatado pelo CARF em 27/01/11.

⁵¹⁷ Eis o que se dispõe na Solução de Consulta nº 04, de 16/06/10, sobre o *safe harbour* em comento: "A relação percentual de 90% (noventa por cento) a que se refere o *caput* do art. 19 da Lei nº 9.430, de 1996, tem o condão de desobrigar o contribuinte, sujeito aos controles de preços de transferência, do ônus de comprovar ao Fisco, por meio de cálculos de preços parâmetros, a inoportunidade de manipulações de preços de exportação, merecedoras de correção das bases de cálculo dos mencionados tributos. Pela constatação de que a adequação a este limite pode repercutir negativamente sobre as referidas bases de cálculo, vez que dispensa o contribuinte do cálculo de preços parâmetros para exportações, há impossibilidade de que se calcule a relação percentual em questão com base em operações de exportação e de comercialização no mercado interno que não envolvam os mesmos bens, sob pena de a relação percentual em comento ser manipulada, em detrimento das bases tributáveis brasileiras."

⁵¹⁸ Vale notar que o texto legal não faz a referência à qualidade das exportações ou das vendas internas, podendo parecer que o preço médio das exportações também incluiria as vendas a pessoas não vinculadas. Ao mesmo tempo, enquanto o parágrafo 8º determina que as vendas internas somente sejam consideradas se praticadas entre compradores e não vinculados, para efeito do disposto no parágrafo 3º do mesmo artigo 19 da Lei nº 9.430/96, o parágrafo 3º do artigo 14 da IN nº 243/02 estende tal exigência a todo aquele dispositivo. Assim, pela leitura da lei, poder-se-ia entender que a regra de *safe harbour* exige mera comparação dos preços médios de exportações (vinculadas e não vinculadas) com os preços de operações internas (vinculadas e não vinculadas). Pela IN nº 243/02, teríamos a comparação do preço médio de exportações (vinculadas e não vinculadas) com o preço médio de vendas internas com pessoas não vinculadas. Dispositivo com conteúdo equivalente foi reproduzido no artigo 20, parágrafo 3º da IN nº 1.312/12. A solução proposta acima parece, en-

12.4.2.1 Vale adiantar, nesse ponto, os reflexos da edição do artigo 36 da Lei nº 11.196/05, a ser analisado em tópico posterior. Tal dispositivo visa a mitigar os efeitos nocivos da variação cambial nas exportações, para fins de aplicação das regras de preços de transferência brasileiras, dispondo, em seu *caput*:

“Art. 36. Fica o Ministro da Fazenda autorizado a instituir, por prazo certo, mecanismo de ajuste para fins de determinação de preços de transferência, relativamente ao que dispõe o *caput* do art. 19 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, bem como aos métodos de cálculo que especificar, aplicáveis à exportação, de forma a reduzir impactos relativos à apreciação da moeda nacional em relação a outras moedas.”

12.4.2.2 Com base nessa norma, foi editada, pela primeira vez, em 29 de dezembro de 2005, a Portaria MF nº 436, segundo a qual poderão ser ajustados, para o ano-calendário de 2005, mediante multiplicação, pelo fator de 1,35, (i) as receitas de vendas de exportações, para efeito do cálculo de comparação com as vendas do mesmo bem no mercado interno, e (ii) o preço praticado pela pessoa jurídica nas exportações para pessoas vinculadas, para efeito de comparação com o preço-parâmetro calculado pelo método do CAP.

1.2.4.2.2.1 Desde então, anualmente o Ministério da Fazenda edita portarias estabelecendo fatores de ajuste com a finalidade de mitigar os efeitos nocivos da valorização do real em face das demais moedas.⁵¹⁹

12.4.3 Conforme já se referiu, outro *safe harbour* disciplinado pela redação original Lei nº 9.430/96 versava sobre o caso dos juros, quando se via que, para contratos registrados no Banco Central do Brasil, o parágrafo 4º do artigo 22 admitia quaisquer juros, desde que determinados com base na taxa registrada. Entretanto, como se verá abaixo, essa possibilidade desapareceu com a entrada em vigor das Leis nº 12.715/12 e nº 12.766/12.

Safe Harbours Disciplinados pela Lei nº 10.833/03, pela IN nº 243/02 e pela IN nº 1.312/12 (na Redação da IN nº 1.322/13)

12.5 A pioneira IN nº 38/97 trouxe novas hipóteses de *safe harbour* de simplificação para as exportações nos seus artigos 33 e 34 (artigos 35 e 36

tretanto, mais de acordo com a sistemática proposta pela legislação brasileira.

⁵¹⁹ Para 2006, a Portaria MF nº 425/06 estabeleceu o fator de ajuste de 1,29; em 2007, fixou-se o fator de 1,28, através da Portaria MF nº 329/07; para o ano de 2008, a Portaria MF nº 310/08 determinou a aplicação do fator de 1,20; para 2010, o fator de 1,09 foi estabelecido pela Portaria MF nº 4/11; para 2011, a Portaria MF nº 563/12 fixou o fator de 1,11; para 2012, a Instrução Normativa 1.321/13 fixou o fator de 1,00 (um inteiro). Não houve portaria do Ministério da Fazenda prevendo um fator de ajuste a ser aplicado para o ano-calendário de 2009.

da IN nº 243/02, artigos 48 a 50 da IN nº 1.312/12), ao tratar da dispensa de comprovação de adequação aos métodos dos preços de transferência. Posteriormente, no entanto, o legislador tributário atribuiu base legal expressa aos *safe harbours* veiculados aos atos administrativos, por meio do artigo 45 da Lei nº 10.833/03, o qual abaixo se transcreve:

“Art. 45. A Secretaria da Receita Federal poderá estabelecer normas, tendo em vista condições especiais de rentabilidade e representatividade de operações da pessoa jurídica, disciplinando a forma de simplificação da apuração dos métodos de preço de transferência de que trata o art. 19 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

§ 1º O disposto no *caput* não se aplica em relação às vendas efetuadas para empresa, vinculada ou não, domiciliada em país ou dependência com tributação favorecida, ou cuja legislação interna oponha sigilo, conforme definido no art. 24 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e art. 4º da Lei nº 10.451, de 10 de maio de 2002.” (g.n.)

12.5.1 Consoante se infere do *caput* desse dispositivo, o legislador tributário pátrio conferiu à Receita Federal o poder de estabelecer normas de *safe harbour* (“normas disciplinando a forma de simplificação da apuração dos métodos de preço de transferência”) para as transações controladas de exportação de bens e serviços, transações estas disciplinadas pelo já mencionado artigo 19 da Lei nº 9.430/96. Tais normas, determina o mesmo artigo 45, devem considerar condições especiais de rentabilidade e representatividade de operações da pessoa jurídica.

12.5.2 Outrossim, de acordo com o parágrafo 1º do dispositivo sob análise, a autorização para que a Receita Federal veicule normas de *safe harbour* para as exportações não se aplica em relação às vendas efetuadas para empresas domiciliadas em paraísos fiscais.

12.5.3 Não é demais lembrar que o artigo 45 da Lei nº 10.833/03 estabelece que as autoridades fiscais poderão veicular normas de simplificação da apuração de preços de transferência nas operações de exportação para empresas vinculadas, não colocando tal veiculação como um dever da Administração.

12.5.4 Parece claro que as normas de *safe harbour* previstas nos atos administrativos são meras instruções conferidas aos funcionários da Administração para que estes aceitem comprovações simplificadas da adequação de operações de exportação lucrativas às normas de preços de transferência.

12.5.5 Nesse passo, tais normas demonstram uma opção, por parte das autoridades tributárias, de simplificar os procedimentos fiscalizatórios que recaem em determinadas situações sujeitas ao controle de preços de

transferência, quais sejam, as transações de exportação para empresas vinculadas, que sejam dotadas de baixa representatividade ou alta lucratividade. Mais uma vez, insista-se que não se trata de modificação dos critérios para a apuração dos preços de transferência, mas apenas dos procedimentos a serem adotados pela Administração na sua fiscalização.

12.5.6 Passando-se à análise dos mecanismos previstos por atos administrativos, verifica-se que a IN nº 243/02, tinha, em seu artigo 36, um *safe harbour* que permitia a comprovação da adequação dos preços praticados em exportações com base nos documentos relacionados com a própria operação, quando a receita líquida de exportações da pessoa jurídica, no ano calendário, não excedesse a cinco por cento do total da receita líquida no mesmo período. Abaixo se transcreve o mencionado dispositivo:

“Art. 36. A pessoa jurídica, cuja receita líquida das exportações, no ano-calendário, não exceder a cinco por cento do total da receita líquida no mesmo período, poderá comprovar a adequação dos preços praticados nessas exportações, exclusivamente com os documentos relacionados com a própria operação.

Parágrafo único. No cálculo da receita líquida de exportação a que se refere o *caput* devem ser também incluídas as receitas de vendas efetuadas para pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas em país com tributação favorecida.”

12.5.6.1 Para ilustrar a disposição contida nesse artigo, propõem-se duas situações, sendo que apenas na primeira a receita líquida das exportações é inferior à margem de 5% da receita líquida total verificada no mesmo período:

RLT = Receita líquida total
RLE = Receita líquida das exportações

Situação 1

- RLT em 2003 R\$ 200.000 100%
- RLE em 2003 R\$ 5.000 2,5%
→ $RLE \leq 5\% RLT$

Situação 2

- RLT em 2004 R\$ 100.000 100%
- RLE em 2004 R\$ 10.000 10%
→ $RLE > 5\% RLT$

12.5.6.2 Por meio da norma acima explanada, o Poder Público dispensava de um esforço exagerado e desmesurado (comprovação dos preços praticados) o contribuinte que não tenha nas exportações uma atividade representativa no cômputo de suas operações econômicas.

12.5.6.3 Importa notar que a regra do artigo 36 não se aplicava no caso de vendas efetuadas para empresas vinculadas domiciliadas em países com tributação favorecida, nos termos do artigo 37, I, da IN nº 243/02, ou cuja legislação interna opusesse sigilo. Confira-se:

“Art. 37. O disposto nos arts. 35 e 36:

I - não se aplica em relação às vendas efetuadas para empresa, vinculada ou não, domiciliada em país ou dependência com tributação favorecida, ou cuja legislação interna oponha sigilo, conforme definido no art. 39;

(...)”

12.5.6.4 Consoante dispunha o inciso II do artigo 37, o valor da receita reconhecida com base no preço praticado poderia ser impugnado, se inadequado, em procedimento de ofício, pela Receita Federal⁵²⁰, a quem caberia o ônus de demonstrar tal inadequação. Não há ilegalidade, já que, como apontado, é faculdade da Administração simplificar, ou não, o procedimento de fiscalização dos contribuintes; procedimento simplificado ou não, buscar-se-á, sempre, investigar se os preços praticados são compatíveis com o parâmetro da lei.

12.5.6.5 O *safe harbour* em análise foi mantido pela IN nº 1.312/12, em seu artigo 49. Entretanto, o artigo 50 esclarece que não se aplica o *safe harbour*, além das hipóteses anteriormente previstas de vendas a países com tributação favorecida ou regime fiscal privilegiado, à *hipótese de exportação de commodities sujeitas à cotação em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas*, já que nesse caso, o método PECEX é obrigatório.

12.5.7 Por fim, mencione-se o *safe harbour* disciplinado pelo atual artigo 51 da IN nº 1.312/12 (antigos artigos 36, 37 e 38 das IN nº 38/97, nº 32/01 e nº 243/02), que admite margens de divergência de até cinco por cento, entre o parâmetro encontrado a partir dos métodos propostos e os preços constantes dos documentos de importação e exportação. Veja-se:

“Art. 51. Será considerada satisfatória a comprovação, nas operações com pessoas jurídicas vinculadas, quando o preço ajustado, a ser utilizado como parâmetro, diverja, em até 5% (cinco por cen-

⁵²⁰ Nesse sentido, no Acórdão nº 16-22.837, de 16/09/09, da 2ª Turma da DRJ/SP, estabeleceu-se que “as receitas de exportação inferiores a 5% (cinco por cento) da receita total do contribuinte em determinado ano-calendário sujeitam-se aos controles previstos na legislação relativa aos preços de transferência nos casos em que os preços praticados nestas exportações mostram-se inadequados”. Sobre margem de divergência, cf. também Acórdão nº 01-14.684, de 23/07/09, da 1ª Turma da DRJ-Belem/PA; Acórdão nº 16-21.130, de 22/04/09 e Acórdão nº 16-20.137, de 19/01/09, ambos da 5ª Turma da DRJ/SP.

to), para mais ou para menos, daquele constante dos documentos de importação ou exportação.

§ 1º Na hipótese descrita no *caput*, nenhum ajuste será exigido da pessoa jurídica na apuração do imposto sobre a renda, e na base de cálculo da CSLL.

§ 2º A margem de que trata o *caput* será de 3% (três por cento) na hipótese de importação ou exportação de *commodities* sujeitas à cotação em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas, quando deverá ser utilizado o método do Preço sob Cotação na Importação (PCI) ou o método do Preço sob Cotação na Exportação (PECEX), definido nos arts. 16 e 34, respectivamente.”

12.5.7.1 Assim, nas hipóteses em que o preço-parâmetro, calculado segundo algum dos métodos previstos em lei, divirja em até 5% daquele efetivamente praticado, a comprovação será considerada satisfatória segundo os próprios valores constantes nos documentos de importação ou exportação⁵²¹.

12.5.7.2 A admissão de margens de divergência acaba levando o sistema brasileiro de preços de transferência, posto que por via transversa, a admitir o emprego de faixas (*ranges*) de preços tolerados, já que o parâmetro encontrado já não mais se torna obrigatório, admitindo-se preços dentro de uma faixa de mais ou menos cinco por cento em relação ao parâmetro.

12.5.7.3 As margens de divergência aplicam-se aos preços já ajustados, ou seja, após efetuadas as adequações de comparabilidade. Assim, nos casos de prazos de pagamento diversos, por exemplo, deve-se, primeiramente, ajustar os preços ao valor presente, para depois se verificar a adequação dos preços, observada a tolerância de 5%, conforme permite a legislação.

12.5.7.4 Se a divergência ultrapassar os 5%, entretanto, o valor a ser adicionado ao lucro líquido será o total da diferença entre o preço-parâmetro e o preço praticado. Ou seja: embora se tenha falado, acima, em uma faixa de preços tolerados, o ajuste de preços de transferência se faz a partir do centro da faixa, *i.e.*, do próprio preço-parâmetro.

12.5.7.5 A margem de divergência tolerada de 5% cai para 3% no caso de *commodities*. Este aspecto poderá trazer dificuldades em mercados cuja oscilação de preços diária seja maior que esse percentual.

⁵²¹ Com efeito, o antigo Conselho de Contribuintes, por meio dos Acórdãos nº 101-95.211, de 19/10/05, e nº 105-17.077, de 25/06/08, reconheceu o afastamento dos ajustes de preços de transferência nas operações em que o preço praticado e o valor arbitrado divirjam em no máximo 5%.

12.5.7.6 Uma vez examinados os *safe harbours* dos artigos 49 e 51 da IN nº 1.312/12, passar-se-á à análise do *safe harbour* previsto no artigo 35 da IN nº 243/02 e suas alterações substanciais, por meio da IN nº 1.312/12. Este *safe harbour*, por ter se caracterizado também como relevante instrumento de fomento às exportações de empresas brasileiras, merecerá análise detalhada.

Safe Harbour de Simplificação Tributária e de Fomento às Exportações (Artigo 35 da IN nº 243/02)

12.6 O artigo 35 da IN nº 243/02 assegurava que “a pessoa jurídica que comprovar haver apurado lucro líquido, antes da contribuição social sobre o lucro líquido e do imposto de renda, decorrente das receitas de vendas nas exportações para empresas vinculadas, em valor equivalente a, no mínimo, cinco por cento do total dessas receitas, poderá comprovar a adequação dos preços praticados nessas exportações, no mesmo período, exclusivamente com os documentos relacionados com a própria operação”⁵²².

12.6.1 Para exemplificar a aplicação da referida dispensa de comprovação, imagine-se o seguinte caso prático, no qual o lucro líquido obtido a partir das receitas de exportações para partes vinculadas é superior à margem mínima de 5% do total das receitas de vendas nas exportações:

Exportações para Empresas vinculadas (R\$)	
Receitas de vendas	200.000
Lucro Líquido	16.000 (8%)

12.6.2 Desse modo, sob a égide da mencionada disposição, que será analisada de modo detalhado mais adiante, caso o lucro líquido resultante das receitas de exportações feitas a partes relacionadas fosse igual ou superior a 5% do total dessas receitas, restaria dispensada a comprovação de adequação aos métodos dos preços de transferência.

12.6.3 Analogamente à regra do já tratado artigo 51 da IN nº 1.312/12, o *safe harbour* sob análise não se aplicava no caso de vendas efetuadas para empresas vinculadas domiciliadas em países com tributação favoreci-

⁵²² A respeito de tal *safe harbour*, ver o Acórdão nº 16-22.818, de 15/09/09, da 5ª Turma da DRJ/SP. O Acórdão nº 16-20.306, de 03/02/09, da 5ª Turma da DRJ/SP, estabeleceu que “as operações de exportações, para empresa vinculada ou não, domiciliada em país com tributação favorecida ou cuja legislação interna oponha sigilo, integra a base de cálculo do *safe harbour* da lucratividade”.

da ou cuja legislação interna opusesse sigilo, por força do mesmo artigo 37, I, da IN nº 243/02.

12.6.4 Também o *safe harbour* em tela submetia-se à determinação do inciso II do artigo 37 da IN nº 243/02, o qual previa a possibilidade de impugnação do valor da receita reconhecida com base no preço praticado, em procedimento de ofício pela Receita Federal, a quem caberá o ônus de demonstrar tal inadequação.

12.6.5 Ambas as restrições foram mantidas até os dias atuais, pelo artigo 50 da IN nº 1.312/12, visto acima. Mas outras restrições foram introduzidas pela referida IN, como se verá abaixo. Continuemos a estudar a disciplina original da matéria.

12.6.6 Consoante se anteviu, o artigo 35 da IN nº 243/02 dispunha que se o lucro líquido resultante das receitas de exportações destinadas a empresas relacionadas revelasse-se igual ou superior a 5% do total dessas receitas, dispensar-se-ia a comprovação de adequação aos métodos dos preços de transferência.

12.6.7 Essa sistemática foi parcialmente alterada com o advento da IN nº 382/03, que alterou o artigo 35 da IN nº 243/02 para constar que a partir de então o cálculo estaria "considerando a média anual do período de apuração e dos dois anos precedentes".

12.6.7.1 A interpretação literal da referida alteração levava à conclusão rápida de que o contribuinte deveria atingir o citado lucro de 5% por três anos seguidos, independentemente do volume e relevância das operações em cada ano.

12.6.7.2 Embora literalmente essa solução fosse a mais exata, é fato que uma grande discrepância no volume de operações de cada ano poderia levar a resultados absurdos que não atingiriam o resultado buscado pela norma de *safe harbour*, que, como se teve a oportunidade de ver anteriormente, visava evitar esforços dispendiosos do Fisco e dos contribuintes em situações pouco relevantes. Um contribuinte poderia estar sujeito a comprovações dispendiosas somente por conta de um ano em que uma única operação, de pequeno volume, tenha sido efetuada.

12.6.7.3 Outra interpretação possível seria entender que, a partir das três médias anuais, dever-se-ia efetuar uma nova operação, para que se alcançasse uma média única, aritmética ou ponderada⁵²³.

⁵²³ Eis a posição da Receita Federal, emanada através da Solução de Consulta COSIT nº 09, de 22/10/07, a respeito do cálculo da média trienal do *safe harbour* do art. 35 da IN nº 243/02: "Receitas de Exportação a Vinculadas. Comprovação de Rentabilidade Mínima. Cálculo da Média Trienal. Legislação de Preços de Transferência. A pessoa jurídica brasileira que exporte a vinculadas e queira, para o exercício de 2005, comprovar adequação ao limite mínimo de rentabilidade de cinco por cento atinente à legislação de preços de transferência, com base na média de rentabilidade

12.6.7.4 A média aritmética também levaria a distorções, tendo em vista a possibilidade de o contribuinte ser obrigado ou desobrigado das demonstrações por conta de um ano com um volume mínimo de operações.

12.6.7.5 Realizar uma operação de média ponderada com as médias anuais, levando em conta o volume e o valor das operações é a interpretação que melhor atende à *ratio legis* da norma e que, por essa razão, deve ser a considerada pelas autoridades fiscais.

12.6.7.6 Para o cálculo das médias, não se pode deixar de considerar os fatores de ajuste previstos para cada ano. Assim, para 2005, previu-se um ajuste de 1,35, nos termos da IN nº 602/05. Os fatores de ajuste se aplicaram nos anos subseqüentes, como se vê nas instruções normativas editadas nos anos posteriores, com a mesma finalidade, quais sejam: IN nº 703/06, com previsão de fator de ajuste de 1,29 para as receitas auferidas em 2006; para o ano-calendário de 2007, a IN nº 801/07, com fator de ajuste de 1,28; IN nº 898/08, estabelecendo a aplicação do fator de ajuste de 1,20 para o ano-calendário de 2008; para o ano-calendário de 2009, a IN nº 1.010/10, prevendo o fator de ajuste de 1,00⁵²⁴; para o ano-calendário de 2010, a IN nº 1.124/11, que determinou a aplicação do fator de ajuste de 1,09; e para o ano calendário de 2011, a IN nº 1.233/12, que fixou o fator de ajuste de 1,11.

O *Safe Harbour* de Lucratividade Previsto no Artigo 35 da IN nº 243/02

12.7 Uma vez apresentadas tais considerações introdutórias acerca do *safe harbour* do artigo 35 da IN nº 243/02, é mister que se proceda, por meio da hermenêutica, a uma breve análise do escopo da disposição por ele trazida. Embora o *safe harbour* tenha perdido sua força - como se verá - a partir de 2013, sua importância até então justifica que se examine com maior vagar a disciplina então vigente.

12.7.1 Consoante se expôs acima, as normas de *safe harbour* caracterizam-se como previsões excepcionais inseridas no ordenamento jurídico tributário, exigindo do hermeneuta um raciocínio de interpretação estreita.

por ela auferida neste exercício e nos dois precedentes, deverá calculá-la procedendo à subdivisão do total do lucro líquido por ela auferido, ao longo dos três anos, pelo total das receitas líquidas de exportação, neste mesmo período, independentemente de, em 2003 ou 2004 (ou nos dois anos) representarem elas menos de 5% do total das receitas líquidas de exportações por ela auferidas, considerando-se ainda, para fins de cálculo, apenas os dados advindos de operações de exportação a vinculadas." ⁵²⁴ É importante notar que não existe uma portaria do Ministério da Fazenda estabelecendo o fator de ajuste cambial de 1,00 para as exportações do ano-calendário de 2009.

Não se pode cogitar, contudo, conforme também se anteviu, interpretação estreita a ponto de reduzir o âmbito de aplicação das referidas normas.

12.7.1.1 Quando analisada a fundamentação do *safe harbour* trazido pelo artigo 35 da IN nº 243/02, percebe-se que a inadmissibilidade de uma interpretação demasiadamente estreita reveste-se de maior relevância nesta norma.

12.7.1.2 De fato, à preponderante função de simplificação tributária presente em tal norma, soma-se uma segunda função, qual seja, a de fomento às exportações. A dispensa de comprovação sob análise, resta claro, tem a função de facilitar o ônus de conformidade (*compliance burden*) para as empresas brasileiras exportadoras que sejam lucrativas⁵²⁵.

12.7.1.3 Assim, o *safe harbour* em apreço, além de buscar uma simplificação tributária, caracteriza-se como verdadeira norma tributária indutora de estímulo, na qual o Estado proporciona ao particular (empresa brasileira) que incorre no ato contemplado pela norma (manutenção de atividade de exportação de bens lucrativa) uma vantagem adicional (comprovação, dos preços praticados, exclusivamente com base nos documentos de exportação).

12.7.1.4 Trata-se de utilidade prática simples, mas fundamental para a eficácia do desiderato constitucional de fomento às exportações. Com efeito, a referida norma tributária indutora procura reduzir os obstáculos legais que as empresas brasileiras poderiam encontrar para exportar seus produtos, “premiando” aquelas que mantenham operações de exportação lucrativas e, portanto, benéficas à ordem econômica nacional.

12.7.1.5 Caso se cogitasse interpretação da norma em comento de forma tão estrita a ponto de impossibilitar a sua aplicação às empresas exportadoras lucrativas, chegar-se-ia a um inaceitável resultado hermenêutico de inviabilização da concretização da simplificação tributária (prevista no artigo 45 da Lei nº 10.833/03) e do próprio valor constitucional de fomento às exportações⁵²⁶.

12.7.1.6 Nessa absurda situação, a interpretação da regra de *safe harbour* do artigo 35 da IN nº 243/02 adotaria a técnica restritiva, procurando restringir o sentido do texto desta norma, em uma espécie de retificação da

⁵²⁵ No processo de interpretação de uma norma jurídica sua finalidade não se busca apenas por critérios subjetivos ou objetivos, mas pela vontade objetivada, *i.e.*, expressa na lei, cabendo ao intérprete buscar o pensamento do legislador, até o ponto em que isso for possível. Na impossibilidade de se encontrar tal pensamento deve o intérprete valer-se de outro critério para a determinação da finalidade da norma: a função. Cf. Luís Eduardo Schoueri, *op. cit.* (nota 335), p. 27.

⁵²⁶ O valor constitucional de desoneração das exportações como medida para fomentá-las pode ser depreendido a partir de uma simples leitura das normas de imunidades constantes dos artigos 150 e seguintes da Constituição Federal de 1988.

linguagem que nela consta, deixando de fora do seu âmbito de aplicação empresas que de fato sejam exportadoras lucrativas.

12.7.1.7 A interpretação da norma de *safe harbour* sob análise deve, em verdade, partir da premissa de que ela existiu para, além de concretizar a simplificação tributária prevista no artigo 45 da Lei nº 10.833/03, cumprir a exigência de criação de normas de incentivo às exportações.

12.7.1.8 De fato, tal norma incorporou um papel específico de intervenção estatal por indução (desoneração como meio de fomento às exportações) que não pode ser desprezada quando do processo de interpretação, sob pena de perder-se a função eficaz da norma⁵²⁷.

12.7.1.9 Desprezar a finalidade indutora da norma, qual seja, o resultado de desoneração das exportações que ela visava atingir em sua aplicação prática, significaria negar que o legislador haja pretendido editar um meio razoável, e, entre os meios possíveis, escolhido aquele mais adequado e eficaz, para possibilitar tal desoneração.

12.7.1.10 O fim da norma fixa o alcance da aplicação das disposições por ela veiculadas, sendo inadmissível que a interpretação do texto normativo produza resultado que inviabilize o efetivo cumprimento do objetivo legal.

12.7.1.11 A norma em tela compreendia dois vetores axiológicos distintos, quais sejam:

- i) necessidade de adequação dos preços praticados a parâmetros *arm's length* e à capacidade contributiva, consoante exigência da sistemática de preços de transferência;
- ii) função de intervenção estatal na ordem econômica, por meio da desoneração das exportações lucrativas como medida de incentivá-las.

12.7.1.12 A interpretação do *safe harbour* do artigo 35 da IN nº 243/02, considerando-se o contexto em que ele se inseria, deve ser marcada por uma elasticidade peculiar, ausente na tarefa interpretativa das demais normas de *safe harbour* (*e.g.*, a norma do artigo 36 da IN nº 243/02), nas quais não se faz presente um vetor axiológico de intervenção estatal por indução fundado no texto constitucional.

12.7.1.13 Esse raciocínio hermenêutico, que parte da interação entre direito e Economia, deve prevalecer sobre o reducionismo economicista e

⁵²⁷ Identificam-se as normas tributárias indutoras a partir de sua função. A referência a tais normas, enquanto corte abstrato, apenas servirá para realçar uma função (ou uma das várias funções) que a norma tributária desempenha. Por normas tributárias indutoras se entende um aspecto das normas tributárias, identificando-se, a partir de uma de suas funções, a indutora. Cf. Luís Eduardo Schoueri, *op. cit.* (nota 335), p. 43.

o formalismo jurídico, considerando a relevância dos resultados da Economia Política e da Economia do Direito⁵²⁸.

12.7.1.14 A atividade hermenêutica vincula-se ao texto da norma, mas, como este próprio texto é aberto, deve ser recusada toda e qualquer postura servil diante da letra legal, o que conduziria a uma inaceitável clausura; fundamental para a interpretação da norma é a sua completa compreensão, devendo-se buscar a estrutura, a extensão, o sentido e o conteúdo por ela apresentados⁵²⁹.

12.7.1.15 Desse modo, as exigências inerentes à aplicação do *safe harbour* em tela, notadamente no que diz respeito à composição da margem de 5% do lucro líquido de exportações para empresas vinculadas, devem ser flexibilizadas a ponto de viabilizar a sua efetiva aplicação às empresas exportadoras lucrativas.

12.7.2 Tendo em vista os pressupostos hermenêuticos acima apontados, proceder-se-á ao exame do cálculo da referida margem de 5% do lucro líquido oriundo de exportações para pessoas vinculadas à empresa brasileira, para fins de obtenção do *safe harbour* de que tratava o artigo 35 da IN nº 243/02.

12.7.2.1 Conforme já se anteviu, essa margem de 5% do lucro líquido devia ser apurada sobre o total das receitas de exportações para empresas vinculadas.

12.7.2.2 O cálculo do lucro líquido decorrente das receitas de vendas nas exportações para empresas vinculadas trouxe um considerável problema, consistente na dificuldade de fixação das receitas e despesas que poderiam ser alocadas às operações de exportação para empresas vinculadas.

12.7.2.3 Trata-se da problemática da alocação de resultados a várias unidades de negócio de uma mesma empresa, alocação esta que configura a técnica dos chamados centros de custos ou imputação.

12.7.2.4 Essa problemática, que encontrava na disciplina dos preços de transferência precedente na questão das relações matriz-filial, pode ser enfrentada por meio da utilização de dois métodos de alocação distintos, quais sejam, o direto (*separate accounting*) e o indireto (*fractional apportionment*).

12.7.2.4.1 No método direto, a filial é vista como uma entidade econômica independente (embora não o seja juridicamente)⁵³⁰. Daí decorre, por

⁵²⁸ Cf. Ricardo Lobo Torres, *Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 215.

⁵²⁹ Cf. Ricardo Lobo Torres, *op. cit.* (nota 528), p. 282.

⁵³⁰ A legislação brasileira adota o método direto para a apuração dos lucros de filiais. Tal conclusão extrai-se da exigência de manutenção de uma contabilidade em separado tanto para as filiais, no País, de empresa domiciliada no exterior (artigo 308 c/c o 310 do RIR/99), como para as filiais, no exterior, de empresa sediada no território

exemplo, que os recursos apropriados de terceiros para atender às necessidades da filial são dívidas que estão economicamente vinculadas à filial e por isso podem ser deduzidas das receitas por ela apuradas, a fim de apurar o seu lucro⁵³¹.

12.7.2.4.2 Conforme já se mencionou, o método direto não pressupõe propriamente que o estabelecimento permanente seja uma empresa autônoma, já que, muitas vezes, uma filial seria economicamente inviável, se não compreendida no universo da empresa. A ideia é outra: procura-se saber, do lucro total da empresa, qual a parte que se deve à efetiva atuação de determinada filial. Fala-se, portanto, em lucro parcial (*Teilgewinn*), ou a parte do lucro total da empresa que deve ser imputada ao estabelecimento. Daí porque o método direto exige duas etapas: primeiramente, apura-se o lucro total da empresa (no país e no exterior, como um todo) e, num segundo passo, distribui-se aquele lucro entre cada estabelecimento a partir de sua efetiva colaboração⁵³².

12.7.2.4.3 O método indireto também parte do lucro total da empresa (no país e no exterior). Diferentemente, entretanto, do método direto, no indireto o lucro assim apurado não se distribui a partir da investigação de quem gerou o lucro; adota-se, sim, um critério de distribuição (*Verteilungsschlüssel*) para a repartição dos resultados entre matriz e filiais⁵³³.

12.7.2.4.4 Na aplicação do método indireto, surge a dificuldade da procura de um critério de distribuição compatível com o princípio do *arm's length*. Daí Schröder concluir que, em verdade, o método indireto nada mais é que um arbitramento (*Schätzung*) cabível, nos termos do parágrafo 162 do código tributário alemão (*Abgabenordnung*)⁵³⁴.

12.7.2.5 Aplicando as considerações acima apresentadas à problemática da alocação de resultados nas diversas unidades negociais de uma mesma empresa (centros de custos ou imputação), parece assentado admitir que essa problemática pode igualmente ser enfrentada por meio da utilização dos métodos de apropriação direto e indireto.

12.7.2.6 Após essa breve digressão, prosseguir-se-á no exame das determinações trazidas pela IN nº 243/02 acerca da apuração do lucro líquido proveniente das exportações a empresas vinculadas.

nacional (artigo 25, parágrafo 2º, I, da Lei nº 9.249/95).

⁵³¹ A "independência econômica" encontra seu limite, nos termos da jurisprudência alemã, quando a matriz aloca recursos à filial: tais valores, embora economicamente vinculados à última, não podem refletir juros dedutíveis, pagos à matriz. Cf. decisões do "Bundesfinanzhof (BFH)", *Bundesteuerblatt (BStBl)* III, 1966, 24; 1972, II, 374.

⁵³² Cf. item 3.5.2 deste estudo.

⁵³³ Cf. Schröder, *op. cit.* (nota 39), p. 188 (Rz C-19).

⁵³⁴ Cf. *op. cit.* (nota 39), p. 191 (Rz C-29).

12.7.2.6.1 Consoante determinava o parágrafo 1º do artigo 35 da IN nº 243/02, o lucro correspondente às exportações para empresas vinculadas, para efeito de apuração da mencionada margem de 5%, seria “apurado segundo o disposto no art. 187 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e na legislação do imposto de renda”. Cabe ressaltar que ela devia ser computada antes da incidência de IRPJ e da CSL.

12.7.2.6.2 Essa norma trouxe a regra geral para a apuração da margem de lucro de 5%, adotando a técnica de apropriação direta. De fato, ao remeter o intérprete à legislação de imposto de renda e à Lei das Sociedades Anônimas, o parágrafo 1º acima transcrito disciplinou a determinação da parte do lucro total da empresa que se deve à efetiva atuação da unidade de negócios de exportação de bens para empresas vinculadas.

12.7.2.6.3 Todavia, o método da apropriação direta não seria capaz de resolver a problemática da alocação de receitas e despesas comuns a mais de uma unidade comercial da empresa (por exemplo, à unidade de exportação para empresas vinculadas e à unidade que transaciona no mercado interno). Para tanto, devia-se recorrer ao método da apropriação indireta, no qual a apuração do lucro adota um critério de distribuição.

12.7.2.6.4 Incorporando o uso da técnica da apropriação indireta, o parágrafo 2º do mesmo artigo 35 procurou solucionar as dificuldades de alocação de resultados comuns, determinando que na apuração do lucro líquido correspondente às exportações a pessoas vinculadas “os custos e despesas comuns às vendas serão rateados em função das respectivas receitas líquidas”.

12.7.2.6.5 Tal norma trouxe, assim, uma fórmula de rateio para as situações em que a atividade (unidade) de negócios voltada às exportações para empresas vinculadas possuísse despesas e custos comuns a outras atividades comerciais da mesma empresa, por exemplo, aquelas de exportação para empresas independentes ou de transação no mercado interno.

12.7.2.6.6 Cabe, aqui, uma indagação suscitada pela sistemática de cálculo da margem de 5% do lucro líquido. Tendo em vista que o texto do parágrafo 2º da do artigo 35 da IN nº 243 apenas mencionava *custos e despesas comuns às vendas*, restaria afastada a possibilidade de não referido cálculo proceder-se ao rateio de eventuais *receitas* comuns como, por exemplo, as financeiras?

12.7.2.6.7 Parece que não. Muito embora o texto da norma em apreço não fizesse menção expressa às receitas comuns, parece correto afirmar que a função eficaz dessa norma (desoneração das exportações) não pode ser desprezada em nome de uma interpretação estrita, consoante já se examinou acima.

12.7.2.6.8 A necessidade de flexibilização das exigências inerentes à aplicação do artigo 35 da IN nº 243/02 exige que se permita também o ra-

teio das receitas comuns, tendo em vista que solução contrária poderia acabar por inviabilizar a adequação de operações lucrativas de empresas brasileiras exportadoras ao *safe harbour*.

12.7.2.7 A disciplina conferida pelo parágrafo 2º do artigo 35 da IN nº 243/02 à problemática da alocação de custos e despesas comuns trouxe, ainda, outra relevante indagação: como identificar quais custos e despesas são imputáveis (de forma exclusiva ou compartilhada) à atividade comercial de exportação para empresas vinculadas?

12.7.2.7.1 Para tanto, é mister que se esclareça a outra questão anteriormente suscitada, qual seja, a do método de cálculo do lucro líquido das empresas.

12.7.2.7.2 De fato, como visto acima, o parágrafo 1º do artigo 35 da IN nº 243/02 determinava que o lucro correspondente às exportações para empresas vinculadas, para efeito de apuração da mencionada margem de 5%, fosse apurado segundo o disposto no artigo 187 da Lei nº 6.404/76, e na legislação do imposto de renda.

12.7.2.7.3 É precisamente das disposições da Lei das Sociedades Anônimas e da legislação do imposto de renda que se passará a tratar no item subsequente.

O Lucro Líquido da Exportação

12.8 A compreensão da disciplina conferida pela legislação pátria ao cálculo do lucro líquido exige que, antes, examine-se o contexto em que se inserem as mutações patrimoniais e as demonstrações dos resultados das empresas.

12.8.1 O fenômeno empresarial contempla uma realidade complexa, na qual o patrimônio das sociedades apresenta caráter dinâmico, porquanto representa as oscilações de sucessos e insucessos da pessoa jurídica.

12.8.2 Nesse contexto identificam-se as chamadas “mutações patrimoniais”, compreendidas como as variações que o patrimônio líquido (saldo entre ativos e passivos) da empresa pode sofrer⁵³⁵.

12.8.3 Na mencionada realidade complexa do fenômeno empresarial, cabe observar, os agentes do mercado operam indefinidamente, situação referida pela Contabilidade como “princípio da continuidade”⁵³⁶.

⁵³⁵ Cf. Sérgio de Iudícibus, Eliseu Martins e Ernesto Rubens Gelbcke, *Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações (Aplicável às Demais Sociedades)*, 6ª edição, São Paulo: Atlas, 2003, pp. 376-377.

⁵³⁶ Tal conceito foi muito bem colocado por Robert N. Anthony: “Unless there is good evidence to the contrary, accounting assumes that the business will continue to operate for an indefinitely long period in the future.” Cf. *Management Accounting: Text and Cases*, Homewood, Illinois: Irwin, 1960, p. 30, *apud* Equipe de Professores da FEA/USP, *Contabilidade Introdutória*, 9ª edição, São Paulo: Atlas, 1998, p. 258.

12.8.4 Nesse contexto, conhecer o resultado exato de uma empresa não é tarefa possível, a não ser quando do encerramento de suas atividades, ocasião em que, após a venda de todos os bens do ativo e o pagamento de todas as obrigações que esta tenha contraído com terceiros, conhecer-se-á o resultado exato da sociedade. Em tal hipótese, o resultado seria medido pela diferença entre o patrimônio líquido apurado no final da vida da empresa e o patrimônio líquido inicial, sem deixar de considerar os aumentos de capital e as distribuições de lucro havidos durante esse período.

12.8.5 Parece claro que, não obstante seja inviável conhecer o resultado exato de uma empresa se esta ainda não encerrou as atividades, é necessário que seus resultados parciais sejam regularmente apurados, de modo a possibilitar que todas as mudanças no patrimônio líquido da sociedade sejam registradas e resumidas.

12.8.6 Nesse contexto, todas as receitas e despesas nas quais a empresa incorrer devem ser submetidos a escrituração contábil, a fim de que se apure o resultado líquido de determinado período analisado (em regra de um ano), podendo tal resultado ser positivo (lucro) ou negativo (prejuízo).

12.8.7 O confronto entre as contas de receitas e despesas, portanto, revelará a existência de lucro ou prejuízo em um dado exercício. No final de cada período procede-se ao encerramento das contas de resultado, por meio de lançamentos de encerramento. O encerramento das contas de receita é realizado pela transferência (débito) dos saldos credores para a conta resultado, e o das contas de despesa pela transferência (crédito) dos saldos devedores para débito em tal conta⁵³⁷.

12.8.8 Na eventualidade de os créditos apurados serem superiores aos débitos, ter-se-á lucro líquido, enquanto que no caso contrário (débitos superiores aos créditos), haverá prejuízo líquido.

12.8.9 O cálculo do resultado (lucro ou prejuízo) líquido, portanto, realiza-se segundo os procedimentos usuais da contabilidade, e exige a transferência dos saldos das contas de receitas, custos e despesas para uma única conta de resultado.

12.8.10 Com base nessas considerações introdutórias, pode-se proceder ao exame das disposições da Lei das Sociedades Anônimas e da legislação de imposto de renda aplicáveis ao cálculo do lucro líquido.

12.8.10.1 O cálculo contábil do lucro líquido adota, sobretudo, as diretrizes oferecidas pela legislação comercial, com destaque para a Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/76).

12.8.10.2 Consoante dispõe o artigo 191 desse diploma, o lucro líquido do exercício consubstancia-se no resultado do exercício que remanescer

depois de deduzidas as participações de que trata o artigo 190, quais sejam as "participações estatutárias de empregados, administradores e partes beneficiárias".

12.8.10.3 Tendo em vista que o lucro líquido consiste no resultado do exercício remanescente após a dedução das participações supraexplanadas, é mister analisar a exata composição de tal resultado.

12.8.10.4 O processo de formação do resultado do exercício, desde o cômputo da receita bruta da empresa até o lucro líquido final, deverá ser apresentado por meio da "demonstração do resultado do exercício", consoante determina o artigo 187 da Lei nº 6.404/76⁵³⁸.

12.8.10.5 Tal processo, como já se anteviu, adota como ponto de partida a *receita bruta* da sociedade, montante que representa o faturamento desta. De tal montante devem ser deduzidos abatimentos e impostos, chegando-se à chamada *receita líquida*. Desta, são retirados os custos das mercadorias e serviços, obtendo-se então o valor do *lucro bruto*. Subsequentemente, deduzem-se as despesas com as vendas, os encargos financeiros e as despesas gerais e administrativas, acarretando o *lucro ou prejuízo operacional*.

12.8.10.6 Para que se prossiga no raciocínio da composição do lucro líquido é necessário apresentar algumas considerações acerca da noção de "lucro operacional".

12.8.10.6.1 Para tanto, importa notar que há receitas e despesas decorrentes da realização das atividades normais da empresa, ou seja, as atividades necessárias para que se realize objeto social empresarial. Outras atividades (*e.g.*, investimentos realizados no financeiro), contudo, não possuem tal caráter necessário, ainda que sejam importantes para a obtenção de re-

⁵³⁸ De acordo, com o referido dispositivo, a demonstração de resultado do exercício deverá discriminar: (i) a receita bruta das vendas e serviços, as deduções das vendas, os abatimentos e os impostos; (ii) a receita líquida das vendas e serviços, o custo das mercadorias e serviços vendidos e o lucro bruto; (iii) as despesas com as vendas, as despesas financeiras, deduzidas das receitas, as despesas gerais e administrativas, e outras despesas operacionais; (iv) o lucro ou prejuízo operacional, as outras receitas e as outras despesas; (v) o resultado do exercício antes do Imposto sobre a Renda e a provisão para o imposto; (vi) as participações de debêntures, empregados, administradores e partes beneficiárias, mesmo na forma de instrumentos financeiros, e de instituições ou fundos de assistência ou previdência de empregados, que não se caracterizem como despesa; e (vii) o lucro ou prejuízo líquido do exercício e o seu montante por ação do capital social. Outrossim, conforme determina o parágrafo 1º do mesmo artigo, na determinação do resultado do exercício serão computados: (i) as receitas e os rendimentos ganhos no período, independentemente da sua realização em moeda; e (ii) os custos, despesas, encargos e perdas, pagos ou incorridos, correspondentes a essas receitas e rendimentos.

⁵³⁷ Cf. Equipe de Professores da FEA/USP, *op. cit.* (nota 536), p. 68.

curso pela empresa, pois não estão diretamente relacionadas ao objeto social, configurando, portanto, atividades acessórias.

12.8.10.6.2 Os resultados obtidos em atividades compreendidas no objeto social da empresa são designados "operacionais".

12.8.10.6.3 A noção de "lucro operacional", resta claro, corresponde ao resultado positivo das atividades econômicas, principais ou acessórias, que constituam objeto precípua da pessoa jurídica⁵³⁹.

12.8.10.6.4 Importante apontar que não se deve confundir o lucro operacional, enquanto rendimento bruto, com a somatória de receitas recebidas pela empresa, já que somente uma parcela da receita bruta operacional constituiu tal rendimento, após a dedução dos custos ou despesas operacionais.

12.8.10.7 Após essa breve digressão acerca da noção de "lucro operacional", pode-se retomar o exame do processo de cálculo do lucro líquido.

12.8.10.8 Ao lucro ou prejuízo operacional devem ser somadas e deduzidas, respectivamente, as receitas e as despesas não operacionais, a fim de obter-se o *resultado do exercício antes do imposto de renda*. Calculado o imposto de renda, e realizada a provisão pertinente, obter-se-á *resultado depois do imposto de renda*.

12.8.10.9 Desse resultado, conforme determina o artigo 189 da Lei nº 6.404/76, deverão ser deduzidos os prejuízos acumulados, caso existentes.

12.8.10.10 Passa-se, em seguida, ao cálculo das participações estatutárias dos empregados, que deverão ser subtraídas do resultado, apurando-se, sobre o que remanescer, as participações dos administradores. Depois de deduzidas ambas as espécies de participações, aplicar-se-á o percentual conferido às partes beneficiárias. Por fim, descontar-se-ão também as contribuições devidas a fundos de assistência e previdência de empregados⁵⁴⁰.

⁵³⁹ Cf. José Luiz Bulhões Pedreira, *Imposto de Renda*, Rio de Janeiro: Justec, 1971, pp. 6-1.

⁵⁴⁰ Para fins contábeis, as participações nos lucros atribuídos a terceiros, não relativas a investimento dos acionistas, devem ser registradas como despesas da empresa. As participações de empregados ou administradores no lucro, que representam uma espécie de parcela complementar de salários cujo valor, todavia, é apurado com base no lucro, também representam um custo adicional da prestação de serviço recebida. A participação das partes beneficiárias nos lucros, normalmente, também representa uma espécie de remuneração por serviços prestados por terceiros. Cf. Sérgio de Iudicibus, Eliseu Martins e Ernesto Rubens Gelbcke, *op. cit.* (nota 533), p. 317. A participação dos debêntures não é mencionada neste artigo, porém encontra-se no artigo 187, inciso VI, cabendo à empresa determinar a ordem de cálculo, preferencialmente. Cf. Modesto Carvalhosa e Nilton Latorraca, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 3, São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 661-663.

12.8.10.11 Ao cabo de todo o processo de cálculo descrito, declarar-se-á, em função do montante que remanescer, o *lucro ou prejuízo líquido do exercício*.

12.8.10.12 Oportuno, nesse ponto, propor um esquema equacional simplificado do processo de cálculo do lucro líquido determinado pela Lei das Sociedades Anônimas:

receita bruta

(-) *abatimentos e impostos*

= *receita líquida*

(-) *custos das mercadorias e serviços*

= *lucro bruto*

(-) *despesas com as vendas*

(-) *encargos financeiros*

(-) *despesas gerais e administrativas*

= *lucro ou prejuízo operacional*

(+) *receitas não operacionais*

(-) *despesas não operacionais*

= *resultado do exercício antes do imposto de renda*

(-) *provisão do imposto de renda*

= *resultado depois do imposto de renda*

(-) *prejuízos acumulados*

(-) *participações estatutárias dos empregados*

(-) *participações dos administradores*

(-) *percentual conferido às partes beneficiárias*

(-) *contribuições devidas a fundos de assistência e previdência de empregados*

= *lucro ou prejuízo líquido do exercício*

12.8.10.13 Cabe assinalar que a Lei nº 6.404/76 adotou o regime de competência, e não de caixa, razão pela qual se exige a inclusão, nos resultados de determinado exercício, das receitas e despesas a ele referentes, ainda que não tenha ocorrido a realização destas em dinheiro.

12.8.11 Uma vez examinadas as disposições da legislação comercial pertinentes à determinação do lucro líquido, cabe avaliar a disciplina conferida pela legislação tributária brasileira ao tema.

12.8.11.1 De acordo com o artigo 248 do RIR/99, o lucro líquido de determinado período de apuração é "*a soma algébrica do lucro operacional, dos resultados não operacionais e das participações, e deverá ser determinado com observância dos preceitos da lei comercial*". (g.n.)

12.8.11.2 Por força do artigo 18 da Lei nº 7.450/85, citado na base legal do dispositivo do RIR em comento, a apuração do lucro líquido, no encerramento de cada período-base, deve ser efetuada em conformidade com os

procedimentos usuais da contabilidade, inclusive com o encerramento das contas de resultado⁵⁴¹.

12.8.11.3 A noção de *lucro operacional* consiste, de acordo com o artigo 277 do RIR, no resultado das atividades - principais ou acessórias - que constituam objeto da pessoa jurídica. Consoante determina o parágrafo 1º desse dispositivo, a escrituração do contribuinte, cujas atividades compreendam a venda de bens e serviços, deve discriminar o lucro bruto, as despesas operacionais e os demais resultados operacionais.

12.8.11.4 Será classificado como *lucro bruto*, conforme dispõe o artigo 278 do RIR, o resultado da atividade de venda de bens e serviços que constitua objeto da pessoa jurídica, sendo que tal lucro corresponde à diferença entre a receita líquida das vendas e serviços e o custo dos bens e serviços vendidos.

12.8.11.5 De acordo com o artigo 279 do regulamento sob análise, a *receita bruta* das vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado auferido nas operações de conta alheia. Em tal receita não se incluem os impostos não cumulativos cobrados, destacadamente, do comprador ou contratante, dos quais o vendedor dos bens ou prestador dos serviços seja mero depositário.

12.8.11.6 A *receita líquida* de vendas e serviços, por seu turno, é determinada pelo artigo 280 do RIR como sendo a receita bruta diminuída das vendas canceladas, dos descontos concedidos incondicionalmente e dos impostos incidentes sobre vendas.

12.8.11.7 Cabe apontar que a legislação tributária, consoante se infere da leitura dos artigos 373 a 393 do RIR, caracteriza uma série de valores como *outros resultados operacionais*, quais sejam:

- a) receitas e despesas financeiras;
- b) variações monetárias;
- rendimentos de participações societárias;
- c) investimentos em sociedades controladas ou coligadas avaliados pelo valor de patrimônio líquido;
- d) ágio e deságios nos casos de incorporação, fusão ou cisão;
- e) subvenções e recuperações de custo; e
- f) prejuízos na alienação de ações, títulos ou quotas de capital.

12.8.11.8 Esses resultados, excepcionalmente, são rotulados pela lei tributária como operacionais, independentemente do escopo social da pessoa jurídica. Assim, os respectivos valores sempre deverão ser incluídos no resultado operacional de todas as empresas, quaisquer que sejam os objetos sociais destas.

⁵⁴¹ Cf. Parecer Normativo SRF nº 20/87.

12.8.11.9 Os *resultados não operacionais*, aos quais se refere o artigo 248 do RIR, são discriminados nos artigos 418 a 445 deste diploma, compreendendo: (i) ganhos e perdas de capital; e (ii) reavaliação de bens.

12.8.11.10 De forma mais detalhada, os pareceres normativos da Receita Federal nº 112/78, nº 113/78 e nº 144/78, indicam que os seguintes elementos são considerados resultados não operacionais:

- a) as subvenções para investimentos;
- b) as doações recebidas;
- c) os ganhos ou perdas decorrentes da alienação, baixa ou liquidação de bens ou direitos integrantes do ativo permanente da pessoa jurídica;
- d) a provisão para perdas prováveis na realização de investimentos;
- e) a contrapartida do aumento de valor dos bens do ativo permanente em virtude de reavaliações, quando computada na determinação do resultado do exercício;
- f) os valores recebidos como ágio na emissão de ações;
- g) o valor da alienação de partes beneficiárias e bônus de subscrição;
- h) o prêmio recebido na emissão de debêntures e do lucro ou prejuízo na venda de ações em tesouraria.

12.8.11.11 Já as *participações*, conforme explicita o texto do Parecer Normativo SRF nº 102/78, são aquelas atribuídas a debêntures, empregados, administradores e partes beneficiárias, e as contribuições para instituições ou fundos de assistência ou previdência de empregados.

12.8.11.12 De forma sintética, pode-se propor um esquema equacional simplificado do processo de cálculo do lucro líquido determinado pela legislação do imposto de renda:

$$\begin{aligned}
 & \text{receita bruta} \\
 & (-) \text{ abatimentos e impostos} \\
 & = \text{receita líquida} \\
 & (-) \text{ custos dos bens e serviços} \\
 & = \text{lucro bruto} \\
 & (-) \text{ despesas operacionais} \\
 & (+) \text{ outros resultados operacionais} \\
 & = \text{lucro ou prejuízo operacional} \\
 & (+) \text{ receitas não operacionais} \\
 & (-) \text{ despesas não operacionais} \\
 & (-) \text{ participações} \\
 & = \text{lucro ou prejuízo líquido do exercício}
 \end{aligned}$$

12.8.11.13 Parece assentado admitir que, de forma geral, a nomenclatura de escrituração idealizada na legislação comercial foi incorporada

pela legislação tributária pátria, havendo, assim, uma harmonia entre os conceitos utilizados por ambas.

12.8.11.14 De fato, o artigo 248 do RIR sintetiza as disposições da Lei das Sociedades Anônimas concernentes à determinação do lucro líquido, reportando o intérprete à leitura e observação de tal norma.

12.8.12 Consoante já se anteviu, o parágrafo 1º do artigo 35 da IN nº 243/02 dispunha que o lucro correspondente às exportações para empresas vinculadas, para fins de cálculo da margem de 5% do lucro líquido das exportações para empresas vinculadas, será apurado segundo o disposto na Lei das Sociedades Anônimas e na legislação do imposto de renda.

12.8.12.1 Assim, com base nas considerações acima apresentadas acerca da sistemática geral de cálculo do lucro líquido das empresas, pode-se apontar o seguinte esquema equacional para determinar a margem de 5% supracitada:

receita bruta das exportações para empresas vinculadas

(-) *abatimentos e impostos relativos à exportação para empresas vinculadas*

= *receita líquida das exportações para empresas vinculadas*

(-) *custos dos bens e serviços exportados para empresas vinculadas*

= *lucro bruto das exportações para empresas vinculadas*

(-) *despesas operacionais imputáveis*

(+) *outros resultados operacionais imputáveis*

= *lucro ou prejuízo operacional das exportações para empresas vinculadas*

(+) *receitas não operacionais imputáveis*

(-) *despesas não operacionais imputáveis*

(-) *participações imputáveis*

= *lucro ou prejuízo líquido das exportações para empresas vinculadas*

12.8.12.2 Resta claro, assim, que a determinação do lucro líquido oriundo das exportações para empresas vinculadas, para fins de determinação da margem de 5% já mencionada, deveria partir da receita bruta das exportações de tal natureza e demandaria adições e deduções, respectivamente, de receitas e despesas imputáveis à atividade de exportação para empresas vinculadas.

O Safe Harbour de Lucratividade a Partir de 2013: IN nº 1.312/12

12.9 A partir de 2013, o *safe harbour* de lucratividade passou a ter nova disciplina, dada pelo artigo 48 da IN nº 1.312/12, que ganhou a seguinte redação pela IN nº 1.322/13:

“Art. 48. A partir de 1º de janeiro de 2013, a pessoa jurídica que comprovar haver apurado lucro líquido antes da provisão do imposto sobre a renda e da CSLL decorrente das receitas de vendas nas exportações para pessoas jurídicas vinculadas, em valor equivalente a, no mínimo, 10% (dez por cento) do total dessas receitas, considerando-se a média anual do período de apuração e dos 2 (dois) anos precedentes, poderá comprovar a adequação dos preços praticados nas exportações, do período de apuração, exclusivamente, com os documentos relacionados com a própria operação.

§ 1º O disposto no *caput* somente se aplica à hipótese de a receita líquida de exportação para pessoas jurídicas vinculadas não ultrapassar 20% (vinte por cento) do total da receita líquida de exportação.

§ 2º Para efeito do disposto neste artigo, o lucro líquido correspondente às exportações para pessoas jurídicas vinculadas será apurado segundo o disposto no art. 187 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e na legislação do imposto sobre a renda.

§ 3º Na apuração do lucro líquido correspondente a essas exportações, os custos e despesas comuns às vendas serão rateados em função das respectivas receitas líquidas.

§ 4º Não devem ser computadas, para fins de determinação do percentual estabelecido no *caput*, as operações de venda de bens, serviços ou direitos cujas margens de lucro, previstas nos arts. 31, 32 e 33, tenham sido alteradas nos termos dos arts. 45, 46 e 47.”

12.9.1 Como primeira mudança relevante, verifica-se que onde havia uma lucratividade líquida mínima de 5% sobre as receitas de exportação, passa-se a exigir 10%.

12.9.2 A medida já é suficiente para denunciar a intenção das autoridades administrativas de não mais adotar o *safe harbour* de lucratividade. Afinal, ao exigir 10% de lucro líquido na atividade de exportação, possivelmente estarão afastados todos os contribuintes que de algum modo poderiam ter interesse no benefício. Isso porque um dos métodos previstos pela legislação de preços de transferência é o CAP, que, em síntese, exige um lucro bruto de 15%. Ora, no mais das vezes, quem tem lucro líquido de 10% (exigido pelo *safe harbour*) tem total condição de comprovar um lucro bruto de 15%, dispensando, daí, o recurso ao *safe harbour*.

12.9.3 A intenção das autoridades administrativas de impedir o recurso ao *safe harbour* torna-se ainda mais evidente quando se considera a restrição introduzida pelo parágrafo 1º, que não permite o uso do *safe harbour* se as exportações para empresas vinculadas ultrapassarem 20% do total de receitas de exportação.

12.9.4 De todo modo, pelo menos se nota que a restrição se impõe a exportações para pessoas vinculadas, não a países com tributação favorecida. Embora as últimas também estejam sujeitas a controle de preços de transferência, não se confundem com as primeiras.

Safe Harbour de Lucratividade: Regra Transitória para 2012

12.10 Quando foi editada a IN nº 1.312/12, surgiu a dúvida quanto ao que deveria ser feito no ano-base de 2012. Afinal, revogada a IN nº 243/02, já não havia como se aplicar o *safe harbour* por ela veiculado. A rigor, a nova regra, com a lucratividade mínima de 10%, seria imediatamente aplicável, já que, afinal, não se tratava de mudança na regra matriz do imposto, mas de mera determinação quanto a dispensa de fiscalização.

12.10.1 O problema foi resolvido com a edição da IN nº 1.322/13, que introduziu na IN nº 1.312/12 dispositivo com o seguinte teor:

“Seção III

Da Dispensa de Comprovação

Art. 58-A. Até 31 de dezembro de 2012, a pessoa jurídica que comprovar haver apurado lucro líquido, antes da provisão da CSLL e do imposto sobre a renda, decorrente das receitas de vendas nas exportações para pessoas jurídicas vinculadas, em valor equivalente a, no mínimo, 5% (cinco por cento) do total dessas receitas, considerando a média anual do período de apuração e dos 2 (dois) anos precedentes, poderá comprovar a adequação dos preços praticados nas exportações, do período de apuração, exclusivamente com os documentos relacionados com a própria operação.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o lucro líquido correspondente às exportações para pessoas jurídicas vinculadas será apurado segundo o disposto no art. 187 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e na legislação do imposto sobre a renda.

§ 2º Na apuração do lucro líquido correspondente a essas exportações, os custos e despesas comuns às vendas serão rateados em função das respectivas receitas líquidas.

§ 3º Não devem ser computadas, para fins de determinação do percentual estabelecido no *caput*, as operações de venda de bens, serviços ou direitos cujas margens de lucro, previstas nos arts. 31, 32 e 33, tenham sido alteradas nos termos dos arts. 45, 46 e 47.”

12.10.2 Daí não restarem mais dúvidas quanto à aplicabilidade do *safe harbour* de lucratividade, em termos idênticos aos previstos pela IN nº 243/02, ao ano-base encerrado em 2012.

13. Sistemática Brasileira de *Transfer Pricing* e os Acordos Assinados pelo Brasil para evitar a Bitributação

Interpretação dos Acordos de Bitributação

13.1 Os tratados internacionais em matéria tributária (acordos de bitributação) são os instrumentos de que se valem os Estados para, através de concessões mútuas, diminuir ou impedir a ocorrência do fenômeno da bitributação internacional em matéria do imposto sobre a renda, além de meio para o combate à evasão fiscal.

13.1.1 Acordos de bitributação pertencem ao direito internacional público. Uma vez promulgados, por meio de decreto (“ordem de execução” - *Anwendungsbefehl*), são adotados pelo ordenamento interno, sem, entretanto, perder sua natureza internacional⁵⁴².

13.1.2 Na verdade, a questão da “adoção” dos acordos de bitributação não é pacífica, já que a esta teoria opõe-se a da “transformação”.

13.1.2.1 Para os defensores da teoria da “transformação”, encabeçados por Triepel⁵⁴³, o tratado internacional, quando de sua celebração, não poderia ser aplicado pelos tribunais nacionais, exigindo-se, antes, um processo de “transformação”, através do qual seu texto seria incorporado na ordem interna. A consequência é que, uma vez concluído o processo de “transformação”, o acordo de bitributação passaria a ter natureza de norma de direito interno e, como tal, sujeitando-se aos critérios de interpretação válidos para qualquer norma interna. Diferentemente, segundo a teoria da “adoção”, o fato de uma norma ser aplicável no direito interno de um Estado contratante não lhe faz perder sua natureza internacional. Daí que o tratado internacional não deve ser interpretado segundo as normas do direito interno, mas sim de direito internacional.

13.1.2.2 A teoria da “transformação” encontra seu maior obstáculo no fato de que os acordos internacionais, mesmo ratificados, continuam a se submeter às normas de direito internacional, para sua entrada em vigor e rescisão. Com efeito, se o tratado se “transformasse” em direito interno, sua eventual denúncia, pelo outro Estado Contratante, não poderia ter o efeito de retirá-lo da ordem jurídica do primeiro Estado. Se isso acontece,

⁵⁴² Cf. Luís Eduardo Schoueri, *Planejamento Fiscal através de Acordos de Bitributação* - “*Treaty Shopping*”, São Paulo: RT, 1995, pp. 31 a 39.

⁵⁴³ Cf. Karl Heinrich Triepel, “As Relações entre o Direito Interno e o Direito Internacional”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, outubro de 1966, p. 17.

é porque o tratado, ainda que aplicável internamente, não deixa de ser norma de direito internacional.

13.1.2.3 Diante de dilemas como o acima exposto, os defensores da teoria da “transformação” passaram a se utilizar de argumentos auxiliares, sustentando que junto com a “transformação” do tratado, ocorreria a “transformação” das normas do direito internacional a ele aplicáveis, o que, na prática, implica afirmar que a teoria da “transformação” não difere, em seus resultados, do que se ensina na teoria da “adoção” condicionada à “ordem de execução”⁵⁴⁴.

13.1.3 Se o acordo de bitributação, embora *adotado* pelo ordenamento interno, não perde sua natureza internacional⁵⁴⁵, a ele permanecem aplicáveis as regras de interpretação válidas para os acordos internacionais em geral, positivadas pela Convenção de Viena, que privilegia, na interpretação, o texto escrito⁵⁴⁶.

13.1.3.1 No caso dos acordos de bitributação, um elemento muito importante para sua interpretação é a publicação oficial da OCDE, contendo comentários ao modelo oficial, cuja observância foi objeto de uma Recomendação do Conselho em 31 de março de 1994.

13.1.3.2 Obviamente, no caso de acordos de bitributação assinados pelo Brasil, aquela Recomendação não tem força vinculante, já que o País não é membro da OCDE. Entretanto, se o País se dispõe a assinar um acordo segundo o modelo da OCDE, parece válido - a não ser que as circunstâncias indiquem o contrário - o argumento de que ambas as partes conheciam aquele modelo e, portanto, seus comentários⁵⁴⁷.

13.1.3.3 Ademais, o parágrafo 1º do artigo 31 da convenção de Viena sobre a interpretação de tratados internacionais exige que um tratado seja “interpretado de boa-fé, de conformidade com o sentido comum que deve ser atribuído aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objeto e finalidade”. A referência ao objeto leva o intérprete imediatamente a entender que os acordos de bitributação interpretam-se com conceitos do direito tributário. Mais ainda, tendo em vista a finalidade do acordo de bitributação ser evitar ou mitigar efeitos da última, importa entender que seus termos devem ser interpretados de uma forma que alcance aquele objetivo. Finalmente, nota-se que a Convenção de Viena privilegia, no parágrafo 4º do mesmo artigo 31, o “sentido especial” que se deve dar aos termos empregados em uma convenção, quando fica estabelecido que esta era a inten-

⁵⁴⁴ Cf. Jörg Manfred Mössner, *Einführung in das Völkerrecht*, Munique: Beck, 1977, pp. 57-58.

⁵⁴⁵ Cf. parágrafo 2.2 deste estudo.

⁵⁴⁶ A este respeito, Klaus Vogel, *op. cit.* (nota 43), pp. 124-130.

⁵⁴⁷ Assim entende Klaus Vogel, *op. cit.* (nota 43), p. 138.

ção das partes. Por “sentido normal” ou “especial” deve-se ter em conta aquele que as partes dariam a um termo, tendo em vista o objeto e finalidade do tratado internacional⁵⁴⁸. Tratando-se de matéria tributária, a intenção das partes era conferir aos termos do acordo seu sentido aceito em direito tributário. Tendo em conta a finalidade do acordo de bitributação, dentre vários sentidos que um termo inserido numa norma de repartição possa apresentar, deve-se escolher aquele que possibilite afastar a bitributação. Daí caber ao intérprete buscar a interpretação que seja o entendimento comum entre as partes, já que interpretações diferentes em cada um dos Estados Contratantes podem levar à bitributação ou à não tributação. A harmonia decisória, pois, que decorre da finalidade dos acordos de bitributação, implica a busca de um sentido comum para os termos do acordo de bitributação⁵⁴⁹. Ora, como explica Rainer Prokisch, os Estados Contratantes, ao celebrarem um acordo de bitributação, têm duas alternativas: ou bem aplicam o texto da Convenção-Modelo da OCDE, empregando, assim, expressões e conceitos cujo significado especial extrai-se dos comentários sobre a Convenção-Modelo da OCDE e da jurisprudência internacional, o que possibilita aos Estados Contratantes alcançar um certo grau de consenso na interpretação de seu tratado internacional (sentido comum, como referido no parágrafo 1º do artigo 31 da Convenção de Viena), ou bem eles decidem se desviar da Convenção-Modelo. Daí concluir-se que se dois Estados Contratantes celebraram um acordo de bitributação contendo dispositivo extraído da Convenção-Modelo da OCDE, é razoável dar àquele acordo, no que tange ao dispositivo em exame, a interpretação proposta no comentário da OCDE, se divulgada no momento da celebração do acordo, já que esta interpretação será a que melhor propiciará a harmonia decisória, necessária à finalidade do acordo de bitributação⁵⁵⁰.

13.1.3.4 Tratando-se de tema de preços de transferência, também serão importantes os relatórios da OCDE sobre o assunto, que nada mais são do que um comentário mais detalhado e específico do artigo 9º da Convenção-Modelo da OCDE⁵⁵¹. Do mesmo modo como já se referiu aos comen-

⁵⁴⁸ Cf. Waldemar Hummer, “Ordinary Versus Special Meaning - Comparison of the Approach of the Vienna Convention on the Law of Treaties and the Yale School Findings”, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 26, pp. 87-163 (105 e ss.).

⁵⁴⁹ Cf. Klaus Vogel, “Harmonia Decisória e Problemática da Qualificação nos Acordos de Bitributação”, in Luís Eduardo Schoueri e Fernando Aurelio Zilveti (coords.), *Direito Tributário - Estudos em Homenagem a Brandão Machado*, São Paulo: Dialética, 1998, pp. 71 a 81.

⁵⁵⁰ Cf. Rainer Prokisch, “Fragen der Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen”, *Steuer & Wirtschaft International* n° 2, ano 4, fevereiro de 1994, pp. 52-59 (58-59).

⁵⁵¹ Cf. Klaus Vogel, *op. cit.* (nota 43), p. 715.

tários da OCDE à Convenção-Modelo, também seus relatórios servem para revelar o entendimento internacional acerca do que se deve entender especificamente na regra do referido artigo 9º. Neste sentido, justifica-se o emprego daqueles relatórios, quando da interpretação de acordos de bitributação contendo regra equivalente ao citado dispositivo⁵⁵².

13.1.3.5 Deve-se alertar, entretanto, que o emprego dos comentários (ou das *Guidelines*) Deve ser feito com a cautela necessária, já que, muitas vezes, textos hoje conhecidos e divulgados não o eram quando da celebração dos tratados. A frequente mudança de posição da OCDE, em matéria de tributação internacional, é argumento forte para que se tomem com cautela suas conclusões.

13.1.4 O argumento mais forte, entretanto, contra uma interpretação internacional dos acordos de bitributação parece advir de seu próprio texto. Com efeito, tomando o artigo 3 (2) da Convenção-Modelo da OCDE, vê-se que:

“2. Para a aplicação da Convenção por um Estado Contratante, qualquer expressão não definida terá, a não ser que o contexto exija interpretação diferente, o significado que lhe é atribuído pela legislação desse Estado Contratante relativamente aos impostos que são objeto da Convenção.”

13.1.4.1 Versa referido dispositivo sobre tema que a doutrina de direito tributário internacional decidiu denominar “qualificação”, tomando de empréstimo idêntico termo originário do direito internacional privado⁵⁵³.

13.1.4.2 Ainda partindo de termos do direito internacional privado, vê-se que a qualificação poderia ser resolvida por três modos:

- cada Estado qualificaria a situação de acordo com seu próprio direito interno (*lex fori*);
- ambos os Estados adotariam a mesma qualificação, privilegiando o direito do Estado onde o rendimento foi “produzido” - qualificação pelo Estado da fonte (*lex causae*);
- ambos os Estados procurariam uma qualificação coincidente, extraída do contexto do acordo (qualificação autônoma)⁵⁵⁴.

⁵⁵² Cf. Tobias Vetter, “Die Normative Bedeutung der OECD-Verrechnungspreisrichtlinien”, in Andrea Lahodny-Karner et al., *Die neuen Verrechnungspreisrichtlinien der OECD*, Viena: Linde, 1996, pp. 9-29 (21-22).

⁵⁵³ Daí algumas confusões que surgem, já que no direito internacional privado, o termo “qualificação” é empregado quando, numa remissão da lei nacional à lei estrangeira, deseja-se saber como subsumir um fato àquela norma; no direito tributário internacional, a “qualificação” é empregada para se saber qual instituto jurídico do direito nacional corresponde àquele mencionado pelo acordo de bitributação.

⁵⁵⁴ Cf. Klaus Vogel, *op. cit.* (nota 43), pp. 148 e ss.

13.1.4.3 Por sua redação ampla, o texto do artigo 3 (2) poderia levar a crer que se admitiria o uso das regras internas de interpretação tributária, para os acordos de bitributação⁵⁵⁵, privilegiando a regra do *lex fori*. Uma qualificação destes termos é, de início, indesejável, por permitir que a mesma regra interprete-se de modo diverso, conforme o tribunal que enfrentar a questão, o que pode levar, por diferenças de interpretação entre as duas cortes, a uma bitributação ou a uma dupla não incidência⁵⁵⁶.

13.1.4.4 Seguindo Vogel, pode-se afirmar que o alcance da norma do artigo 3 (2) restringe-se à determinação do significado de uma expressão, não definida no acordo de bitributação. Ainda assim, o recurso às normas do direito interno se limita àquelas referentes aos impostos de que é objeto o acordo (e não às regras interpretativas em geral) e apenas se o contexto não impuser interpretação diversa⁵⁵⁷, privilegiando-se, destarte, a qualificação autônoma, quando exigida pelo contexto⁵⁵⁸.

13.1.4.5 Sendo os acordos de bitributação tratados internacionais, cuja interpretação independe, de regra, das legislações internas das partes contratantes, deve o intérprete ter presente a possibilidade de, por vezes, conceitos e definições dos acordos não se aplicarem ao direito interno e vice-versa. Um exemplo pode ser útil.

13.1.5 Pedra de toque dos acordos de bitributação é o conceito de residência, positivado no artigo 4º da Convenção-Modelo da OCDE. É a partir dele que se aplicam as regras de repartição (ou de renúncia), definindo qual dos Estados Contratantes pode tributar determinado rendimento. *Sempre*, na aplicação de um acordo de bitributação, é preciso *determinar* qual dos dois Estados é o da residência. Se ambos os Estados se qualificarem como residência, a bitributação *não será evitada*.

⁵⁵⁵ Tal o entendimento de Gerd W. Rothmann. Cf. *Interpretação e Aplicação de Acordos Internacionais contra a Bitributação*, tese de doutoramento apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, edição particular, p. 158.

⁵⁵⁶ Cf. Klaus Vogel, *op. cit.* (nota 549); cf. tb. Klaus Vogel, *op. cit.* (nota 43), pp. 149; cf., ainda, Alberto Xavier, *op. cit.* (nota 11), p. 198.

⁵⁵⁷ Cf. Klaus Vogel, *op. cit.* (nota 43), pp. 335 e ss. Alberto Xavier refuta a qualificação autônoma, pregando a qualificação pela *lex situationis*, definida a partir da “vocaçao natural” de um ou outro Estado qualificar. A “vocaçao natural” de Xavier não parece distante da interpretação exigida pelo contexto, de Vogel: se o contexto exige uma interpretação, ou uma qualificação (como os exemplos dados por Xavier, quanto a dividendos, juros ou rendimentos imobiliários), não se nega sua aplicação. O problema surge quando não se consegue definir uma interpretação (ou qualificação) exigida pelo contexto ou, na expressão de Xavier, quando não se apresenta a “vocaçao natural”. Cf. Xavier, *op. cit.* (nota 11), pp. 201 e ss.

⁵⁵⁸ Para Alberto Xavier, a norma do artigo 3 (2) sequer diz respeito à qualificação, já que o autor entende que qualificação ocorre no momento de subsunção do fato à norma, não no momento da interpretação; neste é que estaria inserido o artigo 3 (2) da Convenção-Modelo. Cf. *op. cit.* (nota 11), pp. 191-192.

13.1.5.1 Não obstante, as legislações internas são muito diversas, sendo bastante comum que um indivíduo ou empresa seja considerado, para fins das legislações internas de dois Estados, *residente* e, portanto, *contribuinte* em ambos os Estados.

13.1.5.2 Imagine-se que determinado país X adote regra considerando ali residentes todas as pessoas portadoras de visto permanente que transferirem residência para aquele território e, no mesmo ano, iniciarem a percepção de rendimentos tributáveis. Seja um país Y, que considere residente no país Y todo aquele que ali residir por mais de 12 meses. Suponha-se, ainda, que exista um acordo de bitributação entre X e Y, conferindo exclusivamente ao Estado de residência do contribuinte o direito de tributar determinada espécie de rendimento. Imagine-se, finalmente, que X e Y adotam, internamente, o critério da tributação da renda mundial (universalidade) de seus residentes. Seja, ainda, o rendimento auferido pelo indivíduo no Estado X.

13.1.5.3 Caso o indivíduo seja residente no Estado X, poderá este Estado tributar aquele rendimento, nos termos do acordo, vedando-se a tributação pelo Estado Y. Ao contrário, se, nos termos do acordo, o indivíduo for residente em Y, X não poderá tributar o rendimento. Nesta última hipótese, ainda que X, internamente, pretenda tributar o rendimento por considerar-se Estado da residência do contribuinte, será X, para fins do acordo, Estado da fonte do rendimento e, portanto, não terá legitimidade para a tributação.

13.1.5.4 É em virtude de casos como esses que o artigo 4º da Convenção-Modelo da OCDE apresenta regras cuja aplicação importará, *sempre*, a existência de um *único* Estado de residência.

13.1.5.5 Fica claro, outrossim, que quando o acordo apresenta a definição de um termo, deve ela prevalecer, *ainda que contradizendo o direito interno*. No caso do exemplo dado, se o acordo elegeu Y como Estado de residência, o aplicador da lei no Estado X deverá, no exame do direito interno, considerar o contribuinte como ali residente. Encerrada, entretanto, a fase da pesquisa do direito interno, com ela se encerram os conceitos ali empregados. O aplicador da lei examinará o acordo de bitributação e, nesse momento “esquecer-se-á” de que o contribuinte é, internamente, residente de X. Na aplicação do acordo, X não será o Estado de residência.

13.1.5.6 Da autonomia dos momentos de exame do direito interno e do acordo de bitributação decorre, de um lado, a possibilidade de se examinarem um ou outro, sem qualquer ordem de preferência⁵⁵⁹ e, como corolário, a independência na aplicação de conceitos e categorias de direito tributário.

⁵⁵⁹ Cf. parágrafo 13.4.9.5 deste estudo.

Acordos de Bitributação e Lei Interna

13.2 Dos estudos precedentes, concluiu-se (i) pela autonomia dos momentos de exame do direito interno e do acordo de bitributação; e (ii) pela independência na aplicação de conceitos e categorias de direito tributário.

13.2.1 Tais conclusões não afastam outra discussão igualmente importante acerca dos acordos de bitributação, qual seja, a observância, obrigatória ou não, pelos Estados Contratantes.

13.2.2 Vem à tona, aqui, o tema da relação entre os acordos de bitributação e a lei interna⁵⁶⁰, tradicionalmente tratado pela doutrina como uma questão de “prevalência” das normas internacionais.

13.2.3 Todavia, no estudo da relação entre os acordos de bitributação e a lei interna, o tema dos limites à jurisdição dos Estados parece ser preliminar à discussão da referida questão de prevalência.

13.2.4 De fato, deve-se reconhecer que os acordos de bitributação e a lei interna pertencem a ordens jurídicas distintas (internacional e nacional, respectivamente), bem como que tais acordos visam delimitar os contornos nos quais se admitirá que o legislador tributário doméstico atue.

13.2.5 Para que se proceda ao exame da temática ora tratada, faz-se necessário apresentar breves considerações acerca da noção jurídica de “jurisdição”.

13.2.5.1 No campo processual, o termo “jurisdição” é definido como uma das funções do Estado, na qual este substitui os titulares de interesses em conflito para, de maneira imparcial, buscar a solução da controvérsia que os envolve. A pacificação dos conflitos realiza-se, então, através da atuação da vontade do direito objetivado no Estado⁵⁶¹.

13.2.5.2 Celso de Albuquerque Mello classifica o exercício da jurisdição no território nacional como um dos direitos fundamentais dos Estados⁵⁶².

13.2.5.3 A jurisdição, exercida pelo Estado em seu território, caracteriza-se como geral e exclusiva. Geral porque o Estado, em seu território, exerce as competências de ordem legislativa, administrativa e judicial; exclusiva porque, no exercício dessa jurisdição, o Estado local não enfrenta a

⁵⁶⁰ Esse tema já foi estudado com detalhes em outra oportunidade. Cf. Luís Eduardo Schoueri, “Tratados e Convenções Internacionais sobre Tributação”, *Direito Tributário Atual* vol. 17, São Paulo: Dialética, 2003, pp. 319 e ss.

⁵⁶¹ Cf. Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, 21ª edição, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 139.

⁵⁶² Cf. Celso D. de Albuquerque Mello, *Curso de Direito Internacional Público*, vol. 1, 14ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 432.

concorrência de qualquer outra jurisdição, uma vez que é detentor do monopólio do uso legítimo da força pública⁵⁶³.

13.2.5.4 A noção de jurisdição apresenta, concomitantemente, as facetas de *função*, *atividade* e *poder*. É *função* do Estado resolver os conflitos interindividuais, através de uma *atividade* ordenada e regulada pelo Direito. Outrossim, a jurisdição consubstancia uma manifestação do poder estatal, conceituado como a capacidade de decidir imperativamente e impor decisões⁵⁶⁴.

13.2.5.5 Partindo do conceito de poder, pode-se afirmar ser a jurisdição a aplicação e concretização do Direito pelo Estado, que dita as regras, aplica-as aos casos concretos e, quando necessário, utiliza-se de atos coercitivos para assegurar suas decisões⁵⁶⁵.

13.2.6 Parece natural, nesse passo, associar as noções de jurisdição (notadamente na sua faceta de poder) e soberania. Com efeito, parece assentado admitir que o poder normativo primário do Estado serve de alicerce da soberania, ao passo que os contornos da aplicação e concretização de tal poder definirão a jurisdição deste mesmo Estado.

13.2.6.1 Consoante observa Alberto Xavier, uma das principais funções do direito internacional público é a demarcação das esferas de validade das diversas ordens nacionais. Determina-se, desta forma, a quem, como e quando as leis nacionais dos Estados soberanos podem ser aplicadas, no que o autor chama de atribuição de *jurisdictions*. A soberania seria, portanto, “uma pré-condição da jurisdição, de tal modo que esta só existe onde a primeira existir e, inversamente, perde o seu título onde aquela cessar”⁵⁶⁶.

13.2.6.2 Assim, somente após a referida determinação de jurisdição é que os Estados podem definir o âmbito de incidência de suas leis. Por consequência, a existência de efetiva jurisdição deve ser vista como pressuposto inafastável para a aplicação da lei.

13.2.7 Um exemplo da importância da questão da jurisdição na definição do âmbito de aplicação das leis pode ser referido a partir das implicações que a reunificação alemã (em 1990) trouxe à extensão da jurisdição da antiga Alemanha Ocidental (República Federal da Alemanha).

⁵⁶³ Cf. José Francisco Rezek, *Direito Internacional Público: Curso Elementar*, 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 1998, pp. 160-161.

⁵⁶⁴ Cf. Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *op. cit.* (nota 561), p. 139.

⁵⁶⁵ Cf. Marília Machado Gattei, “A Importância da Jurisdicionalização dos Procedimentos de Solução de Controvérsias da OMC”, in Alberto do Amaral Júnior (coord.), *Direito do Comércio Internacional*, 1ª edição, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, pp. 108-109.

⁵⁶⁶ Cf. Alberto Xavier, *op. cit.* (nota 11), p. 13.

13.2.7.1 A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) foi promulgada em 23 de maio de 1949 pelo conselho parlamentar (composto por representantes dos parlamentos dos Estados - *Länder*) da então Alemanha Ocidental para ser uma espécie de Constituição federal alemã, reconhecendo no artigo 146 que quando a Alemanha restabelecesse sua completa união e liberdade, as disposições de tal norma passariam a ser aplicáveis a todo o território alemão.

13.2.7.2 A designação da referida norma como “lei fundamental” (*Grundgesetz*) em lugar de “constituição” (*Verfassung*) revela que tanto tal norma quanto o próprio Estado federal que ela estabelecia (“República Federal da Alemanha”) eram soluções provisórias, as quais deveriam durar apenas até a reunificação.

13.2.7.3 O processo de reunificação da Alemanha, visto à época pelos membros do parlamento da Alemanha Ocidental como um processo político que deveria ocorrer em curto espaço de tempo, acabou, contudo, sendo atrasado em quatro décadas com a deflagração da Guerra Fria.

13.2.7.4 Finalmente, na reunificação optou-se por adotar a fórmula de uma adesão dos Estados da Alemanha Oriental (“República Democrática da Alemanha”) à República Federal da Alemanha. Em lugar de promulgar-se uma nova Constituição, como chegou a ser cogitado à época, decidiu-se pela manutenção da vigência da Lei Fundamental (com a edição de algumas alterações), a qual passou a ser a norma constitucional da moderna Alemanha reunificada.

13.2.7.5 Essa opção implicou uma efetiva extensão da jurisdição da República Federal da Alemanha a todo o território alemão, estabelecendo o pressuposto necessário à aplicação do ordenamento jurídico de tal Estado à Alemanha reunificada.

13.2.7.6 Ou seja: as leis que, por um limite de jurisdição, valiam apenas para os primitivos Estados da República Federal da Alemanha, passaram a valer igualmente para os novos Estados, no mesmo momento em que se estendeu a jurisdição.

13.2.7.6.1 Isso vale também para a matéria tributária: uma vez estendida a jurisdição para os cinco novos Estados, a lei tributária alemã passou a ser ali aplicável.

13.2.7.6.2 Num raciocínio inverso, pode-se cogitar da hipótese em que um Estado se desligasse daquela união: cessada a jurisdição, automaticamente aquela lei tributária não mais seria ali aplicável.

13.2.7.6.3 Em síntese: estendida a jurisdição, amplia-se o âmbito de incidência da norma; restringida a jurisdição, igualmente se impede o alcance da lei.

13.2.8 Aplicando-se para o direito tributário internacional o raciocínio até aqui exposto, chega-se à constatação de que as leis tributárias de um determinado Estado podem apenas ser aplicadas até os limites de sua jurisdição. Inversamente, o poder de tributar do Estado não pode ultrapassar os referidos limites jurisdicionais.

13.2.8.1 Em linhas gerais, a territorialidade em matéria tributária é um princípio geral que delimita a soberania fiscal dos Estados, de modo que estes somente possam tributar fatos que guardem um *elemento de conexão* com aquele Estado⁵⁶⁷.

13.2.8.2 Vale recorrer, nesse passo, a um exemplo bastante ilustrativo, ainda que absurdo. Imagine-se uma hipotética situação na qual o Estado brasileiro pretenda tributar a propriedade territorial e predial da Casa Branca, nos EUA.

13.2.8.3 Muito embora não haja vedação expressa na Constituição Federal pátria a tal imposição tributária, resta claro que a pretensão de tributar a sede do governo norte-americano viola os limites da jurisdição do Estado brasileiro, razão pela qual a legislação doméstica de IPTU não poderá ser aplicada na situação imaginada.

13.2.8.4 Em suma, as normas de direito interno de um determinado Estado não podem ultrapassar os limites da jurisdição deste Estado, já que esta configura pressuposto da aplicação de tais normas.

13.2.8.5 Do mesmo modo, não se poderia vislumbrar, portanto, que uma norma de direito interno pretendesse dispor sobre matéria que o tratado internacional determina não ser de competência legislativa do Estado.

13.2.8.6 A soberania dos Estados deve na atualidade ser compatibilizada com as regras de direito internacional. Segundo a doutrina de Ihering (depois repetida por Jellinek), citada por Baracho, que fundamenta na “regra de autolimitação” a submissão voluntária ao direito pelo Estado e a sua respectiva limitação⁵⁶⁸.

13.2.8.7 A faceta externa da soberania, definida como a independência e a igualdade entre os Estados, implica, principalmente, o reconhecimento da obrigatoriedade das normas de direito internacional⁵⁶⁹.

13.2.8.8 Nesse passo, os tratados internacionais (dentre os quais se destacam os acordos de bitributação) configuram um limite à soberania externa dos Estados Contratantes, um muro de contenção referente ao po-

⁵⁶⁷ Cf. Luís Eduardo Schoueri, “Princípios no Direito Tributário Internacional: Territorialidade, Fonte e Universalidade”, in Roberto Ferraz (coord.), *Princípios e Limites da Tributação*, São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 326-342.

⁵⁶⁸ Cf. José Alfredo de Oliveira Baracho, “Teoria Geral da Soberania”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos* n° 63/64, Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 1986, p. 27.

⁵⁶⁹ *Ibidem*, p. 57.

der-dever dos legisladores internos de disciplinar questões que constem de tais tratados, normas de direito internacional que fixam os limites das jurisdições dos Estados Contratantes.

13.2.9 Deve-se reconhecer, assim, que os acordos de bitributação e lei interna versam sobre matérias cujas competências normativas são distintas.

13.2.9.1 Ora, como já apontou, não há que se falar em jurisdição do Estado na ausência de soberania, situação na qual suas normas internas não poderão ser aplicadas, uma vez que lhes faltará inafastável pressuposto.

13.2.9.2 Ou seja, não se pode admitir a aplicação de lei que contrarie o acordo de bitributação, norma de direito internacional que impõe limites - aceitos pelo próprio Estado - à jurisdição nacional. Tal aplicação ultrapassaria o muro de contenção relativo ao poder-dever do legislador interno de disciplinar questões que constem do tratado, configurando uma violação à própria jurisdição do Estado.

13.2.9.2.1 Alternativamente, caso se pretenda sustentar que os tratados internacionais são normas de direito interno, a conclusão será idêntica: os tratados internacionais serão aquelas normas que disporão sobre o alcance do próprio ordenamento no qual eles estarão inseridos.

13.2.9.2.2 Ou seja: reconheçam-se os tratados internacionais como integrantes da ordem internacional ou da ordem interna, a conclusão será, sempre, de que são eles os instrumentos que definirão o alcance da jurisdição nacional; uma vez definida a jurisdição pelo meio próprio, não pode uma lei dispor sobre assunto que ultrapasse os limites impostos pelo tratado, por falta de competência.

13.2.9.3 Com base no exposto, parece assentado admitir que a *impossibilidade de alteração das disposições dos acordos de bitributação por normas de direito interno não se fundamenta, conforme entendemos, em uma eventual relação de hierarquia normativa, mas na própria limitação da jurisdição dos Estados Contratantes*.

13.2.9.4 A identificação dos limites às jurisdições dos Estados como pauta da relação entre acordos de bitributação e lei interna, entretanto, não afasta a necessidade de examinar a questão da prevalência, amplamente tratada pela doutrina especializada.

13.2.10 A questão da prevalência tem sua origem na polêmica entre os defensores do “dualismo” e do “monismo”. Segundo os “dualistas”, encabeçados por Triepel⁵⁷⁰, na Alemanha e Anzilotti⁵⁷¹, na Itália e, no Brasil, Irineu Strenger⁵⁷², a ordem jurídica nacional e a internacional seriam inde-

⁵⁷⁰ Cf. Karl Heinrich Triepel, *op. cit.* (nota 543), pp. 7-64.

⁵⁷¹ Cf. Charles Rousseau, *Droit International Public*, 9ª edição, Paris: Dalloz, 1979, p. 4.

⁵⁷² Cf. Irineu Strenger, *Direito Internacional Privado*, vol. I, São Paulo: RT, 1986, p. 78.

pendentes, quer quanto a sua origem, quer quanto às relações de que tratam; assim, descabido seria falar em conflito entre normas dos dois sistemas: se não há pontos de contato, inexistente conflito.

13.2.10.1 A tal entendimento, contrapunham-se os “monistas”, os quais reconheciam a existência de um único sistema jurídico, dali se desdobrando entre aqueles que davam prevalência às normas do direito internacional e outros que viam maior importância no direito interno. Representam a corrente monista os integrantes da Escola de Viena (Kelsen⁵⁷³ e Verdross, que receberam, no País, o apoio de Marotta Rangel, Haroldo Valladão, Oscar Tenório e Celso de Albuquerque Mello). Não obstante divergências teóricas iniciais, “monistas” e “dualistas” evoluíram para versões “moderadas”, sendo possível afirmar, com Rudolf Geiger⁵⁷⁴, que hoje, suas divergências são, apenas, quanto aos princípios jusfilosóficos, não trazendo qualquer efeito quanto à solução de questões individuais.

13.2.10.2 Sustenta Alberto Xavier que, no Brasil, a afirmação de que os acordos de bitributação sobrepõem-se ao direito interno já se poderia extrair do texto constitucional de 1988, cujo artigo 5º, parágrafo 2º, consagraria o sistema monista com cláusula geral de recepção plena.

13.2.10.3 Dispõe o referido dispositivo constitucional:

“§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

13.2.10.4 Dispositivo assemelhado ao acima reproduzido possui a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, cujo artigo 25 dispõe que “as normas gerais do direito internacional público são parte do direito da Federação. Elas prevalecem sobre as leis e impõem direitos e obrigações diretamente aos habitantes do território federal.”⁵⁷⁵

13.2.10.5 Diferentemente, entretanto, do texto constitucional brasileiro, a Lei Fundamental alemã não se refere expressamente a direitos e garantias decorrentes de tratados. Daí decorre o entendimento, naquele país,

⁵⁷³ Cf. Celso D. de Albuquerque Mello, *op. cit.* (nota 562), pp. 111-112; Haroldo Valladão, *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1968, pp. 36-53; Oscar Tenório, *Direito Internacional Privado*, vol. I, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965, pp. 65-67; Vicente Marotta Rangel, “Os Conflitos entre o Direito Interno e os Tratados Internacionais”, *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* nº 45/46, ano XXIII, 1967, pp. 29-64.

⁵⁷⁴ Cf. Rudolf Geiger, *Grundgesetz und Völkerrecht*, Munique: Beck, 1985, p. 16.

⁵⁷⁵ No original: “Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts sind Bestandteil des Bundesrechts. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes.”

de que somente as “normas gerais” é que devem ser autoaplicáveis, e não qualquer dispositivo constante de um acordo internacional⁵⁷⁶.

13.2.10.6 No direito brasileiro, entretanto, parece assistir razão a Xavier, já que toda vez que de um tratado internacional puder-se extrair um *direito ou garantia* ao indivíduo, este estará incorporado, por força do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal, aos direitos e garantias fundamentais a que se refere o Título II daquele texto.

13.2.10.7 Ademais, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04, acresceu-se um terceiro parágrafo ao artigo 5º, dispondo que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em dois turnos, em cada uma das casas do Congresso Nacional, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

13.2.10.8 Nesse passo, aponte-se que Ricardo Lobo Torres não hesita em incluir o Princípio da Igualdade em matéria tributária entre os direitos humanos⁵⁷⁷. Ora, se entendermos que a bitributação, por afetar o princípio da capacidade contributiva, contraria o Princípio da Igualdade, então será imediato que a proteção contra a bitributação será um direito humano, porquanto assegura positivamente a igualdade.

13.2.10.9 Os acordos de bitributação estariam, assim, compreendidos no escopo dos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º do texto constitucional. No que concerne ao último parágrafo, conclui-se que, ocorrendo a aprovação do acordo em dois turnos, por três quintos dos votos dos membros das casas legislativas, este será então equivalente a uma emenda constitucional.

13.2.10.10 Com efeito, embora à primeira vista o dispositivo pareça se referir, apenas, aos tratados concernentes aos direitos humanos⁵⁷⁸, a expressão “direitos e garantias” parece ter alcance mais amplo.

13.2.10.11 A expressão “direitos e garantias” é repetida pelo legislador constituinte no artigo 60, parágrafo 4º, IV, que dispõe sobre as “cláusulas pétreas”, cujas matérias não podem ser objeto de emenda constitucional. Não parece haver razão para entender-se que idêntica expressão, utilizada no parágrafo 2º do artigo 5º e no inciso IV do parágrafo 4º do artigo 60 do texto constitucional, tenha significados diferentes, já que o segundo dispositivo visa, exatamente, à perpetuação do primeiro.

13.2.10.12 A inclusão, ou não, da matéria tributária entre os “direitos e garantias” a que se refere a “cláusula pétrea” acima foi objeto de discus-

⁵⁷⁶ A este respeito, confirmam-se as observações efetuadas em outra obra, *op. cit.* (nota 542), p. 95, com referências bibliográficas.

⁵⁷⁷ Cf. Ricardo Lobo Torres, *op. cit.* (nota 261), p. 67.

⁵⁷⁸ Cf. Celso D. de Albuquerque Mello, *Direito Constitucional Internacional - Uma Introdução*, Rio de Janeiro: Renovar, 1994, pp. 187-188.

são no Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ação direi- ta de inconstitucionalidade movida em face da introdução do IPMF - Im- posto sobre a Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e de Direitos de Natureza Financeira - quando o Pretório decidiu ser o princípio da anterioridade abrangido pelo dispositivo constitucional acima referi- do⁵⁷⁹.

13.2.10.13 Por outro lado, há que se considerar que um acordo de bi- tributação não contém qualquer princípio geral. Traz, antes, regras cujo alcance é a autolimitação recíproca de duas soberanias fiscais. Nem por isso, deixa de ser uma *garantia*, ao residente de um dos Estados Contratantes, de que estes tratarão seu rendimento do modo ali descrito. A *garantia* só faz sentido se nenhum dos Estados puder modificar seu compromisso mediante mera alteração legislativa interna, em total desrespeito ao direito internacional público e, em especial, a seu parceiro contratante⁵⁸⁰.

13.2.10.14 Assim, se os acordos de bitributação oferecem *garantias*, é de se concluir não poderem ser eles contrariados pela legislação interna.

Tratados Internacionais e Lei Interna na Jurisprudência Brasileira

13.3 No que tange à jurisprudência, a tradição brasileira sempre acei- tou o primado do direito internacional sobre as normas internas⁵⁸¹. Celso Mello refere-se, neste sentido, aos casos da União Federal v. Cia. Rádio Internacional do Brasil (1951), em que o Supremo Tribunal Federal decidiu unanimemente que um tratado revogava as leis anteriores (Apelação Cível nº 9.587), ao Pedido de Extradicação nº 7, de 1913, onde se declarava estar em vigor e aplicável um tratado, apesar de haver uma lei posterior contrária a ele, e ao acórdão do Supremo Tribunal Federal, na Apelação Cível nº 7.872, de 1943, também apontando que um tratado não é revogado pela lei interna posterior⁵⁸².

⁵⁷⁹ ADIn nº 939-7-DF - Medida Cautelar - Rel. Min. Sydney Sanches - j. 15/09/93 - Reqte: Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio; Reqdos.: Presiden- te da República e outro - DJU de 17/12/93, p. 28.067. Cf. *Repertório IOB de Juris- prudência*, 1994, 1/7025.

⁵⁸⁰ Em trabalho anterior (nota 540), o autor já chegara à conclusão da prevalência dos tratados pela lei interna sem, entretanto, analisar o dispositivo constitucional ora examinado. A referida decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, estenden- do os "direitos e garantias" à matéria tributária, obriga o autor a concordar com a posição de Xavier no sentido de que, efetivamente, os acordos de bitributação estão protegidos constitucionalmente.

⁵⁸¹ Cf. José Inácio Franceschini, "Conflito entre os Tratados Internacionais e as Nor- mas de Direito Interno que lhe forem posteriores", *Revista dos Tribunais* vol. 556, 1982, pp. 28-36 (30).

⁵⁸² Cf. Celso D. de Albuquerque Mello, *op. cit.* (nota 562), p. 104.

13.3.1 Tal tendência foi interrompida em 1978, quando o Supremo Tribunal Federal, em julgamento que se estendia em seu Plenário desde setembro de 1975, decidiu, por maioria de votos que, ante um conflito entre tratado e lei posterior, esta lei, porque expressão última da vontade do le- gislador republicano, deveria ter sua prevalência garantida pela Justiça, sem embargo das consequências do descumprimento do tratado, no plano internacional⁵⁸³.

13.3.2 Foi a seguinte a ementa daquele acórdão:

"Convenção de Genebra - Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias - Aval aposto à Nota Promissória não registra- da no prazo legal - Impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do Decreto-lei nº 427, de 22.1.1969.

Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do País, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Decreto-lei nº 427/1969, que instituiu o registro obrigatório da Nota Promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulida- de do título.

Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi aposto.

Recurso extraordinário e provido. (RTJ 83/809)"

13.3.3 Na íntegra da decisão, vê-se que Ministro relator, Xavier de Albuquerque, enfrentou especificamente a questão quanto à possibilidade de uma lei posterior revogar um tratado internacional, afirmando, a partir da lição de Valladão, que "a norma internacional tem sua forma própria de revogação, a denúncia, só pode ser alterada por outra norma de categoria igual ou superior, internacional ou supranacional, e jamais pela inferior, interna ou nacional" (RTJ 83/815).

13.3.4. Por sua vez, o Ministro Eloy da Rocha, que acabou acompa- nhando a maioria (não dando provimento ao recurso), fê-lo com base no entendimento de que a lei posterior não seria incompatível com o tratado internacional em questão. Ao contrário, sobre o tema específico da preva- lência dos tratados internacionais sobre a lei interna, Eloy da Rocha acom- panhava o Relator, dizendo: "entendo que lei ordinária não pode revogar norma constante das mesmas Convenções" (RTJ 83/848).

13.3.5 Tampouco o voto do Ministro Antonio Neder pode ser contado em sede da questão da prevalência dos tratados sobre a lei interna: sua

⁵⁸³ Cf. José Francisco Rezek, *op. cit.* (nota 563), p. 106.

fundamentação deu-se exclusivamente no sentido da inexistência de incompatibilidade *in casu*, sem qualquer manifestação sobre o assunto que ora nos interessa. Confira-se: “Estou em que a sede jurídica da controvérsia não está no campo das relações do direito internacional com o direito interno.” (RTJ 83/842)

13.3.6 Assim, somente enfrentaram a questão, concluindo pela possibilidade de uma lei interna modificar um tratado internacional, os Ministros Cunha Peixoto, Cordeiro Guerra, Leitão de Abreu, Rodrigues de Alckmin e Thompson Flores.

13.3.7 Tendo em vista que o objeto do presente estudo é a matéria tributária, entretanto, a posição da maioria deve ser vista com cautela.

13.3.8 Efetivamente, Cunha Peixoto, primeiro Ministro a contrariar o voto do Relator e, ademais, Relator designado para o acórdão, adotando posição dualista e admitindo a revogação do tratado por lei interna, fez a seguinte ressalva:

“8. Nem se diga estar a irrevogabilidade dos tratados e convenções por lei ordinária interna consagrado no direito positivo brasileiro, porque está expresso no art. 98 do Código Tributário Nacional, *verbis*: *os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observadas pelas que lhe sobrevierem.*

Como se verifica, o dispositivo refere-se a tratados e convenções. Isto, porque os tratados podem ser normativos ou contratuais. Os primeiros traçam regras sobre pontos de interesse geral, empenhando o futuro pela admissão de princípio abstrato, no dizer de Tito Fulgêncio. Contratuais são acordos entre governantes acerca de qualquer assunto. O contratual, e, pois, título de direito subjetivo.

Dá o art. 98 declarar que tratado ou convenção não é revogado por lei tributária interna. É que se trata de um contrato que deve ser respeitado pelas partes.

(...)

Por isso mesmo, o art. 98 só se refere à legislação tributária, deixando, destarte, claro não ser o princípio de ordem geral. Se a lei ordinária não pudesse, pela constituição, revogar a que advém de um tratado, não seria necessário dispositivo expresso de ordem tributária.” (RTJ 83/823-824)

13.3.9 Assim, o Ministro Cunha Peixoto enxerga uma distinção entre a Convenção de Genebra (objeto do acórdão) e os tratados em matéria tributária. A distinção é a que a doutrina de direito internacional faz entre os tratados normativos e os tratados contratuais.

13.3.10 Le Four trata da diferença entre ambas as espécies de tratados, explicando que os normativos são de caráter genérico, comportando, de regra, a adesão de outros Estados; eles constituem um esboço de codificação do direito internacional público; os contratuais são análogos aos contratos entre particulares⁵⁸⁴. A classificação não escapa de críticas, citando-se, por todas, entre nós, a de Rezek⁵⁸⁵.

13.3.10.1 De todo modo, evidente que um acordo de bitributação não está aberto a adesões; é, antes, o fruto de concessões mútuas entre dois Estados, donde se entende que um Estado somente se dispõe a renunciar a parte de seu direito de tributar em vista do fato de que a outra parte faz o mesmo.

13.3.10.2 O caráter negocial dos acordos de bitributação pode, também, ser extraído da seguinte passagem de Vogel:

“Cada acordo é autônomo. O uso de modelos de acordos e formulações padronizadas não deve esconder que cada acordo toca em interesses bastante concretos e contrapostos dos Estados contratantes, para cujo equilíbrio geralmente são necessárias negociações duras e demoradas. É preciso ter-se a sorte de escutar, de vez em quando, ainda que em raras oportunidades, em fim de noite, as experiências relatadas pelas pessoas que participaram de negociações envolvendo acordos de bitributação. Tal como uma negociação que se arrastou tanto sobre pontos fundamentais, até que já se aproximava a hora do vôo de volta; é nesse momento, quando a outra parte ainda espera fechar negociações nessa rodada, que se pode esperar uma pré-disposição para concessões sob a pressão do tempo. Ou ainda, sobre quaisquer negociações noturnas, nas quais aquele fisicamente mais robusto tem mais vantagem. Ainda, sobre aquela delegação anfitriã que prometeu um jantar frio após as negociações, deixando a comida já preparada visível na ante-sala e a negociação continuou impiedosamente (parece que a delegação anfitriã, neste ínterim, foi se servindo individualmente). Ainda que se deduzam cinquenta por cento das histórias, por conta da ‘conversa de negociador’, semelhante à ‘conversa de pescador’ ou ‘de caçador’, ainda assim restará o suficiente para não deixar dúvidas de que os acordos implicam uma luta dura e maliciosa, na qual as partes que negociam estão prontas e dispostas a se valer de to-

⁵⁸⁴ Cf. Louis Le Fur, *Précis de Droit International Public*, 3ª edição, Paris, Dalloz, 1937, p. 204.

⁵⁸⁵ *Op. cit.* (nota 563), p. 30.

das as vantagens que se oferecerem. Isto não pode ser desconsiderado na interpretação do acordo.”⁵⁸⁶

13.3.10.3 Diante das circunstâncias como são negociados os acordos de bitributação, que levam em consideração as peculiaridades dos Estados Contratantes, em um regime de concessões mútuas, não abertas a terceiros países, cujo resultado não é uma norma geral de direito internacional público, mas mero conjunto de renúncias recíprocas de poderes de tributar, parece correto estarmos, na classificação adotada pelo Ministro Cunha Peixoto, diante de um tratado convencional.

13.3.10.4 À vista da argumentação tecida pelo Ministro Cunha Peixoto, parece ser lícito afirmar que seu voto excepcionava o caso dos acordos de bitributação que, por decorrerem de concessões recíprocas, não podem ser modificados ou afastados pela legislação interna.

13.3.10.5 Do mesmo modo, o Ministro Cordeiro Guerra, que, votando em seguida a Cunha Peixoto, também dava provimento ao Recurso, observou que diversa seria sua conclusão em matéria tributária:

“Argumentou-se com o art. 98 do Código Tributário Nacional, para concluir pela irrevogabilidade dos tratados por legislação tributária interna que lhes sobrevenha. Mas, como bem observou o ilustre Ministro Cunha Peixoto, sob pena de inconstitucionalidade

⁵⁸⁶ No original: “Eigenständig ist aber auch das einzelne Abkommen. Die Verwendung von Abkommensmustern und Standardformulierungen darf nicht darüber täuschen, daß jedes Abkommen sehr konkrete, einander entgegengesetzte Interessen der Vertragsstaaten berührt, über deren Ausgleich sie oft langwierig und zäh miteinander verhandeln. Man muß einmal die Chance haben zuzuhören, wenn Personen, die an Doppelbesteuerungsverhandlungen mitgewirkt haben, gelegentlich, wenn auch nur sehr selten, etwa in vorgerückter Stunde, aus ihrem Erfahrungsschatz auspacken. Etwa davon, daß eine Verhandlung über wichtige Punkte so lange hinausgezögert wird, bis schon das Flugzeug für den Rückflug bereitsteht: dann nämlich, wenn die andere Seite die Verhandlungen noch in dieser Runde abschließen möchte und man unter Zeitdruck Konzessionsbereitschaft erwartet. Oder von den beliebten Nachtverhandlungen, in denen der physisch Robustere den Vorteil davonträgt. Oder von jener gastgebenden Delegation, die ein kaltes Abendessen nach Abschluß der Verhandlungen zugesagt, das Essen auch sichtbar im Vorraum aufgebaut hatte, und dann die Verhandlungen mitleidslos in die Länge zog (angeblich haben sich die Gastgeber zwischendurch einzeln versorgt). Mag man fünfzig Prozent sozler Erzählungen auf das Konto eines ‘Verhandlerlateins’, vergleichbar dem Seemanns- oder Jägerlatein, setzen, so bleibt doch genug, um deutlich zu machen, daß um die Abkommen gelegentlich hartnäckig und fintenreich gerungen wird und daß die Verhandlungspartner bereit und bemüht sind, jeden sich bietenden Vorteil auch tatsächlich auszunutzen. Für die Auslegung der Abkommen kann das nicht unberücksichtigt bleiben.” Cf. Klaus Vogel, “Abkommensvergleich als Methode bei der Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen”, *Steuerberater-Jahrbuch* 1983-1984, Colônia: Otto Schmidt, pp. 373-391 (377-378).

deve ser compreendido como limitado aos acordos contratuais de tarifas, durante a vigência destes.” (RTJ 83/829)

13.3.10.6 Em seguida, votou o Ministro Leitão de Abreu, que acompanhou os dois antecessores, sem, entretanto, debruçar-se sobre a questão do artigo 98 do Código Tributário Nacional. Perquirido pelo Ministro Xavier de Albuquerque sobre sua posição a esse respeito, assim respondeu o Ministro Leitão de Abreu:

“Peço licença ao eminente Ministro Xavier de Albuquerque, para observar que essa questão foi objeto de debate no processo, tendo-se então sustentado que essa norma do Código Tributário é aplicável quanto aos tratados de natureza central, não quanto aos tratados-leis como é o caso presente.” (RTJ 83/838)

13.3.10.7 Evidentemente, houve um erro de transcrição, já que não se fala em “tratados de natureza central”, mas “contratual”. Assim, pode-se entender que tampouco Leitão de Abreu aceitava que norma interna posterior se sobrepujasse a um tratado de natureza contratual, como o são, admitida a classificação proposta, os acordos de bitributação.

13.3.10.8 Em seguida, votou o Ministro Rodrigues Alckmin, também dando provimento ao Recurso. No que tange à questão dos acordos em matéria tributária, assim se manifestou o magistrado:

“Ainda que se atribua ao C.T.N. a eficácia de lei complementar, a restrição constante da cláusula final, relativa ao exercício de um dos Poderes do Estado, somente comportaria previsão constitucional. E se assim não fora, ainda cumpre observar, como o fez, em seu lúcido voto, o eminente Ministro Cordeiro Guerra, que a norma estaria restrita, induvidosamente, à legislação tributária.” (RTJ 83/840-841)

13.3.10.9 Assim, parece que Rodrigues Alckmin não aceitava que o Código Tributário Nacional dispusesse sobre a prevalência dos acordos internacionais, já que, a seu ver, a matéria somente comportaria previsão constitucional.

13.3.10.10 Finalmente, o Ministro Thompson Flores, também dando provimento ao Recurso, manifestou-se de acordo com os que o antecederam ao considerarem o artigo 98 do Código Tributário Nacional (RTJ 83/847).

13.3.10.11 Conclui-se, destarte, que, excetuado o Ministro Rodrigues Alckmin, todos os Ministros que votaram no citado Recurso Extraordinário admitiram, em matéria tributária, a prevalência dos tratados contratuais, que não podem ser modificados pela legislação interna que lhes sobrevenha.

13.3.10.12 O precedente do plenário passou a influenciar novos julgados do Supremo Tribunal Federal, sempre com a separação proposta entre

tratados de natureza contratual ou não. A título exemplificativo, cite-se o RE nº 99.376/RS, julgado em 01/06/1984, Relator Ministro Moreira Alves, cuja ementa assim se redigiu:

“ICM. Crédito presumido de 80% em favor do produtor de maçãs, segundo o Convênio ICM 03/80. Tratado de Montevidéu: artigo 21. Honorário de advogado em mandado de segurança. Em se tratando de tratado de natureza contratual, não há dúvida de que se lhe aplica o disposto no artigo 98 do CTN. Inocorrência de ofensa ao artigo 21 do Tratado de Montevidéu, em virtude da sistemática adotada para a concessão do crédito presumido em causa. Ademais, não há prova sequer de que o exportador seja o próprio produtor. Falta de prequestionamento do artigo 3º do Tratado de Montevidéu (súmula 512, relativa a honorários de advogado. Recurso extraordinário conhecido quanto a honorários advocatícios, e nela provido.”

13.3.10.13 Do voto do Ministro Moreira Alves, nota-se que este também se debruçou sobre os votos de seus pares no *leading case* acima analisado, chegando a conclusão idêntica à acima apontada:

“2. As considerações desenvolvidas pelo acórdão recorrido, para sustentar que, em nosso sistema jurídico, a lei ordinária posterior pode revogar tratado anteriormente celebrado, não são aplicáveis à questão em causa, porquanto, mesmo os que têm dúvida sobre a constitucionalidade do disposto no artigo 98 do C.T.N. (‘Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha’), adstringem essa dúvida aos tratados normativos, não abarcando, nela, os tratados contratuais, como se vê, por exemplo, nos votos dos Srs. Ministros Cunha Peixoto, Cordeiro Guerra e Leitão de Abreu, no RE 80.004.” (RTJ 83, pp. 824, 829 e 838)

13.3.10.14 Mais recentemente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em acórdão relatado pelo Ministro Celso de Mello, voltou a manifestar-se sobre a relação entre tratados internacionais e lei interna, lendo-se, na Ementa (Extradição nº 662-2 República do Peru, de 28/11/1996):

“Paridade Normativa entre Leis Ordinárias Brasileiras e Tratados Internacionais

Tratados e convenções internacionais - tendo-se presente o sistema jurídico existente no Brasil (RTJ 83/809) - guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado brasileiro.

- A normatividade emergente dos tratados internacionais, dentro do sistema jurídico brasileiro, permite situar esses atos de direito internacional público no que concerne à hierarquia das fontes, no

mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as leis internas do Brasil.

- A eventual precedência dos atos internacionais sobre as normas infraconstitucionais de direito interno brasileiro somente ocorrerá - presente o contexto de eventual situação de antinomia com o ordenamento doméstico - não em virtude de uma inexistente primazia hierárquica, mas, sempre, em face da aplicação do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes.”

13.3.10.15 A leitura da íntegra do julgamento permite concluir que não se tratou aquele de novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal, senão de mera confirmação do precedente surgido no citado RE nº 80.004. Com efeito, versava esse caso concreto sobre a possibilidade de a lei interna (Estatuto do Estrangeiro) prevalecer sobre tratado internacional (Código Bustamante). Nota-se, assim, que o conflito, na linha do precedente citado, era entre um tratado classificado entre os “tratados-normas” e lei interna. Nenhuma cogitação se encontra, seja na ementa, seja no voto do relator, acerca do tema tributário⁵⁸⁷. Os demais Ministros, em seus votos, sequer tratam da matéria da prevalência entre tratados e leis internas, tendo o debate sido focado, antes, numa questão prescricional, cabível ao caso concreto. Não parece correto, destarte, tomar esse julgamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal como qualquer avanço em relação à posição firmada no RE nº 80.004.

13.3.10.16 A decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, no RE nº 80.004, influenciou, igualmente, os tribunais inferiores.

13.3.10.17 A título exemplificativo, cite-se a decisão da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que, por unanimidade, assim decidiu no REsp nº 37.065-5/PR (RSTJ, a.6 (57): 394-398):

“Tributário. Isenção do AFRMM em relação a mercadorias importadas sob a égide do GATT. Impossibilidade. 1. O mandamento contido no artigo 98 do CTN não atribui ascendência às normas de direito internacional em detrimento do direito positivo interno, mas, ao revés, posiciona-as em nível idêntico, conferindo-lhe efeitos semelhantes. 2. O artigo 98 do CTN, ao preceituar que tratado ou convenção não são revogados por lei tributária interna, refere-se aos acordos firmados pelo Brasil a propósito de assuntos espe-

⁵⁸⁷ Na verdade, no voto do Relator encontra-se uma referência bibliográfica que inclui, entre outros autores, textos de matéria tributária da lavra de José Alfredo Borges, Francisco Campos, Antonio Roberto Sampaio Dória e Geraldo Ataliba. O Relator não se debruça, entretanto, sobre a matéria dos tratados referentes a tributos, nem sobre o artigo 98 do Código Tributário Nacional.

cíficos e só é aplicável aos tratados de natureza contratual. 3. Se o ato internacional não estabelecer, de forma expressa, a desobrigação de contribuições para a intervenção no domínio econômico, inexistente isenção pertinente ao AFRMM. 4. Recurso a que se nega provimento. 5. Decisão indiscrepante.”

13.3.10.18 Nessa decisão, o Relator, Ministro Demócrito Reinaldo, faz expressa referência ao precedente do Supremo Tribunal Federal, dando relevância à distinção entre acordos contratuais e normativos. Não foi esta, entretanto, a razão de decidir do magistrado.

13.3.10.19 Com efeito, esclarece o magistrado que “por outro lado, a simples existência de tratados contratuais não outorga, *ipso facto*, isenção de AFRMM à importação. Com efeito, impõe-se exista cláusula expressa instituindo hipótese de não-incidência. Apenas acordos supranacionais de natureza contratual contendo disposições que tais, encontrarão guarida na norma *in comento* (art. 5º, V, C, do DL nº 2.404/87). Estas condições são cumulativas”.

13.3.10.20 Destarte, foi a falta de previsão, no GATT, de uma isenção relativa ao AFRMM, que motivou a decisão daquela Corte, e não a negativa da aplicação do artigo 98 do Código Tributário Nacional.

13.3.10.21 Ao mesmo tempo, constata-se, da decisão acima, que, pelo menos no que se refere aos tratados de natureza contratual, não põe dúvidas a Corte acerca da prevalência destes tratados sobre normas de direito interno.

13.3.10.22 A melhor doutrina critica a posição jurisprudencial, no que se refere aos acordos normativos, seja porque a classificação entre “normativos” e “contratuais” é imperfeita e desconsidera o fato de que a prevalência das garantias decorrentes de acordos de bitributação advém da Constituição Federal⁵⁸⁸, seja por representar “um verdadeiro retrocesso nesta matéria”, “adotando uma concepção de soberania que desapareceu em 1919, pelo menos entre os juristas”⁵⁸⁹.

Constitucionalidade do Artigo 98 do CTN

13.4 Também entre os tributaristas pátrios, encontra-se frança maioria favorável à constitucionalidade do artigo 98 do Código Tributário Nacional, que assim dispõe:

“Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.”

⁵⁸⁸ Cf. Xavier, *op. cit.* (nota 11), pp. 119 a 149.

⁵⁸⁹ Cf. Celso D. de Albuquerque Mello, *op. cit.* (nota 562), p. 105.

13.4.1 Com o rigor que lhe é peculiar, Xavier alerta que, em verdade, “é incorreta a redação deste preceito, quando se refere à ‘revogação’ da lei interna pelos tratados. Com efeito, não se está aqui perante um fenômeno ab-rogativo, já que a lei interna mantém a sua eficácia plena fora dos casos subtraídos à sua aplicação pelo tratado. Trata-se, isso sim, de limitação da eficácia da lei que se torna *relativamente inaplicável* a certo círculo de pessoas e situações, limitação esta que caracteriza precisamente o instituto da *derrogação* e decorre da relação de especialidade entre tratados e leis”⁵⁹⁰. Idêntico alerta é feito por Hugo de Brito Machado: “O que ela pretende dizer é que os tratados e convenções internacionais prevalecem sobre a legislação interna, seja anterior ou mesmo posterior.”⁵⁹¹

13.4.2 Iguualmente aprovando a aplicabilidade do artigo 98 do Código Tributário Nacional, cite-se opinião da lavra de Ruy Barbosa Nogueira, que assim se pronuncia: “Isto é inconcuso e o Brasil não pode deixar de honrar o que contratou e assinou como Tratado Internacional. Aprovou, ratificou e incorporou como supraordenado à sua legislação interna, quando sua legislação tributária *complementar à Constituição* já reconhecida e reconhece como revogatório da *legislação tributária interna e imperativamente* manda que os tratados e convenções internacionais também *serão* observados pela legislação interna que lhes sobrevenha. A disposição do art. 98 do CTN, além de legislação *paraconstitucional*, é texto imperativo, dirigido ao legislador ordinário e *regulativo da limitação do poder de tributar*.”⁵⁹²

13.4.3 No mesmo sentido, leciona Rothmann: “na existência de um acordo contra a bitributação, as partes contratantes não podem tomar medidas unilaterais, autônomas ou nacionais, modificando o conteúdo do acordo contra a bitributação”⁵⁹³.

13.4.4 Também confirma a prevalência a lição de Sacha Calmon Navarro Coelho: “(a) a Constituição brasileira concede primazia aos tratados internacionais e manda observá-los e aplicá-los, bastando que o Brasil os tenha subscrito; (b) a lei complementar da Constituição em matéria fiscal, o art. 98 do CTN, assegura a supremacia da norma convencional tributária em face da legislação interna, vedando sua alteração pelo legislador ordinário, em harmonia com a Constituição (...)”⁵⁹⁴.

⁵⁹⁰ *Op. cit.* (nota 11), p. 131.

⁵⁹¹ Cf. Hugo de Brito Machado, *Curso de Direito Tributário*, 5ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 43.

⁵⁹² Cf. Ruy Barbosa Nogueira, “Tratados Internacionais em Matéria de Tributação”, *Direito Tributário Atual* vol. 3, São Paulo: IBDT/Resenha Tributária, 1983, pp. 341 a 379 (354).

⁵⁹³ Cf. *op. cit.* (nota 555), p. 81.

⁵⁹⁴ Cf. “As Contribuições para a Seguridade e os Tratados Internacionais”, *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 26, São Paulo: Dialética, 1997, pp. 67 a 85 (80).

13.4.5 Finalmente, apenas para encerrar a questão envolvendo a constitucionalidade do artigo 98 do Código Tributário Nacional, nota-se que, mesmo que o texto constitucional não exigisse (como exige) a prevalência das garantias conferidas por tratados internacionais sobre as normas do direito interno, ainda assim não haveria a imediata revogação do tratado por normas internas.

13.4.6 Para tal conclusão, parte-se do direito comparado, em que se encontra, na Alemanha, o parágrafo 2º da *Abgabenordnung*, cujo texto muito se assemelha ao artigo 98 do Código Tributário Nacional. Confira-se:

“Tratados com outros Estados, no sentido do art. 59, n. 2, período 1, da Lei Fundamental, que dispuserem sobre tributação, prevalecem sobre as leis tributárias, desde que se tenham tornado direito interno de aplicação imediata.”⁵⁹⁵

13.4.6.1 Ocorre que, diferentemente do texto constitucional brasileiro, a Lei Fundamental Alemã não inclui dispositivo recepcionando as garantias decorrentes de tratados internacionais, mas apenas os princípios do direito internacional público.

13.4.6.2 Tampouco existe, na Alemanha, lei de natureza complementar à Lei Fundamental (como o é, no Brasil, em relação à Constituição Federal, o Código Tributário Nacional), com força bastante para *estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária*.

13.4.6.3 Nem por isso o preceito legal acima citado levou a pecha da inconstitucionalidade. Ao contrário, a doutrina daquele país buscou uma interpretação do parágrafo 2º da *Abgabenordnung* conforme a Lei Fundamental, ainda que, segundo salienta Eilers, depois de pesquisa histórica da edição do texto legal, fosse a intenção do legislador de 1977 que nenhuma lei pudesse revogar o contratado pela República Federal da Alemanha internacionalmente.⁵⁹⁶

13.4.6.4 Assim, para não se reproduzir a vasta literatura a respeito do tema, menciona-se o raciocínio de Vogel, apontando que tal dispositivo, na qualidade de lei federal, não é instrumento hábil para dar aos acordos de bitributação prevalência sobre as leis. Portanto, a única interpretação razoável para ele é a de que a *Abgabenordnung* exige que o acordo interna-

⁵⁹⁵ Trad. por Alfred Schmidt *et al.*, *Novo Código Tributário Alemão*, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 1978. No original, encontra-se: “Verträge mit anderen Staaten im Sinne des Artikels 59, Abs. 2 Satz 1 des Grundgesetzes über die Besteuerung gehen, soweit sie unmittelbar anwendbares innestaatliches Recht geworden sind, den Steuergesetzen vor.”

⁵⁹⁶ Cf. Stephan Eilers, “Overriding of Tax Treaties under the Domestic Legislation of the U.S. and Germany”, *Tax Management International Journal* vol. 19, Washington DC, 1990, pp. 295-304 (296-297).

cional seja considerado *lex specialis* em relação à lei interna. Deste modo, o autor conclui ser possível que uma lei federal posterior modifique ou revogue dispositivo do acordo de bitributação. No entanto, a lei deve ser expressa sobre o assunto, já que em caso contrário, o acordo será tido por lei especial e, como tal, prevalecerá sobre a lei federal posterior⁵⁹⁷. A firma ele: “Portanto, se uma lei dispor de modo diverso do disposto em um acordo de direito internacional não declarar expressamente que o pretende romper, então partimos do princípio de que, até onde o contrato alcançar, ele permanece aplicável, no círculo jurídico intra-estatal, aos casos por ele regulados, como *lex specialis*.”⁵⁹⁸

13.4.6.5 No mesmo sentido, as opiniões de Klein e Orlopp⁵⁹⁹, Debatin⁶⁰⁰, Hübschmann, Hepp e Spitaler⁶⁰¹, Weigell⁶⁰², Tipke e Kruse⁶⁰³ e Mössner⁶⁰⁴.

13.4.7 Também nos Estados Unidos, para que uma lei interna prevaleça sobre um acordo internacional, exige-se que o legislador nacional declare expressamente ser esta sua intenção⁶⁰⁵.

13.4.8 Do mesmo modo, deve-se entender que no Brasil, ainda que não houvesse - como há - mandamento constitucional *exigindo* a observân-

⁵⁹⁷ Cf. Klaus Vogel, *op. cit.* (nota 43), pp. 164-169.

⁵⁹⁸ Cf. Klaus Vogel (org.), *Grundfragen des Internationalen Steuerrechts*, Colônia: Otto Schmidt, 1985, p. 266.

⁵⁹⁹ Cf. Franz Klein e Gerd Orlopp, *Abgabenordnung - einschließlich Steuerstrafrecht*, 4ª edição, Munique: Beck, 1989, pp. 15-16.

⁶⁰⁰ Cf. Helmut Debatin, “Die Abkommen der Bundesrepublik Deutschland zur Vermeidung der internationalen Doppelbesteuerung (Doppelbesteuerungsabkommen)”, in Rudolf Korn e Helmut Debatin, *Doppelbesteuerung - Sammlung der zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Ausland bestehenden Abkommen über der Vermeidung der Doppelbesteuerung*, 8ª edição, folhas soltas, Systematik - III, Munique: Beck, 1989, p. 89.

⁶⁰¹ Cf. Hübschmann, Hepp e Spitaler, *Kommentar zur Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung*, 9ª edição, Colônia: Otto Schmidt, § 2, Anm. 15.

⁶⁰² Cf. Jörg Weigell, “Das Verhältnis der Vorschrift des § 2a EStG zu den Doppelbesteuerungsabkommen”, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1987, pp. 122 a 140 (124-125).

⁶⁰³ Cf. Klaus Tipke e Heirich Wilhelm Kruse, *Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung: Kommentar zur AO 1977 und FGO (ohne Steuerstrafrecht)*, 14ª edição, folhas soltas, Colônia: Otto Schmidt, 1991, § 2, Tz 1.

⁶⁰⁴ Cf. Jörg Manfred Mössner, “Zur Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen”, in Karl Bockstiegel (org.), *Völkerrecht, Recht der Internationalen Organisationen, Weltwirtschaft - Festschrift für Ignaz Seidl-Hohenveldern*, Carl Heymanns: Colônia, Berlim, Bonn e Munique, pp. 403 a 426 (413).

⁶⁰⁵ Cf. Luís Eduardo Schoueri, “Validade de Normas Internas Contrárias a Dispositivos de Acordos de Bitributação no Direito e na Prática Norte-americana”, *Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas* nº 3, ano 1, 1993, pp. 147-155, *passim*, com bibliografia sobre o tema.

cia, pelo legislador interno, das *garantias* decorrentes de acordos internacionais, o disposto no artigo 98 do Código Tributário Nacional continuaria aplicável, prevalecendo o acordo de bitributação sobre a lei interna, quando esta não dispusesse expressamente sua intenção de sobrepor-se ao que foi contratado internacionalmente.

13.4.9 Dada a possibilidade de existência simultânea de acordos de bitributação e legislação interna, resta investigar a metodologia de trabalho do jurista, diante de uma situação concreta em direito tributário internacional.

13.4.9.1 Em uma explicação figurativa bastante feliz, Vogel ensina que os acordos de bitributação servem como uma máscara, colocada sobre o direito interno, tapando determinadas partes deste. Os dispositivos do direito interno que continuarem visíveis (por corresponderem aos buracos recortados no cartão) são aplicáveis; os demais, não. Pouco interessa se a pesquisa inicia-se a partir da máscara ou do texto, já que o resultado é o mesmo; logicamente inexistente qualquer preferência, devendo a pesquisa seguir, caso a caso, o caminho que for mais prático⁶⁰⁶.

13.4.9.2 Helmut Debatin, sustentando que o direito interno serve de fundamento para o nascimento da obrigação tributária, enquanto os acordos de bitributação, como *lex specialis*, servem para limitá-la, gera uma polêmica com Vogel, concluindo ser imposição lógica que primeiro se examine a *lex specialis* (os acordos). Somente depois de comprovado, a partir do acordo de bitributação, que o Estado Contratante teve preservado pelo acordo seu direito de tributar ou, nos termos como os acordos costumam dispor, os rendimentos “podem ser tributados”, é que se deve examinar a lei interna, para ver se, efetivamente, ocorre a tributação⁶⁰⁷.

13.4.9.3 Respondendo às críticas, Vogel esclarece que a questão da ordem de prova, *i.e.*, se o início da pesquisa deve se dar no direito interno ou no acordo de bitributação, não tem qualquer consequência prática, demonstrando, entretanto, que não há qualquer regra lógica que imponha um início pelos acordos nem pelo direito interno⁶⁰⁸. Debatin publicou uma réplica⁶⁰⁹ que, por não trazer novos argumentos, não foi respondida por Vogel.

13.4.9.4 O tema voltou a ser tratado com cuidado por Mössner. Este autor, com rigor científico, alerta que no sentido restrito da metodologia

⁶⁰⁶ Cf. Klaus Vogel, *op. cit.* (nota 43), p. 121.

⁶⁰⁷ Cf. Helmut Debatin, “System und Auslegung der Doppelbesteuerungsabkommen”, *Der Betrieb*, Suplemento nº 23/85, Caderno nº 39, 1985, pp. 1 a 8 (2).

⁶⁰⁸ Cf. Klaus Vogel, “Zu einigen Fragen des Internationalen Steuerrechts”, *Der Betrieb*, Caderno 10, 1986, pp. 507-509 (507).

⁶⁰⁹ Cf. *Der Betrieb*, Caderno 10, 1986, pp. 510-513.

jurídica não se pode falar que um acordo de bitributação seja *lex specialis* em relação à lei tributária interna. Uma norma só se coloca em relação de especialidade perante outra se apresentar uma hipótese de incidência completa, à qual acrescente requisitos adicionais. As normas dos acordos de bitributação, entretanto, são incompletas, exigindo ser completadas por meio do direito interno. Materialmente se trata, pois, de normas de exceção às regras do direito nacional. Assim sendo, conclui Mössner, no mesmo sentido de Vogel, que pouco interessa a ordem com que se enfoca a questão. Pode-se, assim, deixar de lado a regra de exceção, se estiver evidente que a situação fática não se enquadraria na regra geral. O caminho inverso, entretanto, também é viável⁶¹⁰. Evidencia-se, aqui, que a polêmica criada por Debatin perde o sentido quando se conclui que não se está diante de uma lei especial, mas de uma regra que excepciona a aplicação do direito interno.

13.4.9.5 Assim, é lícito ao jurista examinar o direito interno ou o acordo de bitributação, conforme o caso prático revelar mais fácil. Somente da (i) existência de uma norma de direito tributário interno, prevendo a incidência tributária no caso em análise e, cumulativamente, da (ii) ausência de norma de acordo de bitributação excluindo aquela tributação, é que se pode concluir pelo nascimento da obrigação tributária no caso concreto.

Transfer Pricing nos Acordos de Bitributação

13.5 Para o estudo da disciplina dos preços de transferência nos acordos de bitributação, interessam os textos dos artigos 7º e 9º da Convenção-Modelo.

13.5.1 Versa o artigo 7º da Convenção-Modelo sobre o tratamento das filiais das empresas com sede no exterior⁶¹¹. O dispositivo admite a tributação da filial em separado (ficção de independência)⁶¹², ao mesmo tempo em que repele a teoria da “força de atração”⁶¹³, disciplinando, em seu parágrafo 1º *in fine*, a tributação dos lucros atribuíveis ao estabelecimento permanente.

⁶¹⁰ Cf. Jörg Manfred Mössner, *Neue Auslegungsfragen bei Anwendung von Doppelbesteuerungsabkommen, Hefte zur Internationalen Besteuerung*, Caderno 38, Hamburgo: Institut für Ausländisches und Internationales Finanz- und Steuerwesen - Universität Hamburg, 1987, p. 7.

⁶¹¹ Cumpre mencionar que, em julho de 2010, a OCDE publicou uma nova versão do artigo 7º da Convenção-Modelo, acompanhado dos respectivos comentários revisados, tratando com mais detalhes a debatida questão da atribuição de lucros a estabelecimentos permanentes.

⁶¹² Cf. parágrafo 3.4, *supra*, e seus subparágrafos.

⁶¹³ Sobre a teoria da “força de atração”, cf. Heleno Taveira Tôrres, *op. cit.* (nota 12), pp. 160 e ss.; v. tb. Luís Eduardo Schoueri, *op. cit.* (nota 42), p. 57.

13.5.1.1 Para o cálculo do lucro atribuível às filiais, a Convenção-Modelo admite tanto a adoção do método direto⁶¹⁴, como, desde que seja usual no Estado em questão, o emprego do método indireto.

13.5.1.2 Nota-se, a propósito, que a Convenção-Modelo não admite a adoção de um critério qualquer para a distribuição dos lucros no método indireto, exigindo que o critério produza um resultado compatível com o princípio *arm's length*⁶¹⁵. Se, à primeira vista, tal texto parece dar igual peso aos métodos direto e indireto, tal conclusão se afasta quando se considera que o método indireto só se aceita se produzir um resultado compatível com o *arm's length*, o que nada mais significa que o método indireto deve produzir resultados iguais aos a que se chegaria com o método direto⁶¹⁶.

13.5.1.3 No que tange às filiais, no campo das prestações de serviços que se encontra a possibilidade de divergência entre a sistemática brasileira dos preços de transferência e os acordos de bitributação.

13.5.1.3.1 Com efeito, com base na Convenção-Modelo da OCDE, é possível distinguir as prestações de serviço de "assistência", as de "administração" e as de "controle". Prestações de serviço de assistência são aquelas que poderiam ser efetuadas de igual maneira por um terceiro independente como, por exemplo, a consultoria jurídica. Para tais casos, embora se pudesse entender aplicável, sempre, o preço de mercado (o que igualaria seu tratamento às transferências de mercadorias), tal entendimento somente se pode aplicar àquelas prestações que a empresa também efetua junto a

⁶¹⁴ "Art. 7 (2) For the purposes of this Article and Article [23 A] [23B], the profits that are attributable in each Contracting State to the permanent establishment referred to in paragraph 1 are the profits it might be expected to make, in particular in its dealings with other parts of the enterprise, if it were a separate and independent enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions, taking into account the functions performed, assets used and risks assumed by the enterprise through the permanent establishment and through the other parts of the enterprise.

Art. 7 (3) In determining the profits of a permanent establishment, there shall be allowed as deductions expenses which are incurred for the purposes of the permanent establishment, including executive and general administrative expenses so incurred, whether in the State in which the permanent establishment is situated or elsewhere."

⁶¹⁵ "Art. 7 (4) Insofar as it has been customary in a Contracting State to determine the profits to be attributed to a permanent establishment on the basis of an apportionment of the total profits of the enterprise to its various parts, nothing in paragraph 2 shall preclude that Contracting State from determining the profits to be taxed by such an apportionment as may be customary; the method of apportionment shall, however, be such that the result shall be in accordance with the principles contained in this Article."

⁶¹⁶ Neste sentido: Klaus Vogel, *op. cit.* (nota 43), p. 609.

terceiros (*i.e.*, serviços que a empresa presta para o mercado são prestados também para seus próprios estabelecimentos, como os de construção numa empresa de engenharia, por exemplo), ou quando se tratar da apuração do lucro de um estabelecimento especializado na referida prestação de serviços, ou quando for possível apurar o quanto o serviço contribuiu para o resultado global da empresa. Não se preenchendo qualquer das três hipóteses, parece correto afirmar⁶¹⁷ que já não se está na hipótese do parágrafo 2º do artigo 7º da Convenção-Modelo da OCDE (que adota o princípio do tratamento do estabelecimento como entidade independente), mas na do parágrafo 3º do mesmo artigo, que já não trata das receitas do estabelecimento, mas de seus custos.

13.5.1.3.2 Tratando-se de despesas enquadradas no referido parágrafo 3º (e aqui estão, além daquelas acima aludidas, as de administração e de controle), importa determinar se se devem acrescentar aos custos efetivamente incorridos por um estabelecimento em tais serviços, um adicional que normalmente se acrescentaria se se tratasse de partes independentes. Na leitura do comentário da OCDE ao artigo 7º, nota-se que essa afasta a possibilidade de os Estados acrescentarem aos lucros auferidos pelos estabelecimentos algum valor ("comissão") por tais serviços, limitando-se a admitir a alocação das despesas, por seu valor efetivamente incorrido, entre os estabelecimentos da empresa. Na explicação da OCDE, essa regra não é incompatível com a do parágrafo 2º, que consagra o princípio *arm's length*: enquanto no parágrafo 3º se cogita da dedução de custos, o parágrafo 2º assegura que se obtenham os lucros que empresas independentes teriam, depois da dedução daqueles custos⁶¹⁸.

13.5.2 No que tange às empresas independentes, estas foram incluídas nos acordos de bitributação quando estes passaram a reconhecê-las como entidades separadas e não meros estabelecimentos permanentes⁶¹⁹. Notícia Vogel⁶²⁰ que já nos primeiros modelos elaborados pela Liga das Nações, em 1935 e 1936, encontravam-se dispositivos assemelhados ao que hoje se vê no artigo 9º da Convenção-Modelo da OCDE, incluído, também, no modelo do México (1943) e de Londres (1946).

13.5.2.1 O artigo 9º da Convenção-Modelo consagra o princípio *arm's length*. Nos termos do referido artigo, desde que empresas associadas mantenham, em suas relações, condições especiais que empresas independentes não manteriam, podem os Estados Contratantes proceder aos ajustes ao

⁶¹⁷ Cf. Klaus Vogel, *op. cit.* (nota 43), p. 613.

⁶¹⁸ Cf. o comentário da OCDE ao artigo 7, parágrafo 3 (parágrafo 17 do comentário àquele artigo), in OCDE, *op. cit.* (nota 218).

⁶¹⁹ Cf. artigo 5, parágrafo 7, da Convenção-Modelo da OCDE.

⁶²⁰ Cf. Klaus Vogel, *op. cit.* (nota 43), p. 694.

lucro de seus contribuintes⁶²¹. O parágrafo 2º da Convenção-Modelo trata dos ajustes correlatos, que, em síntese, consistem em obrigar o outro Estado Contratante a efetuar ajustes equivalentes aos efetuados pelo primeiro Estado Contratante, a fim de afastar a bitributação econômica que poderia ocorrer, fossem os ajustes efetuados em apenas um dos Estados. Tendo em vista que os ajustes correlatos apenas se fazem se o primeiro Estado demonstrar o desvio do princípio *arm's length*, o dispositivo acaba por revelar grande dificuldade prática na aplicação. Isso talvez explique porque o Brasil não costuma celebrar convenções contemplando o referido parágrafo 2º. Nota-se, a propósito, que a inexistência do referido parágrafo não implica a bitributação: simplesmente esta passa a ser evitada por meio de procedimento amigável, previsto no acordo.

13.5.2.2 Ao mesmo tempo, verifica-se da leitura do parágrafo 9º da Convenção-Modelo, que os Estados contratantes renunciam a sua liberdade de ajustar os lucros de contribuintes situados em seu território e abrigados pelo acordo de bitributação. Este ajuste cabe apenas no caso de se constatar a existência de relações especiais, que terceiros independentes não contrariariam. Noutras palavras, no dizer da própria OCDE em seu comentário ao artigo 9º, “não é autorizado qualquer ajuste nas contas de empresas associadas se as transações entre tais empresas se efetuaram em condições de um mercado aberto normal (em bases *arm's length*)”⁶²².

13.5.2.2.1 São, pois, pressupostos para que um Estado esteja autorizado a efetuar um ajuste: (i) que uma empresa em um Estado contratante e uma empresa em outro Estado contratante sejam *empresas associadas*; (ii) que as empresas estejam ligadas em suas relações *comerciais* ou *financeiras* por *condições* que difiram daquelas que empresas independentes teriam acordado; e (iii) que uma das empresas teria tido um lucro (mais alto), não estivessem presentes aquelas condições⁶²³.

13.5.2.3 Retomando a figura de Vogel, acima referida⁶²⁴, dir-se-á que a “máscara” (acordo de bitributação) apenas deixa abertos os casos em que

⁶²¹ Cf. parágrafo 3.6.4, *supra*.

⁶²² “2. This paragraph provides that the taxation authorities of a Contracting State may, for the purpose of calculating tax liabilities of associated enterprises, re-write the accounts of the enterprises if, as a result of the special relations between the enterprises, the accounts do not show the true taxable profits arising in that State. It is evidently appropriate that adjustment should be sanctioned in such circumstances. The provisions of this paragraph apply only if special conditions have been made or imposed between the two enterprises. No re-writing of the accounts of associated enterprises is authorised if the transactions between such enterprises have taken place on normal open market commercial terms (on an *arm's length* basis).” Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 217), comentário ao artigo 9, parágrafo 1º.

⁶²³ Cf. Klaus Vogel, *op. cit.* (nota 43), p. 701.

⁶²⁴ Cf. parágrafo 13.4.9.1, *supra*.

transações entre partes associadas se efetuaram fora do parâmetro *arm's length*. Nesses termos, o Estado renunciou à prerrogativa de efetuar ajustes: (i) no caso de empresas não associadas; (ii) no caso de transações cobertas pelo princípio *arm's length*; e (iii) no caso de inexistência de redução no lucro decorrente da inobservância do princípio *arm's length*.

13.5.2.4 A limitação dos ajustes às empresas associadas revela um primeiro caso de possível conflito entre as normas dos acordos de bitributação e o direito interno brasileiro. A leitura do texto da Convenção-Modelo revela que o acordo sempre versa acerca da participação, direta ou indireta, de uma empresa na administração, controle ou capital de outra. Ensina Vogel que o legislador interno é quem define o que se entende por participação na administração, controle ou capital; ao acordo de bitributação compete, entretanto, dizer o que entende por empresa associada e quais as formas de associação atingidas⁶²⁵. Noutras palavras, um vínculo que não se entenda por participação na administração, controle ou capital está fora do alcance do dispositivo.

13.5.2.4.1 Confrontando o texto do modelo da OCDE com a Lei nº 9.430/96, vê-se que seu artigo 23, ao definir “pessoa vinculada”⁶²⁶, ultrapassa o conceito de “pessoas associadas” a que se refere o artigo 9º da Convenção-Modelo, ao incluir, entre outros, os casos de consórcio ou condomínio, os parentes, ou, ainda, as pessoas sem qualquer vinculação senão um contrato de exclusividade.

13.5.2.4.2 Ora, como já ficou dito acima, acordos de bitributação não constituem lei interna; não a modificam nem por ela se revogam. Simplesmente, delimitam os contornos nos quais se admitirá a atuação do legislador tributário doméstico. Assim, quando a lei interna pretende ajustar o lucro de uma empresa, a partir de seus preços de transferência, o acordo de bitributação apenas permite que a alocação se dê nos casos em que ele contempla as empresas como associadas. Nos demais casos, a pretensão tributária do Estado Contratante fica limitada pelo acordo de bitributação. Entende-se, assim, que o Fisco brasileiro fica impedido de aplicar as regras de preços de transferência, no caso de transações entre empresas que, embora se considerem vinculadas, segundo a definição do artigo 23 da Lei nº 9.430/96, não sejam “associadas”, segundo o que disponha determinado acordo de bitributação⁶²⁷.

⁶²⁵ Cf. Klaus Vogel, *op. cit.* (nota 43), p. 703.

⁶²⁶ Cf. o Capítulo 4 deste estudo.

⁶²⁷ No mesmo sentido, cf. Ordélio Azevedo Sette e João Ruggero Lopez, “A Legislação Brasileira sobre Preços de Transferência e os Acordos Internacionais para evitar a Bitributação”, in Maria Augusta Machado de Carvalho (coord.), *Estudos de Direito Tributário em Homenagem à Memória de Gilberto de Ulhôa Canto*, Rio de Janeiro: Forense, 1998, pp. 267 a 275 (274).

13.5.2.4.3 Do mesmo modo, os artigos 24 e 24-A da Lei nº 9.430/96, que estendem as limitações de preços de transferência às transações com empresas não associadas, sediadas em países com tributação favorecida ou em regime fiscal privilegiado, parecem encontrar limitação no caso de negociações abrigadas por acordos de bitributação. Tal seria o caso, por exemplo, das operações situadas na Ilha da Madeira, quando eram abrigadas pelo acordo entre Brasil e Portugal. Somente no caso de empresas “associadas” é que se admitem os ajustes nos lucros; se uma empresa brasileira exportasse a empresa sediada na Ilha da Madeira (território português) não associada (nos termos definidos no referido acordo), então não haveria que se falar em ajuste nos lucros que, nas regras de repartição contratadas no referido acordo, apenas se tributam no Estado onde se situa a empresa que os auferiu.

13.5.3 Relevantíssima, também, a questão da adoção do princípio *arm's length* pela Convenção-Modelo. Com efeito, este estudo procurou demonstrar que, de regra, a legislação brasileira segue o parâmetro *arm's length*⁶²⁸⁻⁶²⁹. Apontaram-se, também, desvios daquele parâmetro, seja na lei, seja na orientação das autoridades administrativas, por meio das diver-

⁶²⁸ Deve-se mencionar que o CARF entende que não há incompatibilidade entre a legislação brasileira de preços de transferência e os acordos de bitributação firmados pelo Brasil. É esse o entendimento expresso, por exemplo, no Acórdão nº 101-96.665, de 17/04/08, no qual se expressou que “ainda que a opção da lei brasileira por métodos específicos fechados possibilite, em alguns casos, não alcançar, rigorosamente, o ‘preço da concorrência’, não há conflito entre o artigo 9º do acordo para evitar a dupla tributação com a Alemanha e a legislação interna”. No Acórdão nº 1103-00.608, de 17/01/12, afirmou o Conselheiro Relator reconhecer “que os ajustes previstos na lei doméstica, em geral, não permitem alcançar com perfeição o *arm's length price*”, sem existir, contudo, “incompatibilidade entre aquela e os tratados celebrados pelo Brasil”. Também pela ausência de contradição entre a lei brasileira e os acordos de bitributação que adotam o primeiro parágrafo do artigo 9º da Convenção Modelo da OCDE concluiu o Acórdão nº 1102-00.419, de 30/03/11.

⁶²⁹ Nesse sentido, nos Acórdãos nº 01-13.531, de 09/04/09, nº 01-13.455, de 02/04/09, e nº 01-21.527, de 29/04/11, todos da 1ª Turma da DRJ-Belém/PA, afirma-se que “não há contradição entre as disposições da Lei nº 9.430/96 e os acordos internacionais para evitar a bitributação, firmados pelo Brasil, em matéria relativa ao princípio *arm's length*”. No mesmo sentido, Decisão COSIT nº 12, de 19/07/00, Decisão COSIT nº 19, Decisão COSIT nº 20 e Decisão COSIT nº 21, todas de 31/10/00, Solução de Consulta COSIT nº 06, de 23/11/01. Já no Acórdão nº 14-26.391, de 08/12/09, da 3ª Turma da DRJ-Ribeirão Preto/SP, aventou-se que “a legislação brasileira sobre preços de transferência atende plenamente o princípio *arm's length*”. No Acórdão nº 16-31.073, de 19/04/11, da 5ª Turma da DRJ/SP, consignou-se que a legislação brasileira “implementa exatamente a regra do artigo 9º do Modelo de Convenção Modelo (sic) da OCDE, na medida em que se aferem os preços de mercado e se calculam os ajustes apenas se os preços praticados se afastarem - acima de um certo percentual (margem de divergência) - das condições de mercado”.

sas instruções normativas ou por atos concretos (como o caso da resposta à consulta da ABIFARMA, acima referida⁶³⁰).

13.5.3.1 Tratando-se de caso que envolva contribuinte abrangido por acordo de bitributação que inclua cláusula equivalente ao parágrafo 1º do artigo 9º da Convenção-Modelo da OCDE, deve-se concluir que antes da aplicação da lei interna, ou dos métodos por ela oferecidos, cabe examinar se, nos termos do acordo de bitributação, o Estado brasileiro tem competência para efetuar qualquer ajuste.

13.5.3.2 Surge, neste diapasão, ponto fundamental para a compreensão dos acordos de bitributação e sua aplicação. Acordos de bitributação são tratados internacionais e, como tal, não se interpretam de acordo com a legislação de qualquer um dos Estados Contratantes, mas segundo as regras do direito internacional público, hoje consolidadas pela Convenção de Viena⁶³¹. Daí decorre que o princípio *arm's length* não fica amarrado às normas brasileiras de preços de transferência, mas ao conceito que defluiu do acordo de bitributação.

13.5.3.3 Noutras palavras: para que o Estado brasileiro possa efetuar ajustes nos lucros de contribuintes abrigados por acordo de bitributação que siga a Convenção-Modelo da OCDE, cabe-lhe investigar, inicialmente, se as empresas associadas estão ligadas por relações comerciais ou financeiras diferentes daquelas que seriam estabelecidas entre empresas independentes. A indagação é do tipo que não aceita grau. Não cabe uma resposta do tipo “mais ou menos”. Ou a situação contratada diverge do parâmetro *arm's length* (e, então, examina-se qual o tratamento que a legislação nacional dá ao caso, procedendo-se, ou não, ao ajuste, na medida prevista pela lei nacional), ou conclui-se que terceiros em igual situação teriam firmado negócio semelhante e, neste caso, não cabe qualquer ajuste (ainda que, nos termos da legislação nacional, algum ajuste fosse possível).

13.5.3.4 Ao aplicador da lei, já foi dito, é indiferente examinar primeiramente a legislação interna, ou o acordo de bitributação. Importa-lhe, sim, ter consciência de que cada exame é feito em separado, não se podendo contaminar as conclusões.

13.5.3.5 Tome-se, por exemplo, a possibilidade de se analisarem transações, em vez de produtos, com o enfoque do modo como terceiros teriam agido em igual situação (princípio *arm's length*)⁶³², descabe qualquer limitação que porventura possa decorrer do direito interno.

13.5.3.6 Igual conclusão se aplica, por óbvio, todas as vezes em que surjam dúvidas acerca da compatibilidade das normas internas com o prin-

⁶³⁰ Cf. parágrafo 7.2.4.5.9, *supra*.

⁶³¹ Cf. parágrafo 13.1.3 e seus subparágrafos, *supra*.

⁶³² Cf. parágrafo 5.5 e seus subparágrafos.

cípio *arm's length*: tratando-se de acordos de bitributação, aquelas não podem impor limites à interpretação desse. O acordo de bitributação, por sua vez, poderá negar a aplicabilidade de normas internas sobre ajustes de lucros decorrentes de preços de transferência⁶³³.

13.5.3.7 O acordo de bitributação, já se disse, interpreta-se de acordo com normas internacionais. Estas, por sua vez, levam à finalidade do acordo, o que implica, em última análise, harmonia decisória. Tendo em vista que os acordos de bitributação assinados pelo Brasil incluem norma idêntica ao parágrafo 1º do artigo 9º da Convenção-Modelo, são os relatórios da OCDE o instrumento por excelência para sua interpretação⁶³⁴.

13.5.3.8 Em conclusão, constata-se que o aplicador da lei, na análise de um caso de preços de transferência envolvendo empresas beneficiadas por um determinado acordo de bitributação, poderá partir deste e, neste sentido, concluir que determinado Estado Contratante somente estará autorizado pelo acordo a efetuar qualquer ajuste se, observada a prática internacional consolidada nos relatórios da OCDE, for entendido que houve desvio do princípio *arm's length*. Para tal entendimento, o aplicador da lei não se limita aos métodos fixados pelo direito interno de qualquer dos Estados Contratantes: deverá ele privilegiar o princípio. Assim, desde que fique comprovado que terceiros em iguais situações teriam efetuado idêntica transação, ou que a transação não implicou qualquer ganho diferente daqueles que teriam sido obtidos não fossem impostas ou aceitas as condições inusuais, descabe qualquer ajuste.

⁶³³ Cf. Christoph Bellstedt, *op cit.* (nota 27), *passim*.

⁶³⁴ Cf. parágrafo 13.1.3.4, *supra*.

14. Conclusões

14.1 Preço de transferência é o valor cobrado por uma empresa, na venda ou transferência de bens, serviços ou de propriedade intangível, a uma subsidiária ou a empresa a ela relacionada. Tratando-se de preços que não se negociaram em um mercado livre e aberto, podem eles desviar-se daqueles que teriam sido acertados entre parceiros comerciais não relacionados, em transações comparáveis nas mesmas circunstâncias. Em matéria do imposto de renda, o tema assume importância diante da possível distorção provocada nos resultados da empresa, seja porque se lançou a resultado gasto (custo, despesa ou depreciação) maior do que o necessário para a atividade normal da empresa (ato anormal de gestão), seja porque se deixou de alocar ao país resultado ali produzido.

14.2 Para que se fundamente uma norma no sistema brasileiro, deve ela revelar um princípio norteador, como corolário do Princípio da Igualdade. No caso dos preços de transferência, o princípio que rege a legislação é o *arm's length*. Este princípio encontra fundamento, a par da isonomia, no próprio conceito de renda, já que visa, exatamente, a descobrir qual a renda imputável a contribuinte sujeito ao imposto brasileiro. Assim, enquanto a norma brasileira atende àquele princípio, fica garantido o atendimento ao princípio da isonomia e, ao mesmo tempo, assegura-se a não extrapolção do conceito de renda. Sendo princípio, convive com outros princípios, como a praticabilidade e os da Ordem Econômica (inclusive o fomento às indústrias nacionais).

14.3 A OCDE define o preço *arm's length* como aquele que teria sido acordado entre partes não relacionadas, envolvidas nas mesmas transações ou em transações similares, nas mesmas condições ou em condições semelhantes, no mercado aberto. Consiste, em síntese, em tratar os membros de um grupo multinacional como se eles atuassem como entidades separadas, não como partes inseparáveis de um negócio único.

14.3.1 Essencial, para a aplicação do princípio, é a comparação. Deve-se comparar uma transação entre partes vinculadas (transação controlada) com aquelas celebradas entre partes independentes (transação independente), em iguais termos e condições. Transação independente não é, necessariamente, uma transação concreta. Ao contrário, muitas vezes não se encontram transações efetivas comparáveis às transações controladas. Neste caso, faz-se necessário o emprego de métodos que, em resumo, investigam como partes independentes teriam negociado, naquelas situações. Daí decorre a importância dos seguintes elementos numa análise de preços de transferência:

- *Análise transacional*: o preço *arm's length* deve ser estabelecido a partir de uma transação identificada (ou de um grupo identificado de transações relacionadas);

- *Comparação (ou similaridade)*: a transação identificada (ou o grupo de transações identificado) deve ser comparada com outra transação, similar ou idêntica, hipotética ou real, com características idênticas ou similares;

- *Contrato de direito privado*: o preço *arm's length* deve levar em conta quaisquer obrigações legais assumidas pelas partes contratantes e, portanto, os efeitos jurídicos da transação não podem (em princípio) ser desconsiderados;

- *Características de mercado aberto*: o preço *arm's length* deve basear-se em condições de mercado, refletindo, assim, práticas comerciais normais. Como corolário, o preço *arm's length* somente pode ser estabelecido com base em informações que sejam disponíveis ou acessíveis ao contribuinte no momento em que ocorre a transação;

- *Características subjetivas*: o preço *arm's length* deve levar em conta as circunstâncias particulares que caracterizam a transação. Por esta razão, por exemplo, não se pode comparar o preço *arm's length* com o preço de mercado, pois o primeiro deve levar em conta, dentre outros fatores, que um fornecedor pode estar tentando aumentar sua participação no mercado e por isso estabelece preços inferiores aos do mercado;

- *Análise funcional*: a determinação do preço *arm's length* deve levar em conta as funções desempenhadas pelas empresas associadas. A análise funcional é importante para estabelecer se uma transação entre partes independentes é efetivamente comparável; é ainda mais importante quando não se encontram transações comparáveis, sendo necessário que o contribuinte ou as autoridades fiscais desenvolvam outros métodos para encontrar um preço *arm's length*.

14.3.2 Para a concretização do princípio *arm's length*, desenvolveram-se métodos, recebidos, em geral, pela legislação brasileira. Importa notar, outrossim, que os métodos desenvolvidos pela doutrina internacional não têm a pretensão de ser exaustivos, reconhecendo-se que o contribuinte pode encontrar um resultado *arm's length* sem o emprego de qualquer dos métodos. Estes, por outro lado, apenas atendem ao princípio *arm's length* na medida em que não fujam da análise comparativa que dá essência ao princípio.

14.4 A presente obra procurou evidenciar que o tema dos preços de transferência ainda apresenta incertezas; observou-se que o legislador bra-

sileiro poderá encontrar algumas referências a partir da prática internacional, mas não se pode deixar, neste ponto, de reconhecer que sequer a OCDE oferece respostas satisfatórias à complexidade que os casos reais podem oferecer.

14.5 Com efeito, enquanto em modelos teóricos torna-se possível encontrar um preço *arm's length*, chegando-se a acreditar que qualquer dos métodos sugeridos, desde que bem aplicados, chegaria a resultados semelhantes, próximos do que seria um "preço de mercado", a realidade impõe que se reconheça que, muitas vezes, a "boa" ou "má" aplicação de um método será o resultado de uma escolha dos envolvidos, sem que se tenha, necessariamente, um acerto ou um erro.

14.6 Diante da possibilidade de Fisco e contribuinte divergirem sobre o que seria um preço-parâmetro adequado, surge o dilema sobre a melhor solução do impasse.

14.6.1 Inicialmente, cumprirá averiguar se o impasse é verdadeiro ou apenas aparente. Efetivo será o impasse se os preços-parâmetros do Fisco e do contribuinte revelarem, ambos preços de mercado; ou, igualmente, se ambos os parâmetros não se sustentarem segundo o princípio *arm's length*.

14.6.2 Encontrando-se ambos os preços-parâmetros igualmente dentro da margem do que se definiria como preço de mercado, parece ser mais correto adotar-se a solução que implique menor ajuste, já que esta será aquela em que os preços convertidos em parâmetro de mercado estarão mais próximos daqueles efetivamente praticados pelas partes. A final, se os ajustes dos preços de transferência se fundamentam pela necessidade de se assegurar tratamento equivalente a partes que se encontrem em situação comparável, uma vez assegurada a adoção de parâmetros de mercado, não há razão para novos ajustes.

14.7 Mais complexa se torna a solução quando nem contribuinte nem Fisco são capazes de trazer elementos suficientes para a formação de um preço *arm's length*.

14.7.1 Cabe indagar se, em tal caso, deve-se buscar um preço-parâmetro "suficientemente" próximo do preço *arm's length* ou se, na falta do parâmetro *arm's length*, nada mais resta ao Fisco senão aceitar por válidos os preços efetivamente praticados. Ou seja: até que ponto é admitido, em nome da praticidade, que se deixe de lado a busca do princípio *arm's length*, optando-se por preços mais facilmente calculáveis ou por evidências "possíveis"?

14.8 É nesse ponto que também a prática internacional revela resultados menos satisfatórios. Tomando-se o exemplo norte-americano, constata-se o crescimento das soluções baseadas em formulários (o *global approach*), que têm a seu favor a simplicidade, ao mesmo tempo em que deixam de lado o parâmetro *arm's length*. Não se consegue disfarçar, no

discurso dos técnicos fazendários, um preconceito contra os preços adotados pelas partes relacionadas, que acreditam deverem eles ser substituídos por outros, resultantes de fórmulas complexas, que paulatinamente vão se afastando do princípio *arm's length*.

14.8.1 Eis uma solução que merece, de imediato, críticas, já que fugindo daquele parâmetro, perde, igualmente, sua justificação. Com efeito, já no início desta obra se apresentava a escolha do parâmetro *arm's length* como resultado da evolução das discussões, iniciadas em foros internacionais, acerca da efetiva apuração da renda tributável. Mostrou-se, ademais, que o referido parâmetro tinha sua aplicação até mesmo exigida pelo Princípio da Igualdade. Pois bem: dispensando-se a busca do parâmetro *arm's length*, desaparece simultaneamente a justificação para a substituição de valores contabilizados pelo contribuinte, baseados em documentos que refletem transações efetivas, não questionadas, enquanto tais, pelas autoridades tributárias.

14.8.2 Se tal assertiva é verdadeira para qualquer ordenamento jurídico que procure uma tributação baseada na capacidade contributiva, deve ela ser tomada com ainda maior seriedade no caso brasileiro, tendo em vista que a rígida repartição constitucional de fontes de tributação exige que se investigue se o fenômeno pretensamente alcançado pela legislação tributária está inserido no seu campo de competência. A mesma investigação exigirá que se averigue, com a seriedade necessária, se o fenômeno encontra-se entre as manifestações de renda, já que é dentro daquele campo que está a competência tributária da União.

14.8.3 Não se trata, aqui, de se deixar de lado todo o progresso que os estudos relativos aos preços de transferência trouxeram à busca de manifestações de capacidade contributiva. Ao contrário, merecem encômios os trabalhos realizados neste sentido. O que se critica, neste ponto, é que, diante da constatação de que a técnica até então desenvolvida não possa ser suficiente para contemplar uma situação em especial, as autoridades tributárias se sintam legitimadas a adotar preços que não revelem o parâmetro *arm's length*.

14.9 O que se defende, neste ponto, é que no confronto entre a praticidade, de um lado, e a observação da capacidade contributiva, é a última que deve prevalecer no caso dos preços de transferência. É bem verdade que não é esta a única ocasião em que esses princípios são confrontados em matéria do imposto de renda, bastando citar o exemplo da periodização deste imposto, para mostrar que a praticidade impõe limitações à plena obediência à capacidade contributiva⁶³⁵.

⁶³⁵ Afinal, uma plena observância da capacidade contributiva exigiria que se esperasse até o encerramento das atividades da pessoa jurídica para, aí sim, determinar se

14.9.1 No caso dos preços de transferência, por outro lado, o confronto entre a praticidade e a capacidade contributiva deve, necessariamente, afastar a primeira; afinal, não se deve afastar do pensamento a circunstância de que se parte de um preço efetivo praticado entre as partes. É esse preço, verdadeiro, que é contestado pelas autoridades; uma tal contestação não se faz por regras de praticidade, mas por argumentos baseados em efetivas evidências, trazidas pelas autoridades tributárias. Não é aceitável, em síntese, que um fato comprovado pelo contribuinte seja substituído por outro intuído pela autoridade tributária.

14.9.2 Assim é que, nos casos em que o contribuinte não é capaz de demonstrar que seus preços se adequam a um dos parâmetros apurados segundo os métodos admitidos pela legislação, não tem a autoridade tributária poder para arbitrá-los, sem enfrentar idêntico ônus. Ou seja: diante de um preço efetivo e não contestado, praticado por partes relacionadas, não é aceitável que a autoridade tributária imponha outro, que não decorra do princípio *arm's length*. É esse o parâmetro que justifica a recusa dos preços praticados pelas partes. Ausente aquele, não há falar-se em ajuste.

14.9.3 A conclusão acima, mandatária no regime constitucional brasileiro, representa o atual desafio para aqueles que estudam o tema dos preços de transferência no campo internacional. Talvez por não encontrarem barreiras constitucionais tão rígidas, não é raro que se encontrem, nos foros internacionais, discussões que redundam em soluções de compromisso, onde se defende a aplicação de métodos mais simplificados, sob o argumento de que, afinal, não se pode exigir da autoridade tributária que produza provas irrazoáveis. O argumento é falacioso: na falta de provas adequadas, há, no caso, uma solução possível e adequada: a aceitação dos preços efetivamente praticados pelas partes. Não se trata de caso em que, na falta de uma solução, impõe-se algum resultado, mesmo que imperfeito. Insista-se neste ponto: os preços de transferência apresentam, de antemão, uma solução adequada, representada pelos preços praticados pelas partes; esses preços é que são contestados. Se a contestação é trazida pelas autoridades tributárias, cabe a elas trazerem as provas, exigidas pela lei, para que se afastem os preços praticados pelas partes.

14.10 Revela-se, assim, que também no que se refere à prática internacional, o tema dos preços de transferência ainda apresenta amplo campo a ser explorado. Soluções de compromisso nada mais revelam que a incapacidade de se respeitar o princípio *arm's length* que os justifica. Abre-se, daí, campo para novos estudos, que haverão de insistir em que não se perca

houve, ou não, acréscimo patrimonial; a limitação de prejuízos é uma solução de compromisso para o evidente conflito entre os princípios da praticidade e da capacidade contributiva.

de vista que é aquele princípio que justifica todo o ajuste dos preços de transferência. Abandonar aquele princípio significa dar ao ajuste de preços de transferência uma justificação em si mesmo, desprendida das ideias de renda e de igualdade que os fundamentaram. No lugar de um aperfeiçoamento da legislação do imposto de renda, ter-se-á a opção por ajustes arbitrários, já que desprendidos de fundamentação, senão a própria conveniência das autoridades. Uma tributação baseada em mera conveniência ou praticidade, que afasta dados de transações efetivas dos contribuintes não se coaduna com o que se pretende um Estado de Direito. É missão dos estudiosos do direito, pois, defender a aplicação do princípio *arm's length*, em nome de uma tributação que se possa dizer justa.

14.11 Outrossim, a sistemática brasileira dos preços de transferência adota o conceito de “pessoa vinculada”. Este conceito é mais largo que o geralmente encontrado no direito comparado, já que não se limita a participação (direta ou indireta) no controle, no capital ou na gerência, estendendo-se até mesmo a relações comerciais exclusivas. Também as pessoas sediadas em países com tributação favorecida ou em regimes fiscais privilegiados recebem o tratamento dos preços de transferência.

14.12 Na sistemática brasileira, o contribuinte está livre para escolher qualquer dos métodos para a apuração de um parâmetro *arm's length*.

14.13 Até o advento das alterações promovidas pela Lei nº 12.715/12, não decorria da lei a necessidade da aplicação do método “por bem, serviço ou direito”. Ao contrário, decorre da experiência internacional na aplicação do princípio *arm's length* que pode ser necessária a análise transaccional, isto é, o preço *arm's length* deve ser estabelecido a partir de uma transação identificada (ou de um grupo de transações relacionadas). Na doutrina internacional, denominou-se este entendimento como *basket approach*, que se fundamenta no princípio *arm's length* na medida em que se constate que, de regra, empresas independentes efetuam transações envolvendo conjuntos de produtos, sem se importar com o preço individual, desde que na somatória se obtenha lucro com a transação. Neste sentido, parece lícito concluir que o princípio *arm's length*, conquanto tolere, de regra, uma análise por produto ou por serviço, por vezes pode impor o agrupamento de produtos, seja para melhor comparabilidade com outros “pacotes” semelhantes, seja porque empresas independentes também negociam por “pacotes” (cestos), importando, em tais casos, a lucratividade da somatória dos produtos. Mais do que isso, constata-se que a um mesmo produto pode ser necessário dar tratamento diverso, inclusive com a aplicação de métodos diversos, conforme o produto faça parte de um cesto, ou se relacione a transações a serem compensadas, ou esteja o produto incluído numa transação que em nada tem a ver com outras transações. Diante da adoção do princípio pela Lei nº 9.430/96 e à vista da inexistência de funda-

mento, na lei, pelo menos até o advento da Lei nº 12.715/12, para se entender tenha o legislador pretendido afastar-se, neste particular, do princípio, há de se entender que o legislador de 1996, em coerência com o princípio que o guiou, abre a possibilidade de análises por pacotes de transações, quando tais análises revelarem-se hábeis a mostrar as condições que teriam sido contratadas entre empresas independentes (*arm's length*).

14.13.1 De igual modo, é compatível com o parâmetro *arm's length* que se analisem possíveis compensações de ganhos numa transação, com perdas em outra transação.

14.13.2 A análise comparativa importa, também, que se conheça o que se entende por bens idênticos e semelhantes. Nos termos da legislação brasileira de preços de transferência, enquanto os primeiros se assemelham em tudo, os últimos não têm tal semelhança, embora apresentem características e composição semelhante, o que lhes permite cumprir as mesmas funções e serem permutáveis comercialmente. O que é relevante, seja no primeiro, seja no último conceito, é que em ambos os casos se exigem os requisitos de qualidade, reputação comercial e a existência de uma marca comercial. É por este aspecto, que se diferenciam os produtos originais dos “genéricos”, não servindo os últimos como parâmetro de comparação para os primeiros⁶³⁶.

14.13.3 A admissão, pela lei brasileira, dos “elementos complementares de prova” está limitada aos requisitos da lei que, por sua vez, não autoriza nem que o próprio contribuinte nem tampouco que o Fisco efetuem individualmente pesquisas de preços médios (ou de margens), exigindo, sempre, a atuação de terceiros, seja mediante o fornecimento de informações específicas, seja mediante publicações. Ademais, uma publicação, oficial ou técnica, somente poderá ser utilizada para a apuração dos preços e custos médios quando: (i) for detalhada (especificando o setor, o período, as empresas pesquisadas e a margem encontrada, além de identificar, por empresa, os dados coletados e trabalhados); (ii) for contemporânea (abrangendo todo o período de apuração do imposto de renda do contribuinte brasileiro); (iii) apurar médias ponderadas; e (iv) não incluir preços e custos de transações entre empresas vinculadas.

14.14 Embora se exija do contribuinte a indicação de um método para a apuração de seus preços de transferência, a falta de indicação de método, ou o erro nesta indicação não afasta o mandamento de que se escolha o mais benéfico ao contribuinte. Inverte-se, nesse caso, o dever de prova,

⁶³⁶ Ademais, releva notar que, de regra, a venda de um “genérico” não compreende todo o pacote de serviços compreendidos na venda de um produto original. Daí a importância do que se falou acima acerca do “basket approach”.

cabendo à autoridade fiscal sustentar a razão da aplicação de determinado método.

14.14.1 Ainda no que concerne à escolha do método, entende-se que, até as alterações levadas a cabo pela Lei nº 12.715/12, o contribuinte podia utilizar-se deste direito a qualquer momento posterior à declaração, mesmo que na impugnação, aplicando sempre o método que lhe for mais conveniente. A partir de 2013, existe procedimento próprio para a desqualificação do método escolhido pelo contribuinte.

14.15 As margens preestabelecidas previstas nos métodos previstos na legislação brasileira não podem fugir da análise de comparabilidade, imposta pelo princípio *arm's length*. Efetivamente, a fixação de margens sem qualquer compromisso com a realidade implicaria a imposição de limites de dedutibilidade, no caso das importações, ou de receitas mínimas, no caso da exportação, incompatíveis com a realidade, resultando, daí, notória inconstitucionalidade por fugir ao parâmetro da renda. Daí entender-se que, neste aspecto, o legislador pátrio não trilhou via diversa daquela pavimentada pela OCDE, representando os percentuais indicados na lei nada mais que valores a serem empregados à falta de outros. Assim, a função dos percentuais preestabelecidos é servirem de garantia ao contribuinte de que, uma vez guardados tais percentuais, a fiscalização não lhe imporá outros mais gravosos. Por outro lado, à falta de ato de ofício por parte do Ministro da Fazenda, é ônus do contribuinte demonstrar cabalmente que outro percentual melhor atende ao princípio *arm's length*. Neste sentido, é possível assemelhar os percentuais fixados pelo legislador à disciplina das presunções relativas, já que sempre é ônus da parte que as rebate, demonstrar circunstância fática diversa da prevista pelo legislador.

14.15.1 Não se pode, no entanto, exigir demonstração tão rigorosa que torne absolutas as presunções legais (*probatio diabolica*). Cabe ao contribuinte, *com os meios de que dispuser, à luz do caso concreto*, sustentar as razões porque julga inaplicáveis a seu caso a margem preestabelecida.

14.16 As regras CFC, uma vez que alcançam os lucros no exterior, não podem compreender os lucros auferidos no Brasil. Eventual incidência tributária com base nas regras CFCs significará bitributação econômica, uma vez que o lucro auferido na operação já teria sido submetido à tributação decorrente da efetuação de ajustes de preços de transferência.

14.17 Consiste o método dos preços independentes comparados na comparação dos preços efetuados em transações controladas com transações independentes, sejam estas internas, (*i.e.* transações efetuadas por uma empresa do grupo com terceiros independentes), sejam externas (transações entre terceiros independentes). Os preços encontrados em transações independentes podem necessitar de ajustes, a fim de tornar comparáveis as transações. Os ajustes podem, também, levar em consideração pe-

quenas diferenças nos bens, serviços ou direitos. Nenhum ajuste cabe, entretanto, com relação aos requisitos de marca, qualidade e reputação comercial, já que o ajuste só se faz se tratar-se de bens, serviços ou direitos idênticos ou similares. A falta de qualquer daqueles requisitos exclui a identidade ou a similaridade. No caso de *commodities* sujeitas a cotação em bolsas de mercadorias e de futuros, os preços comparados assumem a forma do método Preço sob Cotação na Importação (PCI), de aplicação obrigatória.

14.18 O método do preço de revenda é aquele que parte do preço de revenda de um produto importado, do qual se deduz a margem de lucro bruta, obtida por análise comparativa. Ao método se aplicam, também, os ajustes necessários à análise comparativa. Depois de muita controvérsia acerca de sua aplicação em caso de produção local, a matéria está, hoje, estabilizada pela Lei nº 12.715/12, a qual tratou, inclusive, de reduzir margens absurdas antes impostas por ato administrativo (IN nº 243/02) sem base legal.

14.19 Parte o método do custo mais lucro do custo de produção de um bem, serviço ou direito, no exterior, ao qual se acrescentam despesas de remessa, impostos e margem de lucro bruto, obtida por análise comparativa. Tratando-se de um método comparativo, aplicam-se, também aqui, os ajustes necessários.

14.19.1 A grande questão envolvendo o método do custo mais lucro, a par da margem de lucro (dilema inerente a qualquer análise comparativa) está no conceito de custo, principalmente quando se toma em conta que, em diversas atividades, há elementos de custo altíssimo cujo valor não se consegue segregar pela contabilidade. Um bom exemplo são as atividades de pesquisa e desenvolvimento, quando não voltadas à produção de um bem específico.

14.20 A OCDE chega a cogitar outros métodos, bem como de métodos não referidos em seu relatório. Essencial, para a OCDE, é não perder de vista que os métodos visam a atender ao princípio *arm's length* e este, por sua vez, implica uma análise comparativa e transacional.

14.21 A prática internacional relativa aos juros mostra que também a estes se deve aplicar o princípio *arm's length*. Em alguns países, nota-se uma referência a limites pré-fixados, mas estes sempre estão voltados à realidade do mercado. No caso brasileiro, o legislador fugiu do princípio *arm's length*, impondo um limite, baseado nas taxas internacionais (*Libor*) para empréstimos de seis meses, acrescidos de um *spread* de três por cento. O desvio daquele princípio é notório, quando se menciona que nem sempre terceiros independentes têm acesso ao mercado internacional; ao mesmo tempo, o prazo de seis meses é aleatório e não tem compromisso com a realidade da transação. Tampouco o *spread* fixado pelo legislador podia

ser alterado, diante das condições do mercado; apenas com as alterações promovidas pela Lei nº 12.715/02, passou a matéria à alçada do Ministro da Fazenda. A norma anterior revela, daí, arbítrio do legislador, incompatível com um sistema constitucional baseado na igualdade. Ademais, não se baseando no princípio *arm's length*, a norma se despoja do compromisso com o conceito de renda, passando a revelar a intenção do legislador de tributar uma "renda mínima", ainda que inexistente. Por tais razões, revela-se inconstitucional a norma.

14.22 A questão dos intangíveis recebeu especial tratamento no relatório da OCDE. Não porque se tratasse de matéria que fugisse à regra geral do princípio *arm's length*, mas porque aquela organização reconhecia que, muitas vezes, haveria maiores dificuldades na aplicação dos métodos transacionais tradicionais, na apuração de um preço *arm's length* para os bens intangíveis. Ainda assim, a OCDE recomenda que se inicie por aqueles métodos que, muitas vezes, podem ser aplicados. Não sendo possível ou adequado, a OCDE sugere outros métodos (sempre transacionais), a fim de se apurar o preço *arm's length*. O que não se admite, no âmbito daquela organização, é que as eventuais dificuldades justifiquem o desvio do princípio.

14.22.1 Na legislação brasileira, muitos intangíveis foram afastados da aplicação da Lei nº 9.430/96, aplicando-se-lhes os limites de dedutibilidade da legislação então vigente. Estes, por sua vez, eram fixados com base em percentuais, conforme o ramo de atividade do adquirente do intangível, atingindo o máximo de cinco por cento das vendas. Estes percentuais, que se justificavam quando a sistemática brasileira de tributação se baseava na dualidade da tributação (bitributação econômica), já não mais sustenta a partir da opção, pelo legislador de 1995, de não mais tributar os lucros e dividendos distribuídos por pessoas jurídicas já tributadas pelo lucro real, presumido ou arbitrado. Não encontrando respaldo, tampouco, no princípio *arm's length*, encontra-se sem guarida constitucional aquela limitação, que, do mesmo modo como se referiu a juros, também tributa renda inexistente. Inconstitucional, destarte, também o parágrafo 9º do artigo 18 da Lei nº 9.430/96, aplicando-se, portanto, à importação de intangíveis, as mesmas regras e os mesmos métodos válidos para quaisquer outros bens, direitos e serviços, sempre com base no princípio *arm's length*.

14.23 A prática internacional de preços de transferência revela a necessidade de se criarem *safe harbours*. Por este meio, as autoridades fiscais, apresentando linhas gerais de interpretação de leis tributárias, dispõem que transações compreendidas em determinada faixa serão aceitas pelas autoridades fiscais sem outros questionamentos. Assim, por um *safe harbour*, fica o contribuinte desonerado de obrigações que podem ter o efeito de excluir determinadas transações do escopo de aplicação das nor-

mas de preços de transferência (por exemplo, mediante a definição de patamares mínimos), ou de permitir que a elas se apliquem regras mais simplificadas (por exemplo, fixando faixas nas quais os preços ou lucros devem encaixar-se). Os objetivos das regras de *safe harbour*, em matéria de preços de transferência, são: simplificação das exigências feitas aos contribuintes para determinação dos preços de transferência; conferir certeza aos contribuintes de que seus preços de transferência serão aceitos pela administração; e simplificar a atividade da própria administração.

14.23.1 Na legislação brasileira de preços de transferência podem ser encontradas algumas regras de *safe harbours* voltadas à simplificação das exigências feitas aos contribuintes para determinação dos preços de transferência. Tais normas podem ser identificadas na Lei nº 9.430/96, na IN nº 243/02 (cuja base legal veio a ser conferida, posteriormente, pela Lei nº 10.833/03) e, hoje, na IN nº 1.312/12.

14.23.2 Pelo *caput* do artigo 19 da Lei nº 9.430/96, desde que o preço médio (líquido de frete e seguro suportados pela exportadora) praticado na venda dos bens, serviços ou direitos, nas exportações efetuadas a pessoas vinculadas, durante o período de apuração do imposto, seja igual ou superior a noventa por cento do preço médio praticado na venda dos mesmos bens, serviços ou direitos, no mercado brasileiro, durante o mesmo período e em condições de pagamento semelhantes, fica o contribuinte dispensado de comprovar a compatibilidade de seus preços com o princípio *arm's length*, salvo no caso das *commodities*, no qual permanece aplicável o método PECEX.

14.23.3 Outro *safe harbour* disciplinado pela referida lei versava sobre o caso dos juros. Para contratos registrados no Banco Central do Brasil, o parágrafo 4º do artigo 22 admitia quaisquer juros, desde que determinados com base na taxa registrada. A partir da Lei nº 12.715/12, o registro deixou de ser relevante, passando todos os contratos de mútuo a se sujeitarem às regras de preços de transferência.

14.23.4 Os artigos 48 e 49 da IN nº 1.312/12 trazem hipóteses de *safe harbour* de simplificação para as exportações, ao tratarem da dispensa de comprovação de adequação aos métodos dos preços de transferência.

14.24 Acordos de bitributação visam a delimitar os contornos nos quais se admitirá que o legislador tributário doméstico atue. Relevante, deste modo, é o estudo de conceito de jurisdição, uma vez que somente após a determinação de seus limites é que os Estados podem definir o âmbito de incidência de suas leis.

14.25 Em matéria de preços de transferência, os acordos de bitributação brasileiros adotam regras que se compreendem nos artigos 7º (filiais) e 9º, parágrafo 1º (empresas associadas independentes) da Convenção-Modelo da OCDE. Estas regras adotam o princípio *arm's length* e não estão

limitadas, em sua interpretação, a quaisquer limites impostos pelas legislações nacionais.

14.25.1 Da leitura do artigo 9º, parágrafo 1º, acima referido, deve-se concluir que, os Estados contratantes renunciaram à prerrogativa de efetuar ajustes: (i) no caso de empresas não associadas; (ii) no caso de transações cobertas pelo princípio *arm's length* e (iii) no caso de inexistência de redução no lucro decorrente da inobservância do princípio *arm's length*.

14.25.2 Já na questão das “empresas associadas”, encontra-se divergência entre o direito brasileiro e o dos acordos de bitributação, já que o primeiro adota o conceito de “pessoa vinculada”, muito mais amplo que o de “empresas associadas”. No caso de situações protegidas pelo acordo, “pessoas vinculadas” que não sejam “empresas associadas” não estão sujeitas a qualquer ajuste em seu lucro.

14.25.3 Diante da adoção do princípio *arm's length* sem qualquer restrição, para que o Estado brasileiro possa efetuar ajustes nos lucros de contribuintes abrigados por acordo de bitributação que siga a Convenção-Modelo da OCDE, cabe-lhe investigar, inicialmente, se as empresas associadas estão ligadas por relações comerciais ou financeiras diferentes daquelas que seriam estabelecidas entre empresas independentes. A indagação é do tipo que não aceita grau. Não cabe uma resposta do tipo “mais ou menos”. Ou a situação contratada diverge do parâmetro *arm's length* (e, então, examina-se qual o tratamento que a legislação nacional dá ao caso, procedendo-se, ou não, ao ajuste, na medida prevista pela lei nacional), ou conclui-se que terceiros em igual situação teriam firmado negócio semelhante e, neste caso, não cabe qualquer ajuste (ainda que, nos termos da legislação nacional, algum ajuste fosse possível).

14.25.4 Resolvem-se, assim, já a partir do acordo, questões polêmicas no direito interno, como a da análise das transações como um todo, em vez de análise produto a produto (*basket approach*). Todas as vezes em que surjam dúvidas acerca da compatibilidade das normas internas com o princípio *arm's length*, será idêntico o raciocínio: tratando-se de acordos de bitributação, aquelas não podem impor limites à interpretação de tais tratados internacionais. O acordo de bitributação, por sua vez, poderá negar a aplicabilidade de normas internas sobre ajustes de lucros decorrentes de preços de transferência.

Índice Sistemático

1. Introdução	9
1.1. Plano de estudo.....	9
1.2. Considerações propedêuticas: preços de transferência e o conceito de renda	11
1.3. A questão da igualdade	14
1.4. Outras considerações sobre os preços de transferência	18
1.5. <i>Transfer pricing</i> e valoração aduaneira.....	19
2. Os Estudos da OCDE e da ONU na Interpretação e na Aplicação da Legislação Brasileira.....	21
2.1. País não é filiado à OCDE	21
2.2. Exposição de motivos	21
2.3. A participação brasileira nos estudos da ONU confirma o compromisso do país com a prática internacional.....	22
2.4. Aproximação sistemática: a existência de princípios norteadores decorre da igualdade	23
2.5. A OCDE e a ONU oferecem o <i>arm's length</i> como princípio norteador para a aplicação das normas de <i>transfer pricing</i>	25
2.6. Os acordos de bitributação.....	26
2.7. O <i>arm's length</i> na OMC	26
3. O Princípio <i>Arm's Length</i>	29
3.1. Geral	29
3.2. Plano.....	29
3.3. Antecedentes	29
3.4. A ficção de independência e o princípio <i>arm's length</i>	34
3.5. Ficção de independência e filiais	34
3.6. O princípio <i>arm's length</i>	37
3.7. Princípio <i>arm's length</i> no direito comparado	42
3.8. O princípio <i>arm's length</i> e os métodos desenvolvidos para sua compreensão: a função dos métodos e os seus limites.....	48
3.9. O desenho do princípio <i>arm's length</i> na disciplina legislativa dos preços de transferência no Brasil: limitações a sua regulamentação	50
3.10. Legalidade e normas administrativas.....	55
3.11. Aplicação ao caso concreto: normas administrativas e preços de transferência.....	57

4. A Disciplina dos Preços de Transferência no Direito Brasileiro e no Direito Comparado. Aspecto Subjetivo	61
4.1. Conceito de pessoa vinculada.....	61
4.2. Matriz e filial	61
4.3. Empresas associadas	64
4.4. Consórcio ou condomínio	76
4.5. Parentes, cônjuges e companheiros.....	77
4.6. Agentes e distribuidores.....	80
4.7. Paraísos fiscais	82
4.8. Interposta pessoa.....	90
4.9. Importadores e encomendantes.....	91
5. Métodos para Apuração de Transações <i>Arm's Length</i>	97
5.1. Aspectos gerais.....	97
5.2. A questão da escolha do método.....	103
5.3. Solução brasileira	109
5.4. Consistência na aplicação dos métodos	111
5.5. Análise produto a produto e transação a transação	114
5.6. Similaridade	123
5.7. Elementos complementares de prova.....	130
5.8. Inexistência de indicação de método	138
5.9. Margens preestabelecidas.....	143
5.10. Lucros no exterior.....	158
5.11. Ajustes	167
5.12. Transações sujeitas a ajustes de preços de transferência.....	169
5.13. Formação do preço-parâmetro nas importações.....	174
6. Método dos Preços Independentes Comparados	179
6.1. O método dos preços independentes comparados.....	179
6.2. <i>Transfer pricing</i> na importação e o método dos preços independentes comparados: definição legal	180
6.3. Utilização de dados sigilosos	182
6.4. <i>Transfer pricing</i> na exportação e o método do preço de venda nas exportações	184
6.5. Ajustes no PIC e no PVEx	185
6.6. Limites	190
6.7. Os métodos obrigatórios para as <i>commodities</i> sujeitas a cotação em bolsas de mercadorias e de futuros.....	192
6.8. Quadro comparativo	201

7. Método do Preço de Revenda.....	203
7.1. O método do preço de revenda	203
7.2. <i>Transfer pricing</i> na importação e o método do preço de revenda menos lucro: regulamentação original, vigente até 31 de dezembro de 1999	208
7.3. A vedação imposta pela IN nº 38/97 no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais	221
7.4. Sistemática legal a partir de 1º de janeiro de 2000 - o advento da Lei nº 9.959/00 - regras aplicáveis até 2012.....	226
7.5. A questão do valor agregado	229
7.6. Várias transações controladas formando um produto importado.....	231
7.7. A IN nº 32/01 e o texto da Lei nº 9.430/96	238
7.8. A IN nº 243/02	240
7.9. Preço-parâmetro	247
7.10. A ilegalidade da IN nº 243/02 no CARF.....	250
7.11. A ilegalidade da IN nº 243/02 no Judiciário.....	260
7.12. Medidas Provisórias nºs 472/09, 476/09 e 478/09.....	262
7.13. Situação no ano-base de 2010: fatos jurídicos tributários ocorridos durante o transcurso do prazo constitucional de 120 dias para apreciação das medidas provisórias	272
7.14. Situação no ano-base de 2010: fatos jurídicos tributários ocorridos após o transcurso do prazo constitucional de 120 dias para apreciação das medidas provisórias. Em especial: possível situação em 31 de dezembro de 2010.....	274
7.15. Conceito de produção para fins de aplicação do PRL com margem de 60%	279
7.16. Inclusão dos valores de frete, seguro e tributos incidentes na importação (preço CIF) nos preços praticados, até o advento da Medida Provisória nº 563/12, convertida na Lei nº 12.715/12	284
7.17. O Método PRL a partir da Lei nº 12.715/12	294
7.18. <i>Transfer pricing</i> nas exportações e os dois métodos relativos ao preço de revenda.....	299
7.19. Ajustes.....	304
8. Método do Custo mais Lucro.....	307
8.1. O método do custo mais lucro.....	307
8.2. <i>Transfer pricing</i> na importação e o método do custo de produção mais lucro: definição legal	314
8.3. <i>Transfer pricing</i> na exportação e o método do custo de aquisição ou de produção mais tributos e lucro: definição legal.....	317

8.4. Ajustes.....	320
8.5. Margem fixa e inexistência de comparação.....	320
9. Problemas na Aplicação dos Métodos	323
9.1. Inaplicabilidade plena de métodos	323
9.2. O quarto método	324
9.3. Método transacional da divisão do lucro	326
9.4. Método transacional da margem líquida de lucro.....	328
9.5. Método da divisão dos lucros mundiais por fórmulas prede- terminadas.....	330
9.6. A questão da aplicação do quarto método no Brasil.....	330
9.7. Indedutibilidade total dos custos	331
9.8. Adoção de algum método da Lei nº 9.430/96	333
9.9. Dedutibilidade total dos custos	334
10. <i>Transfer Pricing</i> e os Juros	337
10.1. Juros na Convenção-Modelo da OCDE.....	337
10.2. <i>Transfer pricing</i> e juros no direito comparado	339
10.3. <i>Transfer pricing</i> e juros no direito brasileiro até o advento da Lei nº 12.715/12, modificada pela Lei nº 12.766/12.....	342
10.4. <i>Transfer pricing</i> e juros: disciplina decorrente das Leis nº 12.715/12 e nº 12.766/12.....	347
10.5. Prazo para pagamento na IN nº 1.312/12	351
10.6. Juros nas importações a prazo - encargos ou parte integan- te do preço?	352
10.7. Juros, preços de transferência e <i>thin capitalization</i>	355
11. <i>Transfer Pricing</i> e os Intangíveis	359
11.1. Intangíveis na OCDE	359
11.2. Intangíveis na legislação norte-americana	362
11.3. Intangíveis nos precedentes internacionais	365
11.4. Em resumo: as dificuldades dos intangíveis	368
11.5. <i>Transfer pricing</i> e intangíveis no Brasil	371
12. <i>Transfer Pricing</i> e as Regras <i>Safe Harbour</i>	379
12.1. Delimitação conceitual.....	379
12.2. <i>Safe harbours</i> no direito estrangeiro.....	380
12.3. Regras de <i>safe harbour</i> no direito brasileiro	383
12.4. <i>Safe harbours</i> disciplinados pela Lei nº 9.430/96.....	384
12.5. <i>Safe harbours</i> disciplinados pela Lei nº 10.833/03, pela IN nº 243/02 e pela IN nº 1.312/12 (na Redação da IN nº 1.322/13)..	386

12.6. <i>Safe harbour</i> de simplificação tributária e de fomento às exportações (artigo 35 da IN nº 243/02).....	391
12.7. O <i>safe harbour</i> de lucratividade previsto no artigo 35 da IN nº 243/02	393
12.8. O lucro líquido da exportação	399
12.9. O <i>safe harbour</i> de lucratividade a partir de 2013: IN nº 1.312/12	406
12.10. <i>Safe harbour</i> de lucratividade: regra transitória para 2012	408
13. Sistemática Brasileira de <i>Transfer Pricing</i> e os Acordos Assina- dos pelo Brasil para evitar a Bitributação	409
13.1. Interpretação dos acordos de bitributação	409
13.2. Acordos de bitributação e lei interna	415
13.3. Tratados internacionais e lei interna na jurisprudência brasi- leira	422
13.4. Constitucionalidade do artigo 98 do CTN	430
13.5. <i>Transfer pricing</i> nos acordos de bitributação.....	435
14. Conclusões.....	443
Referências bibliográficas.....	461

Referências Bibliográficas

- Ad Hoc Group of Experts on International Cooperation in Tax Matters, Tenth Meeting, *Transfer Pricing. History. State of the Art. Perspectives*, 26 de junho de 2001.
- ALARCÓN, Jorge Sainz *et al.*, "Transfer Pricing in Mexico", *The Tax Treatment of Transfer Pricing*, Amsterdã: International Bureau of Fiscal Documentation, folhas soltas, suplemento nº 23, setembro de 1998.
- ALVES, José Carlos Moreira, *Direito Romano*, vol. I, 13ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do, "O Preço da Transferência (Transfer Pricing) no Mercosul - II Jornada Tributária do Mercosul", *Revista dos Tribunais, Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas* nº 22, ano 6, janeiro/março de 1998.
- ANDRUS, Joseph L., "United States", *Cahiers de Droit Fiscal International - Transfer Pricing and Intangibles*, vol. 92a, International Fiscal Association, 2007.
- ARNOLD, Brian J.; e DIBOUT, Patrick, "General Report", *Cahiers de Droit Fiscal International - Limits on the Use of Low-tax Regimes by Multinational Businesses: Current Measures and Emerging Trends*, vol. LXXXVI b, Hague: International Fiscal Association, 2001.
- AULETE, Caldas, *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*, vol. I, edição brasileira atualizada por Hamílcar de Garcia, Rio de Janeiro: Delta, 1958.
- BAKER & MCKENZIE, North American Tax PraGroup, "The Final Section 482 Regulations", *Intertax* vol. 12, 1994.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira, "Teoria Geral da Soberania", *Revista Brasileira de Estudos Políticos* nº 63/64, Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 1986.
- BARRETO, Paulo Ayres, "O Tratamento Transnacional nos Preços de Transferência e seus Limites Constitucionais", in Luís Eduardo Schoueri (coord.), *Tributos e Preços de Transferência*, vol. 3, São Paulo: Dialética, 2009.

–. *Imposto sobre a Renda e Preços de Transferência*, São Paulo: Dialética, 2001.

BAUMHOFF, Humbertus, “Einkunftsabgrenzung bei international verbundenen Unternehmen”, in Jörg Manfred Mössner *et al.*, *Steuerrecht internationaltätiger Unternehmen. Handbuch der Besteuerung von Auslandsaktivitäten inländischer Unternehmen und von Inlandsaktivitäten ausländischer Unternehmen*, Colônia: Otto Schmidt, 1992.

–. “Internationale Verrechnungspreise - Die Palettenbetrachtung, eine Weiterentwicklung des Vorteilsauschleichs?”, *Internationales Steuerrecht* n° 12/94, Munique: Beck.

–. *Kommentar zum Außensteuerrecht*, vol. I, 6ª edição, Hans Flick, Franz Wassermeyer e H. Beck (orgs.), Colônia: Otto Schmidt.

BECKER, Helmut, “The Future of Transfer Pricing”, *Bulletin for International Fiscal Documentation*, novembro/dezembro de 1996.

–; e KROPOEN, Heinz-Klaus, *Handbuch Internationale Verrechnungspreise* (Flick, Wassermeyer, Becker, *Kommentar zum Außensteuerrecht*, vol. IV), 6ª edição, Colônia: Otto Schmidt, folhas soltas, suplemento n° 16, setembro de 1983.

BEHRNDT, Marco Antônio, “O Reconhecimento (Tácito) da Inconstitucionalidade da Regra de Apuração do PRL 60% Prevista na IN 243/02 pela Administração”, *Revista de Direito Tributário Internacional* vol. 9, ano 3, São Paulo: Quartier Latin, agosto de 2008.

BELLAN, Daniel Vitor, “Preços de Transferência: Dificuldades Práticas na Aplicação do Método PIC”, in Luís Eduardo Schoueri (coord.), *Tributos e Preços de Transferência*, vol. 3, São Paulo: Dialética, 2009.

BELLSTEDT, Cristoph, *Anspruchsgrundlagen zur Korrektur von “Verrechnungspreisen” unter Doppelbesteuerungsabkommen*, Hamburgo: Institut für Ausländisches und Internationales Finanz- und Steuerwesen (Univeristät Hamburg), 1989.

BELSUNCE, Horacio A. García, *El Concepto de Redito en la Doctrina y en el Derecho Tributario*, Buenos Aires: Depalma, 1967.

BERNHÖFT, Franz, *Zur Lehre von Fiktionen. Aus römischen und bürgelichem Recht - Festgabe für Ernst Immanuel Bekker zum 16*, Weimar, agosto de 1907.

BIFANO, Elidie Palma, “Apuração de Preços de Transferência em Intangíveis, Contratos de Prestação de Serviços, Intragruppo e *Cost Sharing Agreements*”, in Luís Eduardo Schoueri (coord.) *Tributos e Preços de Transferência*, vol. 3, São Paulo: Dialética, 2009.

–. “Anotações sobre Regras de Preços de Transferência em Contratos de Mútuo”, *Revista de Direito Tributário Internacional* vol. 9, ano 3, São Paulo: Quartier Latin, agosto de 2008.

BORGES, Alexandre Siciliano; e CEZAROTI, Guilherme, “O Método PRL de Cálculo dos Preços de Transferência e a IN SRF n° 243/02”, *Revista Dialética de Direito Tributário* n° 99, São Paulo: Dialética, dezembro de 2003.

–; e ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos de, “Preços de Transferência: o Método PRL e os Valores Referentes a Frete, Seguros e Tributos”, *Revista Eletrônica de Direito Tributário da ABDF* n° 5, Rio de Janeiro: ABDF, outubro de 2011.

BORSTELL, Thomas, “Palettenbetrachtung” (verbete), *Handbuch der Verrechnungspreise*, Alexander Vögele (resp.), Munique: Beck, 1997.

BRAUNER, Yariv. “O Valor segundo o Espectador: a Avaliação de Intangíveis para Fins de Preços de Transferência”, in Luís Eduardo Schoueri (coord.) *Tributos e Preços de Transferência*, vol. 3, São Paulo: Dialética, 2009.

CÂMARA, Francisco de Souza da; e FERNANDES, José Almeida, “Thin Capitalization Rules”, *International Transfer Pricing Journal*, Amsterdã: IBFD, março/abril de 2007.

CAMPOS, Fortunato Bassani, “Preço de Transferência na Lei n° 9.430/96”, Delegacia da Receita Federal de Julgamento de São Paulo (coord.), *Temas de Legislação Tributária*, São Paulo: DRFJ-SP, 1988.

CARLSON, Gorge N. *et al.*, “The US. Final Transfer Pricing Regulations: the More Things Change, the More They Stay the Same”, *Tax Notes International*, agosto de 1994.

CARRAZZA, Roque Antonio, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 19ª edição, São Paulo: Malheiros, 2003.

- CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre Derecho y Lenguage*, 4ª edição, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.
- CARVALHOSA, Modesto; e LATORRACA, Nilton, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 3, São Paulo: Saraiva, 1997.
- CAUWENBERGH, Patrick, "Does the Arm's Length Standard Require a Flexible or Rigid Interpretation?", *International Transfer Pricing Journal* n° 3, vol. 4, maio/junho de 1997.
 – GAUBLomme, Ann; e HINNEKENS, Luc, "Transfer Pricing in Belgium - Rulings and Practice", *Bulletin for International Taxation*, IFA Issue, agosto/setembro de 2008.
- CHAPINOTI, Mauricio Braga, "Preços de Transferência: o Princípio Arm's Length Aplicado a Bens Intangíveis", *Revista de Direito Tributário Internacional* vol. 3, ano 1, São Paulo: Quartier Latin, junho de 2006.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria Geral do Processo*, 21ª edição, São Paulo: Malheiros, 2005.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro, "As Contribuições para a Seguridade e os Tratados Internacionais", *Revista Dialética de Direito Tributário* n° 26, São Paulo: Dialética, novembro de 1997.
- COLLINS, Maurice H., *International Transfer Pricing in the Ethical Pharmaceutical Industry*, Amsterdã: IBFD, 1993.
- DEBATIN, Helmut, "Die Abkommen der Bundesrepublik Deutschland zur Vermeidung der internationalen Doppelbesteuerung (Doppelbesteuerungsabkommen)", in Rudolf Korn e Helmut Debatin, *Doppelbesteuerung - Sammlung der zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Ausland bestehenden Abkommen über der Vermeidung der Doppelbesteuerung*, 8ª edição, folhas soltas, Systematik - III, Munique: Beck, 1989.
 – "System und Auslegung der Doppelbesteuerungsabkommen", *Der Betrieb*, Suplemento n° 23/85, Caderno n° 39, 1985.
- DINIZ, Maria Helena, *Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada*, São Paulo, Saraiva, 2002.

- DRURY, Colin, *Management and Cost Accounting*, 4ª edição, Londres: Thomson Business Press, 1996.
- ECCLES, Robert G., *The Transfer Pricing Problem. A Theory for Practice*, Massachusetts/Toronto: Lexington Books, 1985.
- EILERS, Stephan, "Override of Tax Treaties under the Domestic Legislation of the U.S. and Germany", *Tax Management International Journal* vol. 19, Washington DC, 1990.
- FALCÃO, Tatiana, "Contributing a Developing Country's Perspective to International Taxation: United Nations Tender for Development of a Transfer Pricing Manual", *Intertax* n° 10, vol. 38, 2010.
- FARIA, Renato Vilela, "Ensaio sobre uma Possível Convergência entre Valoração Aduaneira e Regras de Preços de Transferência", *Revista de Direito Tributário Internacional* vol. 13, ano 5, São Paulo: Quartier Latin, dezembro de 2009.
 – "Conceitos de Paraísos Fiscais e as Hipóteses de Retenção na Fonte", *Revista de Direito Tributário Internacional* n° 16, São Paulo, Quartier Latin, 2009.
- FAZELBHOY, Aliff, "Transfer Pricing in India", *The Tax Treatment of Transfer Pricing*, Amsterdã: International Bureau of Fiscal Documentation, folhas soltas, suplemento n° 19, novembro de 1996.
- FERRAGUT, Maria Rita, *Presunções no Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, 2001.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito*, São Paulo: Atlas, 1989; 3ª edição, São Paulo: Atlas, 2001.
- FERRAZ, Diogo, "O Possível Conflito entre os Preços de Transferência e a Legislação CFC", *Revista Dialética de Direito Tributário* n° 121, São Paulo: Dialética, outubro de 2005.
- FERRAZ, Luiz Felipe, "A Ampliação do Conceito de Paraíso Fiscal Lei n° 11.727", *Revista de Direito Tributário Internacional* n° 10, São Paulo, Quartier Latin, 2008.

- FLICK, Hans; e WASSERMEYER, Franz, *Kommentar zum Außenssteuerrecht, Flick-Wassermeyer-Becker*, 6ª edição, vol. I, Colônia: Otto Schmidt, folhas soltas, suplemento nº 40, novembro de 1997.
- FRANCESCHINI, José Inacio, "Conflito entre os Tratados Internacionais e as Normas de Direito Interno que lhe forem posteriores", *Revista dos Tribunais* vol. 556, 1982.
- FRIS, Pim; e GONNET, Sébastien. "A European View of Transfer Pricing After Glaxo". *Tax Planning International Transfer Pricing*, BNA International, novembro de 2006.
- FUJIEDA, Atsushi; e HEGAWA, Yushi, "Transfer Pricing Developments in Japan", *Bulletin for International Taxation*, IFA Issue, setembro/outubro de 2007.
- FUR, Louis Le, *Précis de Droit International Public*, 3ª edição, Paris: Dalloz, 1937.
- GATTEI, Marília Machado, "A Importância da Jurisdicionalização dos Procedimentos de Solução de Controvérsias da OMC", in Alberto do Amaral Júnior (coord.), *Direito do Comércio Internacional*, 1ª edição, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- GEIGER, Rudolf, *Grundgesetz und Völkerrecht*, Munique: Beck, 1985.
- GOLDEMBERG, Cecília, "Transfer Pricing in Argentina", *Bulletin for International Taxation*, Amsterdã: IBFD, agosto/setembro de 2005.
- GOLDSMITH, J. C., "Transfer Pricing in France", *The Tax Treatment of Transfer Pricing*, Amsterdã: International Bureau of Fiscal Documentation, folhas soltas, suplemento nº 18, julho de 1996.
- GRAU, Eros Roberto, *Ensaio sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, 2ª edição, São Paulo: Malheiros, 2003.
- GRAZZO, Massimiliano, "Italy's CFC Legislation Implemented and Participation Exemption Extended", *Bulletin for International Taxation*, Amsterdã: IBFD, fevereiro de 2002.

- GRECO, Marco Aurélio; ROCHA, Sergio André *et al.*, *Manual de Direito Tributário Internacional*, São Paulo: Dialética, 2012.
- GREGÓRIO, Ricardo M., *Preços de Transferência. Arm's length e Praticabilidade*, São Paulo: IBDT, Quartier Latin, 2011.
- GUERARD, Laurent P., "Selecting the Best Method: A Primer", *Tax Management Transfer Pricing. Special Report* nº 12, vol. 4, Report nº 128, 18 de outubro de 1995.
- GUNDEL, Günter, "Verrechnungspreise bei grenzüberschreitenden Lieferbeziehungen mit konzerngebundenen Vertreibsgesellschaften", *Geburtstag*, Franz Klein, Hans Peter Stihl, e Franz Wassermeyer (orgs.), *Unternehmen Steuern Festschrift für Hans Flick zum 70*, Colônia: Otto Schmidt, 1997.
- GUSTAFSON, Charles H., PERONI, Robert J.; e PUGH, Richard Crawford, *Taxation of International Transactions. Materials, Text and Problems. American Casebook Series*, São Paulo (Minnesota): West Publishing Co., 1997.
- HAMAEKERS, Hubert, "Arm's Length - How Long?", *International Transfer Pricing Journal* vol. X, nº X, março/abril de 2001.
- . "Introductory Speech - Income Allocation in the 21st Century: the End of Transfer Pricing?", *International Transfer Pricing Journal* nº 3, vol. 12, maio/junho de 2005.
- HAMMER, Richard M., "Fixação de Preço para a Transferência de Mercadorias em Face do Código de Impostos dos Estados Unidos", Brandão Machado (trad.), in Agostinho Toffoli Tavoraro, Brandão Machado e Ives Gandra da Silva Martins (coords.), *Princípios Tributários no Direito Brasileiro e Comparado. Estudos em Homenagem a Gilberto de Ulhôa Canto*, Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- HAY, Diane, HORNER, Frances; e OWENS, Jeffrey, "Past and Present Work in the OECD on Transfer Pricing and Selected Issues", *Bulletin for International Fiscal Documentation*, outubro de 1994.
- HILÚ NETO, Miguel, "Preços de Transferência e Valor Aduaneiro - a Questão da Vinculação à Luz dos Princípios Tributários", in Luís

- Eduardo Schoueri e Valdir de Oliveira Rocha (coords.), *Tributos e Preços de Transferência*, vol. 2, São Paulo: Dialética, 1999.
- HOLMES, Kevin, *The Concept of Income. A Multi-Disciplinary Analysis*, Amsterdã: IBFD, 2001.
- HONJO, Tasuku, "Trends in Tax Avoidance Provisions and Doctrines in Japan", *Bulletin for International Taxation*, Amsterdã: IBFD, setembro/outubro de 2007.
- HORST, Thomas O., "Transfer Pricing in the United States", *The Tax Treatment of Transfer Pricing*, Amsterdã: International Bureau of Fiscal Documentation, folhas soltas, suplemento nº 12, novembro de 1993.
- HOSSON, Fred C. de (ed.), *Transfer Pricing for Intangibles. A Commentary on the White Paper*, Deventer: Kluwer, 1989.
- HÜBSCHMANN, HEPP e SPITALER, *Kommentar zur Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung*, 9ª edição, Colônia: Otto Schmidt.
- HUCK, Hermes Marcelo, *Evasão e Elisão: Rotas Nacionais e Internacionais do Planejamento Tributário*, São Paulo: Saraiva, 1997.
- HUMMER, Waldemar, "Ordinary versus Special Meaning - Comparison of the Approach of the Vienna Convention on the Law of Treaties and the Yale School Findings", *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 26.
- IUDÍCIBUS, Sérgio de (coord.), *Contabilidade Introdutória*, 9ª edição, São Paulo: Atlas, 1998.
-; MARTINS, Eliseu; e GELBCKE, Ernesto Rubens, *Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações (Aplicável às Demais Sociedades)*, 6ª edição, São Paulo: Atlas, 2003.
- JACOB, Friedhelm, "Transfer Pricing in Germany", *The Tax Treatment of Transfer Pricing*, Amsterdã: International Bureau of Fiscal Documentation, folhas soltas, edição original, 1987.
- JARDIM NETO, José Gomes, "A Interpretação da Legislação de Preços de Transferência por Parte do Fisco no Brasil: podemos aprender com

- os Erros?", *Revista de Direito Tributário Internacional* vol. 4, ano 2, São Paulo: Quartier Latin, outubro de 2006.
- JIMÉNEZ, Adolfo J. Martín, "Spain's Holding Company Regime", *Bulletin for International Taxation*, Amsterdã: IBFD, março de 2005.
- JONES, John Avery *et. al.*, "The Interpretation of Tax Treaties with Particular Reference to Article 3 (2) of the OCDE Model", *British Tax Review* 14 e 90, 1984.
- "Article 3 (2) of the OCDE Model Convention and the Commentary to it: Treaty Interpretation", *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 1993.
- JOSEPH, Anton, "Transfer Pricing Comparability: Perspectives of OECD, Australia and United States", *International Transfer Pricing Journal* nº 2, vol. 14, março/abril de 2007.
- KIRCHHOF, Paul, *Die Sanfte Verlust der Freiheit*, Muenchen, Wien, Karl Hanser, 2004.
- KLEIN, Franz; e ORLOPP, Gerd, *Abgabenordnung - einschließlich Steuerstrafrecht*, 4ª edição, Munique: Beck, 1989.
- KOTLER, P.; e ARMSTRONG, G., *Principles of Marketing*, Nova Jersey: Prentice Hall, 1999.
- KRAKOWIAK, Ricardo, "Preços de Transferência: o Método PRL e as Despesas com Frete, Seguro e Imposto de Importação", in Luís Eduardo Schoueri (coord.), *Tributos e Preços de Transferência*, vol. 3, São Paulo: Dialética, 2009.
- LAHODNY-KARNER, Andrea, "Die geschäftsfallbezogenen Standardmethoden in den OECD-Verrechnungspreisrichtlinien 1995", in Michael Lang (org.), *Die neuen Verrechnungspreisrichtlinien der OECD*, Viena: Linde, 1996.
- LEONARDOS, Gabriel Francisco, *Tributação da Transferência de Tecnologia*, Rio de Janeiro: Forense, 1997.

- LEVEY, M. M., SHAPIRO, L. W., CUNNINGHAM, R. J., G. D. Lemein & W. S. Garofalo, "Intangible Transfer Pricing and Penalties after DHL", *Intertax* nº 12, vol. 30, 2002.
- MACHADO, Hugo de Brito, *Curso de Direito Tributário*, 5ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- MAGUIRE, Edward; THEISEN, Manuel *et al.*, *Verrechnungspreise bei Lizenzen und Dienstleistungen*, Munique: Beck, 1990.
- MAISTO, Guglielmo, "General Report", International Fiscal Association, *Transfer Pricing in the Absence of Comparable Market Prices, Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. LXXCIIa, Deventer: Kluwer, 1992.
- . "Transfer Pricing in Italy", *The Tax Treatment of Transfer Pricing*, Amsterdã: International Bureau of Fiscal Documentation, folhas soltas, suplemento nº 10, setembro de 1992.
- . *Il "Transfer Price" nel Diritto Tributario Italiano e Comparato*, Pádua: Cedam, 1985.
- . "Transfer Pricing in the Absence of Comparable Market Prices - General Report", *TP - Supplement no. 16*, International Bureau of Fiscal Documentation, julho de 1995.
- MALHEIRO, Eliete de Lima Ribeiro, "Preços de Transferência - Intangíveis, Serviços e Cost-sharing", in Luís Eduardo Schoueri (coord.), *Tributos e Preços de Transferência*, vol. 3, São Paulo: Dialética, 2009.
- MARKY, Thomas, *Curso Elementar de Direito Romano*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 1995.
- MAS, Mayra O. Lucas; e COTTANI, Giammarco, "OECD Proposed Revision of Chapters I-III of the OECD Transfer Pricing Guidelines: Business Comments on Selected Issues", *International Transfer Pricing Journal* nº 4, vol. 17, julho/agosto de 2010.
- MAXIMILIANO, Carlos, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 14ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque, *Curso de Direito Internacional Público*, 14ª edição, vol. 1, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- . *Direito Constitucional Internacional - Uma Introdução*, Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

- "Mesa de Debates - Questões Atuais sobre Preços de Transferência" (transcrição de sessão realizada em 5 de outubro de 2005 na Faculdade de Direito da USP), *Revista de Direito Tributário Internacional* vol. 2, ano 1, São Paulo: Quartier Latin, fevereiro de 2006.
- MIYATAKE, Toshio, "Transfer Pricing in Japan", *The Tax Treatment of Transfer Pricing*, Amsterdã: International Bureau of Fiscal Documentation, folhas soltas, suplemento nº 18, julho de 1996.
- MOGLE, James R., "Intercompany Transfer Pricing for Intangible Property", *Tax Management Transfer Pricing. Special Report* nº 2, vol. 6, *Report* nº 25, 21 de maio de 1997.
- MOSQUERA, Roberto Quiroga; e FREITAS, Rodrigo de, "Reflexos Financeiros dos Preços de Transferência: Conceito de Registro no Banco Central nas Operações de Mútuo 'Inbound' e 'Outbound'", in Luís Eduardo Schoueri (coord.), *Tributos e Preços de Transferência*, vol. 3, São Paulo: Dialética, 2009.
- ; e UTUMI, Ana Cláudia Akie, "Aspectos Fundamentais da Aplicação das Regras de Transfer Pricing", in Valdir de Oliveira Rocha (coord.), *Planejamento Fiscal. Teoria e Prática*, São Paulo: Dialética, 1998.
- MÖSSNER, Jörg Manfred, "Zur Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen", in Karl Bockstiegel (org.), *Völkerrecht, Recht der Internationalen Organisationen, Weltwirtschaft - Festschrift für Ignaz Seidl-Hohenveldern*, Carl Heymanns: Colônia, Berlim, Bonn e Munique.
- . *Neue Auslegungsfragen bei Anwendung von Doppelbesteuerungsabkommen, Hefte zur Internationalen Besteuerung*, Caderno 38, Hamburgo: Institut für Ausländisches und Internationales Finanz- und Steuerwesen - Vunivesität Hamburg, 1987.
- . *Einführung in das Völkerrecht*, Munique: Beck, 1977.
- . *Rechtssprechungs - Report Internationales Steuerrecht: Rechtssprechung der Jahre 1980-1989 mit Kommentierung und zusätzlichen Hinweisen auf die Rechtssprechung ab 1925*, Berlim: Neuw Wirtschaftsbriefe, 1991.
- MUSA, Simone Dias, "A Normatização das Operações com Jurisdições com Tributação Favorecida e Regimes Fiscais Privilegiados - Uma Evolução da Legislação Tributária Brasileira", in Roberto Quiroga

Mosquera, *O Direito Tributário e o Mercado Financeiro e de Capitais*, vol. 2, São Paulo, Dialética, 2010.

MUSELLI, Andrea; e HUNTER, Donatella M., "Glaxo Transfer Pricing Case: Economic Rationale, Legal Framework and International Issues", *International Transfer Pricing Journal*, maio/junho de 2007.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa, "A Disponibilidade Econômica ou Jurídica para os Efeitos da Incidência", *Imposto de Renda*, VVAA, São Paulo: IBDT/Resenha Tributária, 1981.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa, "Tratados Internacionais em Matéria de Tributação", *Direito Tributário Atual* vol. 3, 1983.

NOVAIS, Raquel; e BEHRNDT, Marco Antônio, "A Interpretação das Regras de Preços de Transferência pelo Conselho de Contribuintes", *Revista de Direito Tributário Internacional* vol. 6, ano 2, São Paulo: Quartier Latin, agosto de 2007.

OCDE, *Model Double Taxation Convention on Income and on Capital. Report of the OECD Committee on Fiscal Affairs*, Paris: OCDE, 1977.

– *Proposed Revision of the Section on Safe Harbours in Chapter IV of the OECD Transfer Pricing Guidelines and Draft Sample Memoranda of Understanding for Competent Authorities to Establish Bilateral Safe Harbours*, Paris, publicação oficial, junho de 2012.

– *Tax Aspects of Transfer Pricing within Multinational Enterprises. The United States Proposed Regulations*, Paris: OCDE, 1993.

– *Transfer Pricing and Multinational Enterprises: Report of the OECD Committee on Fiscal Affairs*, Paris: OCDE, 1979.

– *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Paris: OCDE, 2010.

– *Diretrizes da OCDE sobre Preços de Transferência para Empresas Multinacionais e Administrações Fiscais*, Ernst & Young Terço (tradução), s. 1.: International Tax Institute (www.itinet.org).

– "Report of the OECD Committee on Fiscal Affairs on Transfer Pricing and Multinational Enterprise (1979)", *TP - Supplement no. 19*, International Bureau of Fiscal Documentation, novembro, 1996.

– *Model Tax Convention on Income and on Capital*, Condensed version, 22 de julho de 2010.

– *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, aprovado pelo Comitê de Assuntos Fiscais em 24 de junho de 2008 e

pelo Conselho em 17 de julho de 2008, bem como uma versão atualizada do mesmo relatório, de 2010, aprovada pelo Comitê de Assuntos Fiscais em 22 de junho de 2010 e pelo Conselho em 22 de julho de 2010.

– "Report of the OECD Committee on Fiscal Affairs on Transfer Pricing and Multinational Enterprises: Three Taxation Issues (1984)", *TP - Original Release*, International Bureau of Fiscal Documentation, novembro de 1994.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de *et al.*, *Guia IRPJ/CSL (Atualizações Outubro - Novembro - e Dezembro de 2011)*.

– "Métodos de Apuração dos Preços de Transferência no Brasil: Efeitos da Escolha de um Método e Possibilidade de Indicação de Métodos Diversos. Consequências da Falta de Indicação de Métodos", in Luís Eduardo Schoueri (coord.), *Tributos e Preços de Transferência*, vol. 3, São Paulo: Dialética, 2009.

– "Tributos e Preços de Transferência" in Valdir de Oliveira Rocha (coord.), *Tributos e Preços de Transferência*, São Paulo: Dialética, 1997.

OWENS, Jeffrey, "Should the Arm's Length Principle Retire?", *International Transfer Pricing Journal*, maio/junho de 2005.

PAGÉS, Antonio, "Transfer Pricing in Spain", *The Tax Treatment of Transfer Pricing*, Amsterdã: International Bureau of Fiscal Documentation, folhas soltas, suplemento nº 19, novembro de 1996.

PEDREIRA, José Luiz Bulhões, *Imposto de Renda*, Rio de Janeiro: Justec, 1971.

PLASSCHAERT, Sylvain, "Transfer Pricing for Managerial Purposes in Relation to Fiscal Parameters", *International Transfer Pricing Journal* nº 5, vol. 4, setembro/outubro de 1997.

POLIZELLI, Victor Borges, "Parâmetros para a Definição de Valor Agregado e Interpretações Possíveis da Lei nº 9.959/2000 quanto ao Método PRL de Preços de Transferência", *Revista de Direito Tributário Internacional* vol. 2, ano 1, São Paulo: Quartier Latin, fevereiro, 2006.

- PROKISCH, Rainer, "Fragen der Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen", *Steuer & Wirtschaft International* n° 2, ano 4, fevereiro, 1994.
- RANGEL, Vicente Marotta, "Os Conflitos entre o Direito Interno e os Tratados Internacionais", *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* n° 45/46, ano XXIII, 1967.
- RAUCH, Udo, *Verdeckte Gewinnausschüttungen. Kritische Betrachtung ausgewählter Hauptprobleme* (Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade de Mainz), 1969.
- REZEK, José Francisco, *Direito Internacional Público: Curso Elementar*, 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 1998.
- ROGERS-GLABUSH, Julie (edit.), *International Tax Glossary*, 6ª edição, Amsterdã: International Bureau of Fiscal Documentation, 2009.
- ROLIM, João Dácio, "As Presunções da Lei n° 9.430/96 e os Casos Especiais nos Preços de Transferência", in Valdir de Oliveira Rocha (coord.), *Tributos e Preços de Transferência*, São Paulo: Dialética, 1997.
- ROTHMANN, Gerd Willi, *Interpretação e Aplicação de Acordos Internacionais contra a Bitributação*, tese de doutoramento apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, edição particular.
- ROUSSEAU, Charles, *Droit International Public*, 9ª edição, Paris: Dalloz, 1979.
- SANTIAGO, Igor Mauler; e LOBATO, Valter, "Margens Predeterminadas: um Caso de Confronto entre a Praticabilidade e a Capacidade Contributiva? Exigências Constitucionais para sua Adoção", in Luís Eduardo Schoueri (coord.), *Tributos e Preços de Transferência*, vol. 3, São Paulo: Dialética, 2009.
- SCHAUMBURG, Harald (coord.), "Chemie- und Pharmaunternehmen Konfliktfelder aus der Sicht von Finanzverwaltung und Unternehmen", *Internationale Verrechnungspreise zwischen Kapitalgesellschaften*, Harald Schaumburg (org.), Colônia: Otto Schmidt, 1994.

- SCHMALENBACH, Eugen, "Über Verrechnungspreise", *Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung* 1908/1909.
- SCHMIDT, Alfred *et al.*, *Novo Código Tributário Alemão*, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 1978.
- SCHNORBERGER, Stephan, "Arm's Length Principle, Exit Tax and Commensurate with Income Standard: Some Practical Thoughts on the New German Transfer Pricing Rules 2008", *Intertax* n° 1, vol. 36, 2008.
- SCHÖDER, Siegfried, "Gewinnermittlung bei Betriebsstätten", in Mössner, Jörg M. *et al.*, *Steuerrecht international tätiger Unternehmen: Handbuch der Besteuerung von Auslandsaktivitäten inländischer Unternehmen und von Inlandsaktivitäten ausländischer Unternehmen*, Colônia: O. Schmidt, 1992.
- SCHOUEIRI, Luís Eduardo, "Considerações sobre o Princípio *Arm's Length* e os *Secret Comparables*", in Luís Eduardo Schoueri (coord.), *Direito Tributário. Homenagem a Paulo de Barros Carvalho*, São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- . "Imposto de Renda e os Lucros Auferidos no Exterior", *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*, vol. 7, São Paulo: Dialética, 2003.
- . "Margens Predeterminadas, Praticabilidade e Capacidade Contributiva", in Luís Eduardo Schoueri (coord.), *Tributos e Preços de Transferência*, vol. 3, São Paulo: Dialética, 2009.
- . "O Mito do Lucro Real na Passagem da Disponibilidade Jurídica para a Disponibilidade Econômica", in Alessandro Broedel Lopes e Roberto Quiroga Mosquera (coords.), *Controvérsias Jurídico-contábeis (Aproximações e Distanciamentos)*, vol. 1, São Paulo, Dialética, 2012.
- . "Preços de Transferência e Acordos de Bitributação", in Valdir de Oliveira Rocha (coord.), *Tributos e Preços de Transferência*, São Paulo: Dialética, 1997.
- . "Princípios no Direito Tributário Internacional: Territorialidade, Fonte e Universalidade", in Roberto Ferraz (coord.), *Princípios e Limites da Tributação*, São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- . "Validade de Normas Internas Contrárias a Dispositivos de Acordos de Bitributação no Direito e na Prática Norte-americana", *Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas* n° 3, ano 1, 1993.

- . *Distribuição Disfarçada de Lucros*, São Paulo: Dialética, 1996.
- . *Normas Tributárias e Indução Econômica*, Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- . *Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica*, Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- . *Planejamento Fiscal através de Acordos de Bitributação - "Treaty Shopping"*, São Paulo: RT, 1995.
- . *Tratados e Convenções Internacionais sobre Tributação, Direito Tributário Atual* vol. 17, São Paulo: Dialética, 2003.
- ; e MADEIRA, Eduardo Santos Arruda, "Transfer Pricing Practice in an Era of Recession", *International Transfer Pricing Journal*, Amsterdã: IBFD, novembro/dezembro de 2009.
- SETTE, Ordélio Azevedo; e LOPEZ, João Ruggero, "A Legislação Brasileira sobre Preços de Transferência e os Acordos Internacionais para evitar a Bitributação", in Maria Augusta Machado de Carvalho (coord.), *Estudos de Direito Tributário em Homenagem à Memória de Gilberto de Ulhôa Canto*, Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, São Paulo: RT, 1968.
- STRENGER, Irineu, *Direito Internacional Privado*, vol. I, São Paulo: RT, 1986.
- TAVOLARO, Agostinho Toffoli, "Precios de Transferencia", *Consejo Profesional de Ciencias Economicas de la Capital Federal, Sexto Congreso Tributario Trabajos de Investigacion*, tomo I, Buenos Aires/Tucumán, 1998.
- TENÓRIO, Oscar, *Direito Internacional Privado*, vol. I, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.
- TIPKE, Klaus; e KRUSE, Heirich Wilhelm, *Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung: Kommentar zur AO 1977 und FGO (ohne Steuerstraftrecht)*, 14ª edição, folhas soltas, Colônia: Otto Schmidt, 1991.
- . "Princípio de Igualdade e Idéia de Sistema no Direito Tributário", in Brandão Machado (coord.), *Direito Tributário. Estudos em Homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira*, São Paulo: Saraiva, 1984.
- . *Die Steuerrechtsordnung*, vol. I, Colônia: Dr. Otto Schmidt, 1993.

- TOIFL, Gerald, "Die gewinnorientierten Methoden in den OECD-Verrechnungspreisrichtlinien 1995", in Michael Lang (org.), *Die neuen Verrechnungspreisrichtlinien der OECD*, Viena: Linde, 1996.
- TÔRRES, Heleno Taveira, *Direito Tributário Internacional. Planejamento Tributário e Operações Transnacionais*, São Paulo: RT, 2001.
- . *Pluritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas*, São Paulo: RT, 1997.
- TORRES, Ricardo Lobo, "O Princípio *Arm's Length*, os Preços de Transferência e a Teoria da Interpretação do Direito Tributário", *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 48, São Paulo: Dialética, setembro de 1999.
- . *Curso de Direito Financeiro e Tributário*, 10ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- . *Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- TREVISAN NETO, Antenori, *Aplicação do Acordo sobre Valoração Aduaneira no Brasil*, São Paulo, Aduaneiras, 2010.
- TRIEPEL, Karl Heinrich, "As Relações entre o Direito Interno e o Direito Internacional", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, outubro de 1966.
- TROIANELLI, Gabriel Lacerda, "Preço de Transferência: Intangíveis, Acordos de Repartição de Custos e Serviços de Grupo", in Luís Eduardo Schoueri (coord.), *Tributos e Preços de Transferência*, vol. 3, São Paulo: Dialética, 2009.
- UNITED NATIONS, *UN Practical Manual for Developing Countries (Atualizado até Outubro de 2012)*, disponível em http://www.un.org/esa/ffd/tax/documents/bgrd_tp.htm.
- UTUMI, Ana Cláudia Akie, "Países com Tributação Favorecida no Direito Brasileiro", in Heleno Taveira Tôrres (coord.), *Direito Tributário Internacional Aplicado*, São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- VALLADÃO, Haroldo, *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1968.

- VARELLA, P. S., "Precios de Transferencia. Una Breve Aproximación", *Revista Tributária e de Finanças Públicas* nº 36, 2001.
- VASCONCELLOS, Roberto França de, "O Tratamento dos Juros Pagos em Operações Internacionais entre Empresas Associadas", *Revista de Direito Tributário Internacional* vol. 13, ano 5, São Paulo: Quartier Latin, dezembro de 2009.
- VETTER, Tobias, "Die Normative Bedeutung der OECD-Verrechnungspreisrichtlinien", in Andrea Lahodny-Karner et al., *Die neuen Verrechnungspreisrichtlinien der OECD*, Viena: Linde, 1996.
- VILLANI, Piero, "Preço de Transferência de Bens entre Empresas Afiliadas e seu Controle no Direito Italiano", *Revista de Direito Tributário* nº 51, ano 14, janeiro/março de 1990.
- VOGEL, Klaus (org.), *Grundfragen des Internationalen Steuerrechts*, Colônia: Otto Schmidt, 1985.
- VOGEL, Klaus, "Abkommensvergleich als Methode bei der Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen", *Steuerberater-Jahrbuch* 1983-1984, Colônia: Otto Schmidt.
- . "Harmonia Decisória e Problemática da Qualificação nos Acordos de Bitributação", in Luís Eduardo Schoueri e Fernando Aurelio Zilveti (coords.), *Direito Tributário - Estudos em Homenagem a Brandão Machado*, São Paulo: Dialética, 1998.
- . "Zu einigen Fragen des Internationalen Steuerrechts", *Der Betrieb*, Caderno 10, 1986.
- . *Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen. Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen*, 3ª edição, Munique: Beck, 1996.
- WARD David, "Interpretation of Tax Treaties", *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 1986.
- WEIGELL, Jörg, "Das Verhältnis der Vorschrift des § 2ª EStG zu den Doppelbesteuerungsabkommen", *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1987.

- WITTENDORF, Jens. *Transfer Pricing and the Arm's length Principle in International Tax Law*. Austin, Boston et al.: Wolter Kluwer, 2010.
- XAVIER, Alberto, "Aspectos Fiscais de *Cost-sharing Agreement*", *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 23, São Paulo: Dialética.
- . *Direito Tributário Internacional do Brasil*, Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- .; ESTRADA, Roberto Duque; e EMERY, Renata, "Países com Tributação Favorecida e Regimes Fiscais Privilegiados", *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 168, São Paulo: Dialética, 2009.
- ZILKEM, Rainer, "Scandinavian countries as European holding company locations - Denmark, Finland, Norway and Sweden compared", *Bulletin for international taxation*, Amsterdã: IBFD, dezembro de 2012.