

TRIBUTOS E PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

3^o volume

Coordenador

LUÍS EDUARDO SCHOUERI

Autores

DANIEL VITOR BELLAN
ELÍDIE PALMA BIFANO
ELIETE DE LIMA RIBEIRO MALHEIRO
GABRIEL LACERDA TROIANELLI
GILBERTO DE CASTRO MOREIRA JUNIOR
IGOR MAULER SANTIAGO
LUÍS EDUARDO SCHOUERI
PAULO AYRES BARRETO
RICARDO KRAKOWIAK
RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA
RICARDO MAROZZI GREGORIO
ROBERTO FRANÇA DE VASCONCELLOS
ROBERTO QUIROGA MOSQUERA
RODRIGO DE FREITAS
VALTER LOBATO
VICTOR BORGES POLIZELLI
YARIV BRAUNER

DIALÉTICA

São Paulo - 2009

Sumário

LUÍS EDUARDO SCHOUERI Apresentação	7
DANIEL VITOR BELLAN Preços de Transferência: Dificuldades Práticas na Aplicação do Método PIC	9
ELÍDIE PALMA BIFANO Apuração de Preços de Transferência em Intangíveis, Contratos de Prestação de Serviços, Intragrupo e <i>Cost Sharing Agreements</i>	28
ELIETE DE LIMA RIBEIRO MALHEIRO Preços de Transferência - Intangíveis, Serviços e <i>Cost-Sharing</i>	48
GABRIEL LACERDA TROIANELLI Preço de Transferência: Intangíveis, Acordos de Repartição de Custos e Serviços de Grupo	75
GILBERTO DE CASTRO MOREIRA JUNIOR Método do Preço de Revenda menos Lucro no Caso de Agregação de Valor no País. Confronto entre a Lei nº 9.430/1996 e a Instrução Normativa nº 243/2002	93
IGOR MAULER SANTIAGO e VALTER LOBATO Margens Predeterminadas: um Caso de Confronto entre a Praticabilidade e a Capacidade Contributiva? Exigências Constitucionais para sua Adoção	107
LUÍS EDUARDO SCHOUERI Margens Predeterminadas, Praticabilidade e Capacidade Contributiva	119
PAULO AYRES BARRETO O Tratamento Transnacional nos Preços de Transferência e seus Limites Constitucionais	131

- RICARDO KRAKOWIAK**
Preços de Transferência: o Método PRL e as Despesas com Frete, Seguro e Imposto de Importação 148
- 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 155
- RICARDO MAROZZI GREGORIO**
Preços de Transferência: uma Avaliação da Sistemática do Método PRL 170
- ROBERTO FRANÇA DE VASCONCELLOS**
Reflexos Financeiros e Cambiais dos Preços de Transferência 196
- 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" 228
- VICTOR BORGES POLIZELLI**
Tratamento dos Serviços na Legislação Brasileira de Preços de Transferência 239
- YARIV BRAUNER**
O Valor Segundo o Espectador: a Avaliação de Intangíveis para Fins de Preços de Transferência 267

Apresentação

Com a edição da Lei 9.430/1996, completou-se no Brasil a transição para o regime de tributação em bases universais, iniciada um ano antes, pela Lei 9.249/1995. Se esta ampliava o aspecto espacial da hipótese de incidência do imposto de renda das pessoas jurídicas, a primeira procurava assegurar que lucros decorrentes de atividades no País fossem refletidos na base de cálculo do imposto de renda. A partir do *standard* do princípio *at arm's length*, a nova lei deveria assegurar que contribuintes com igual capacidade contributiva fossem igualmente tratados, independentemente de suas transações se darem com pessoas ligadas ou com terceiros.

A nova lei não foi inicialmente bem recebida. Do lado dos contribuintes brasileiros, havia total despreparo com relação aos fundamentos da lei, o que se refletiu em diversas empresas sequer elaborarem demonstrativos mínimos de conformidade com a legislação. As poucas que se dedicaram ao assunto, entretanto, viram-se surpreendidas com uma legislação ímpar, pouco lhes valendo a experiência proveniente de outros países. O descompasso entre a legislação brasileira e a experiência internacional foi, possivelmente, a maior crítica que se fez à nova legislação, tendo em vista o potencial efeito de bitributação econômica dali decorrente. Afinal, grupos multinacionais procuram adotar práticas uniformes de formação de preços de transferência. Assim, espera-se que se o preço praticado foi aceito pelo país exportador, ele também o será pelo importador e vice-versa. Quando, entretanto, o país exportador exige que a exportação se dê por um preço mínimo e este, por sua vez, é considerado excessivo pelo país importador, tem-se o efeito da bitributação.

Passada mais de uma década desde aquela lei, ingressa-se na era das decisões do Conselho de Contribuintes. Este vem exercendo relevantíssimo papel para a compreensão do alcance daquela legislação. É bem verdade que algumas das decisões não podem gerar júbilo. Assim, por exemplo, a justificada esperança dos contribuintes de que os acordos de bitributação assinados pelo País fossem assegurar que o País seguisse os padrões internacionais não vem encontrando aceitação no Conselho. Por outro lado, no caso da gritante ilegalidade perpetrada pela Instrução Normativa SRF 38/1997, que pre-

tendia vedar a utilização do método PRL no caso de produção no País, viu-se o Conselho de Contribuintes afastar tal posicionamento do Fisco federal, prestigiando a legalidade.

Novos desafios aparecem, agora, para os aplicadores do Direito. A legislação brasileira tem o mérito de ter enfrentado o difícil dilema dos recursos escassos da fiscalização: as criticadas margens predeterminadas são, juntamente com os *safe harbours*, uma solução em favor da praticabilidade. Como toda vez que o referido princípio atua, deve o jurista investigar os limites de sua colisão com outros princípios constitucionais, como a capacidade contributiva.

Temas mais prementes devem em breve ser enfrentados pelos tribunais administrativos. Exemplo gritante é o da margem de lucro a ser aplicada para o método PRL no caso de industrialização no País: enquanto a Lei 9.959/2001 trazia uma margem flexível, conforme o grau de agregação de valor no País, o que inicialmente foi acatado pela Instrução Normativa (SRF) 32/2001, a posterior Instrução Normativa (SRF) 243/2002 deu àquela margem feições desproporcionais, exigindo a margem de 150% em qualquer caso. Do posicionamento dos tribunais administrativos dependem, agora, os contribuintes. Ainda para o método PRL, caberá aos julgadores decidir se com ele se comparam preços CIF, mesmo no caso em que seguro e frete sejam pagos a terceiros independentes.

Por outro lado, questão ainda em aberto mesmo em outros países é a da formação de preços-parâmetro quando os métodos tradicionais não parecem adequados. Como fazer quando não se encontram transações comparáveis? Dado o crescimento do volume dos intangíveis no comércio internacional, a indagação quanto às necessárias flexibilizações na legislação toma a ordem do dia.

Esses e outros temas justificam a edição da presente coletânea: é responsabilidade da doutrina contribuir para este debate, oferecendo material para reflexão dos operadores do Direito. Por tal razão, merece aplauso a iniciativa da Editora Dialética, ao reunir, neste terceiro volume de *Tributos e Preços de Transferência*, vários dos autores que desde o início vêm se voltando aos problemas teóricos e práticos que a nova legislação oferece.

São Paulo, fevereiro de 2009

Luís Eduardo Schoueri

ônus gerenciais de sua produção, o que igualmente aponta para uma flexibilidade em matéria de provas⁹.

5. Conclusões

Diante do exposto, podemos concluir que:

a) a faculdade de questionar antecipadamente, junto ao Ministro da Fazenda, as margens de lucro fixadas na lei constitui um ônus, não um dever, do contribuinte, cujo descumprimento - se o sujeita à possibilidade de autuação e ao risco de sair vencido na discussão da dívida, suportando a diferença de tributo, mais as multas e os juros - não o impede de, na discussão administrativa ou judicial do lançamento, esforçar-se para demonstrar, com possibilidade teórica de sucesso, a realidade da margem de lucro que adotou;

b) o poder do Ministro da Fazenda de, *ex officio* ou mediante requerimento, alterar as margens de lucro presumidas pela lei, não vai ao ponto de permitir-lhe a elevação de tais índices, sob qualquer justificativa;

c) na discussão administrativa ou judicial do lançamento feito com base em margem de lucro predeterminada pela lei, pode o contribuinte recorrer a todos os meios de prova lícitos admitidos em Direito, sendo inválidas as restrições impostas pela lei e pelos diplomas inferiores que a regulamentam.

⁹ Idem, p. V-10.

Margens Predeterminadas, Praticabilidade e Capacidade Contributiva

LUÍS EDUARDO SCHOUERI

Professor Titular de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor da Universidade Mackenzie. Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Tributário. Vice-Presidente da Associação Comercial de São Paulo. Advogado em São Paulo.

A partir da edição da Lei nº 9.430/96, que trata dos preços de transferência no Brasil, numerosas foram as instruções normativas, portarias e outros atos normativos editados com o fito de regulamentar as disposições atinentes à matéria. Boa parte dessa regulamentação extrapolou os limites determinados pela própria Lei, procedendo a uma interpretação extensiva da Lei nº 9.430/96 e de suas modificações, de modo a restringir indevidamente direitos do contribuinte.



Emblemática é a situação das margens predeterminadas, adotadas pela legislação brasileira de preços de transferência. Enquanto expediente voltado a tornar praticável o complexo normativo diante da realidade brasileira, tais margens podem ser aceitas, desde que por meio delas não se aniquilem outros valores igualmente prestigiados pelo ordenamento: ao legislador cabe temperar as concessões efetuadas em nome da praticabilidade, diante da capacidade contributiva e seus desdobramentos¹.

A evolução recente da disciplina dos preços de transferência revela que as autoridades administrativas não compreenderam a importância de se preservar o instrumento das margens predeterminadas na legislação brasileira. No lugar de as aplicarem em conjunto com os princípios constitucionais que lhe dão suporte, optam por dar às

¹ Sobre a praticabilidade, cf. Adrienne Heil-Froidevaux. *Steuerrechtliche Praktikabilität unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten*. Bern: Stämpfli, 2006. No Brasil, há o excelente estudo de Regina Helena Costa. *Praticabilidade e Justiça Tributária: Exequibilidade de Lei Tributária e Direitos do Contribuinte*. São Paulo: Malheiros, 2007.

margens um caráter absoluto, afastando as tentativas de flexibilizá-las e, no caso do método do preço de revenda menos lucro, ultrapassando até mesmo os limites da lei.

Este estudo aponta dois exemplos recentes em que a rigidez das autoridades administrativas na aplicação das margens predeterminadas contraria os limites que a praticabilidade encontra diante de outros direitos fundamentais.

1. A Portaria (MF) nº 222 e a Flexibilização das Margens de Lucro

A legislação de preços de transferência é, hoje, prática comum entre os sistemas tributários civilizados. Aceita-se, sem mais delongas, que partes relacionadas devam manter em suas transações preços e margens de lucro compatíveis com os de terceiros independentes. Tal, em síntese, o princípio *arm's length*, bastião de constitucionalidade da legislação de preços de transferência. Ousamos afirmar que as disposições de controle de preços de transferência da Lei nº 9.430/96 não distorcem os resultados da empresa, mas, ao contrário, apuram sua efetiva renda. Mais ainda, o referido princípio é, a nosso ver, decorrência imediata do Princípio da Igualdade e da Capacidade Contributiva².

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

A falta de disciplina legal não impede que as autoridades administrativas resolvam os diversos casos omissos, sempre tendo em vista o princípio *arm's length*. 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. Tomando-se, por exemplo, uma venda de mercadorias em consignação, é claro que o chamado "risco de

² Cf. Luís Eduardo Schoueri. *Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro*. 2ª edição. São Paulo: Dialética, 2006, p. 15.

estoque" ficará por conta do vendedor, que será obrigado a readquirir as mercadorias não vendidas. 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*, torna-se mandatória.

Diante de tamanha importância dada pelo ordenamento ao referido princípio, não deixa de causar estranheza que a Lei nº 9.430/96 tenha se socorrido de margens predeterminadas, para a fixação dos preços de transferência para diversos métodos. Entendemos que tais margens foram uma concessão do legislador brasileiro à praticabilidade.

Não é pequeno o avanço do legislador brasileiro nesse tema. Afinal, em outros países que adotam legislações de preços de transferência, um dos grandes desafios está, exatamente, na determinação dos preços e margens que terceiros independentes praticariam em situações semelhantes. São necessários cálculos de altíssima complexidade, que exigem vasta pesquisa de mercado e conhecimento de informações que não estão disponíveis a custo razoável.

Neste sentido, agiu bem o legislador brasileiro quando reconheceu que não seria praticável exigir da fiscalização e do contribuinte, em cada caso, prova tão complexa. Melhor saída foi oferecer hipóteses em que se dispensava a comprovação dos preços praticados (os chamados *safe harbours*), de um lado, e, de outro, as margens predeterminadas de lucro.

A concessão do legislador à praticabilidade, prevendo margens predeterminadas não deveria, em princípio, causar qualquer estranheza, já que por conta delas não se entraria em confronto com a capacidade contributiva, concretizada no princípio *arm's length*. Afinal, a Lei nº 9.430/96 não impõe tais percentuais como obrigatórios, já que estes podem ser alterados, em determinadas circunstâncias, por ato do Ministro da Fazenda. Da mesma forma, a Lei prevê que o contribuinte, com base em publicações, pesquisas e relatórios oficiais, pode buscar comprovar a prática de margens diversas daquelas estabelecidas.

Caso fosse vedada a demonstração de que terceiros independentes praticam margens de lucro diversas, 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 *arm's length*, não se tolerando, pois, no sistema constitucional brasileiro, sua permanência.

Ora, sendo as margens mera presunção relativa, os contribuintes poderiam a qualquer tempo demonstrar que terceiros independentes praticam margens diferentes daquelas estabelecidas pela Lei nº 9.430/96. Assim, não haveria qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade no texto legal, que traria apenas sugestões de margens, as quais poderiam ser alteradas em cada caso específico. Porém, a realidade mostrou situação completamente oposta.

O problema principal é encontrado quando se considera a regulamentação emitida pela Receita Federal. Uma análise dos atos normativos que já regulamentaram a matéria revela que dificilmente um contribuinte poderia contestar as margens legais.

Isso porque, na prática, a regulamentação infralegal exigiu do contribuinte a apresentação de um conjunto probatório tão exaustivo e de tão difícil acesso que acabou por tornar absolutas as presunções legais. Em outras palavras, para o contribuinte que, embora tivesse outros meios de prova, não dispusesse daqueles especificamente previstos, a presunção tornava-se absoluta. A prova revelava-se, por força de lei, impossível para ele, convertendo-se em absoluta uma presunção relativa.

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 propriedade. Todavia, era tão difícil, na prática, referida prova, que os juristas medievais apelidaram-na de diabólica (*probatio diabólica*)³.

Não é difícil estender tal raciocínio ao caso presente: pela regulamentação infralegal conferida às margens predeterminadas, embora

não fosse necessariamente impossível ao contribuinte comprovar que terceiros independentes praticam outras margens de lucro, tal prova poderia exigir tamanho desembolso de recursos, que se tornaria inviável.

Foi a Portaria MF nº 95/97 que primeiro regulamentou o procedimento genérico para a solicitação de alteração das margens dos métodos de preços de transferência, dispondo que o contribuinte que desejasse que as margens de lucro praticadas fossem alteradas deveria instruir o pedido com uma imensa lista de documentos, muitos deles de difícil acesso e incompatíveis com o mero objetivo de investigar as margens praticadas pelo mercado.

Posteriormente, a Instrução Normativa SRF nº 243/02 tratou da matéria, em seus artigos 32 a 34, sem divergir da Portaria MF nº 95/97.

Não causa surpresa que desde a data da edição da Lei nº 9.430/96, não se teve notícia de caso concreto em que as margens fixas tenham sido alteradas. As inúmeras exigências documentais para a alteração dos percentuais legais acabavam por inviabilizar seu questionamento pelo contribuinte.

Assim, a presunção relativa tornava-se absoluta, já que, na prática, não havia remédio para modificar os percentuais legais tidos como de mercado. Nesse cenário, a constitucionalidade da legislação de preços de transferência tornava-se questionável: as margens fixas tornaram-se imutáveis, dada a falta de razoabilidade das exigências para a sua alteração. E as margens legais, por óbvio, na maioria das vezes, não refletem margens de lucro praticadas no mercado.

Nesse contexto, foi publicada, no dia 26 de setembro de 2008, a Portaria nº 222, do Ministro da Fazenda, sobre pedidos de alteração dos percentuais e margens de lucros utilizados na apuração dos preços de transferência.

A Portaria MF nº 222/08 parecia, em uma primeira análise, uma forma de salvar a Lei nº 9.430/96, com suas margens predeterminadas, da inconstitucionalidade. De fato, a nova norma contém importantes avanços, 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.

Com efeito, uma das maiores dificuldades que os contribuintes vinham enfrentando era, justamente, a exigência de documentos que

³ Cf. Thomas Marky. *Curso Elementar de Direito Romano*. 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 88; v. também José Carlos Moreira Alves. *Direito Romano*. Vol. I, 13ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 317.

em nada contribuíam para a solução da margem questionada. Assim, por exemplo, se o contribuinte pretendia ver alterada a margem exigida pelo método PRL, não fazia sentido exigir-se dele que informasse os custos praticados por seu fornecedor, no exterior.

Tanto para as importações (CPL, PRL-20 e PRL-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 desses métodos, a Portaria MF nº 222 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 perceber que a apresentação de um rol de documentos descabido e não razoável permanece na nova portaria.

Ocorre que 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 Portaria MF nº 222/08 determina que, para solicitar a alteração das margens do método PRL, a pessoa jurídica precisa apresentar documentação comprobatória de transações praticadas com não vinculadas. No entanto, muitas vezes as empresas que utilizam o PRL não praticam operações com não vinculadas; caso houvesse tais transações, elas poderiam inclusive optar pelo método PIC.

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”. Mais uma vez, incorre no mesmo 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.

Em síntese: a mudança de margem é procedimento que só é oferecido a quem não precisa daquela mudança, porque tem um PIC a sua disposição.

Essa é apenas uma das distorções veiculadas pela nova portaria. Caso não venham a ser corrigidas a tempo, o contribuinte não conseguirá cumprir os requisitos por ela trazidos para a alteração das margens legais, e estas permanecerão imutáveis - podendo ser alteradas somente na teoria. Sendo esse o caso, terá sido perdida uma excelente oportunidade para tornar o conteúdo da Lei nº 9.430/96 compatível com os ditames constitucionais.

2. A Margem de Lucro do Método PRL-60

Ainda a ilustrar os casos em que as autoridades administrativas, ao adotar obtusa interpretação da Lei nº 9.430/96, tornam-na inviável à luz do ordenamento constitucional, há a Instrução Normativa nº 243/02, que modificou o cálculo do Método PRL-60.

Já na edição da Lei nº 9.430/96, presenciou-se o emblemático caso da Instrução Normativa SRF nº 38/97, que em seu artigo 4º, parágrafo 1º, proibiu, sem qualquer respaldo legal, a aplicação do método PRL nos casos em que havia produção local subsequente à importação. A ilegalidade dessa vedação já foi confirmada em diversos julgados dos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda⁴, tendo os julgadores entendido que a Instrução Normativa SRF nº 38/97 impusera aos contribuintes uma restrição ilegal, porquanto inexistente na Lei nº 9.430/96.

Posteriormente, a Lei nº 9.430/96 foi alterada pela Lei nº 9.959/00, de modo que o método PRL foi desdobrado em duas margens de lucro diversas, conforme houvesse, ou não, agregação de valor local. Portanto, com a edição da Lei nº 9.959/00, a margem aplicável passou a ser de 60% do preço líquido de venda deduzido do valor agregado ao bem produzido no País, nos casos em que ocorresse produção local, e manteve-se em 20%, nas demais situações. Existem muitas dúvidas acerca dos casos em que se aplica uma ou outra margem, em situações limites. De qualquer modo, nas situações em que ficar configurada a produção local, o método com a margem de 60% será aplicado.

⁴ Como exemplo, podem ser mencionados os seguintes acórdãos do 1º Conselho de Contribuintes: Acórdão nº 101-96.678, de 07/04/08, da 1ª Câmara; Acórdão nº 108-09.551, de 05/03/08, da 8ª Câmara; Acórdão nº 107-08.725, de 20/09/06, da 7ª Câmara; Acórdão nº 103-21.859, de 24/02/05, da 3ª Câmara; Acórdão nº 101-94.628, de 07/07/04, da 1ª Câmara, entre tantos outros.

Ao regulamentar a aplicação do PRL com margem de 60%, novamente o Poder Executivo acabou ultrapassando os limites impostos pela Lei nº 9.430/96, uma vez que a Instrução Normativa SRF nº 243/02, em seu artigo 12, parágrafo 11, trouxe critério de cálculo relativo ao método em tela que não se coaduna com o quanto disposto no texto legal.

De fato, o contribuinte que calcular o PRL com margem de 60% de acordo com a metodologia disposta na Lei nº 9.430/96 chegará a ajuste diverso daquele alcançado pelo contribuinte que se utilizar do cálculo previsto na Instrução Normativa SRF nº 243/02, sendo o último resultado o menos benéfico ao contribuinte.

Na verdade, a Instrução Normativa nº 32/01 havia regulamentado o referido método nos estritos termos da lei: no lugar de se exigir, sempre, uma margem de lucro de 60% do preço de revenda, a margem se calcula sobre o preço de revenda deduzido do valor agregado ao bem produzido no País. Deste modo, quanto maior o coeficiente de agregação de valor ao bem no País, menor a margem de lucro exigida pelo legislador. A lei, noutras palavras, vale-se da tributação para incentivar a produção local.

A Instrução Normativa nº 243/02 deu outra interpretação ao texto legal. Verdade seja dita: a Instrução Normativa disciplinou um cálculo que se descola do que previu o legislador. Basta mencionar que embora a Lei condicione a margem de lucro à agregação de valor ao bem produzido no País, a fórmula da Instrução Normativa nº 243/02 sequer investiga qual o valor agregado no País.

A divergência entre os resultados decorre, em parte, do fato de a Lei, ao prescrever a fórmula de cálculo da "margem de lucro" determinar 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 SRF nº 243/02, 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.

Ademais, o "preço parâmetro" é obtido de forma diversa na Lei nº 9.430/96 e na Instrução Normativa SRF nº 243/02. Enquanto na

Lei o limite do preço parâmetro é estabelecido tomando-se por base a totalidade do preço líquido de venda, a referida instrução normativa pretende que o limite seja estabelecido a partir, apenas, do percentual da parcela dos insumos importados contidos no preço líquido de venda, o que parece restringir o resultado almejado pelo legislador.

Em síntese: as autoridades administrativas, discordando dos preços parâmetros que resultariam da aplicação da Lei nº 9.430/96, resolveram "corrigi-la", chegando a um método que assegure, sempre, a tributação de uma margem de lucro no País de 60% para quem produza bens no País.

O resultado é ainda mais absurdo quando se tem em conta que um importador que adquira o produto pronto para revenda deve oferecer à tributação um lucro de 20%.

Noutras palavras: se o empresário, no lugar de importar um bem fabricado no exterior, decide importar apenas as matérias-primas, industrializando localmente, será ele punido pela legislação de preços de transferência, devendo triplicar sua margem de lucro tributável.

Chega a pasmar o resultado da aplicação da fórmula prevista na Instrução Normativa SRF nº 243/02 para o método PRL com margem de 60%. A ser correta a interpretação do Fisco, exigir-se-ia, na realidade, que o contribuinte tenha uma desproporcional margem de lucro de 150%, em qualquer hipótese. O raciocínio matemático é imediato: para um produto vendido a 100, com lucro de 60, o custo é de 40. Ora, nesse caso, o lucro (60) é de 150% sobre o custo (40).

Claro que a tal absurdo não chegaria o legislador. Ao contrário, como mencionado, a Lei 9.430/96 jamais pretendeu desestimular a industrialização local. Como visto, quanto maior o valor agregado ao bem produzido no País, tanto menor será a margem de lucro exigida.

As diferenças entre a Instrução Normativa SRF nº 243/02 e a Lei nº 9.430/96 acabam por conduzir, para o mesmo cálculo do preço de transferência segundo o método PRL com produção local, a resultados distintos, acarretando como consequência despesas que segundo uma sistemática são dedutíveis, mas noutra não o são.

Esta é mais uma situação em que o Poder Executivo, com o intuito de regulamentar a Lei nº 9.430/96, acabou por violar ou ir além

das disposições da própria Lei. E, como é sabido, no Direito Tributário brasileiro, em atenção ao princípio da estrita legalidade, as leis devem prevalecer sobre as instruções normativas em caso de conflito entre ambas.

A situação narrada mostra, mais uma vez, que de uma ilegalidade da Instrução Normativa, pode-se chegar à inconstitucionalidade da própria legislação de preços de transferência.

Com efeito, já foi dito acima que a Instrução Normativa extrapola o texto da Lei nº 9.430/96. Seria este um mero problema de ilegalidade.

No caso, entretanto, tem-se que se fosse acertado dar à Lei nº 9.430/96 a interpretação proposta pela Instrução Normativa nº 243/02, então o caso seria de inconstitucionalidade da Lei. Ou seja: se a Lei nº 9.430/96 efetivamente exigisse a margem de lucro de 150% para qualquer hipótese de industrialização no País, então a referida Lei não se conformaria aos princípios constitucionais norteadores da matéria.

Com efeito, a jurisprudência pátria vem acatando a adoção do princípio da proporcionalidade, inclusive em matéria tributária⁵. Também a doutrina confirma sua validade⁶. Por certo, nem sempre é fácil afirmar quando uma lei é desproporcional. Entretanto, dificilmente se questionaria a afirmação de que exigir do importador uma

⁵ "Ação Direta de Inconstitucionalidade. §§ 2º e 3º do art. 57 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Fixação de Valores Mínimos para Multas pelo Não-recolhimento e Sonegação de Tributos Estaduais. Violação ao inciso IV do art. 150 da Carta da República. A desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica, a multa, evidencia o caráter confiscatório desta, atentando contra o patrimônio do contribuinte, em contrariedade ao mencionado dispositivo do texto constitucional federal. Ação julgada procedente." (ADI nº 551/RJ, Relator: Min. Ilmar Galvão, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, julgamento: 24/10/02, DJ de 14/02/03)

⁶ Cf. Ricardo Lobo Torres. *Tratado de Direito Constitucional Tributário*. Vol. II - Valores e Princípios Constitucionais Tributários. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; Ricardo Krakowiak. *O Princípio da Proporcionalidade como Limitação Constitucional ao Poder de Tributar*. Tese de Doutorado, São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005; Helenilson da Cunha Pontes. "Direito Tributário Sancionador e Princípio da Proporcionalidade". *Revista de Direito Tributário da APET* vol. 2, 2005, pp. 65 ss.; Ricardo Aziz Cretton. *Os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade e sua Aplicação no Direito Tributário: Dissertação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

margem de lucro de 150%, qualquer que seja o produto industrializado e qualquer que seja o grau de industrialização no País, é medida desproporcional e, mesmo, irrazoável.

Embora já tenhamos deixado claro que a interpretação dada pela Instrução Normativa nº 243/02 à Lei nº 9.430/96 não guarda qualquer relação com esta, importa acrescentar que mesmo que fosse possível tal interpretação, ela ainda assim não seria aceitável.

Afinal, casos há em que um mesmo trecho legal oferece mais de uma interpretação, restando ao jurista a tarefa de escolher uma delas. Aceitar que existam duas conclusões igualmente possíveis não deve causar estranheza ao estudioso do Direito. Como bem nos lembra o Emérito Jusfilósofo e Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Roberto Grau, em estudo sobre a interpretação e aplicação do Direito, a interpretação de textos normativos em algo se assemelha à interpretação musical: não há uma única interpretação exata. A Sexta Sinfonia de Beethoven regida por Toscanini, com a Sinfônica de Milão, é diferente da Sexta Sinfonia regida por Von Karajan, com a Filarmônica de Berlim; não obstante as duas difiram em relação ao tempo e técnica de execução, ambas são autênticas - e corretas. O jurista, citando lição de Zagrebelsky, nega peremptoriamente a existência de uma única resposta ("verdadeira") para o exercício interpretativo. Sendo a interpretação convencional, ela não possuiria realidade objetiva com a qual pudesse ser confrontado o seu resultado, inexistindo, portanto, uma interpretação objetivamente verdadeira⁷.

A tal raciocínio, devemos acrescentar que embora seja possível mais de uma interpretação correta, isso não significa que qualquer interpretação deva ser aceita. Mantendo a figura do Ministro Eros: assim como duas orquestras executam corretamente a mesma música, conquanto de modo diverso, certamente um grupo de amadores correria o risco de executar a mesma música de um modo que jamais seria aceito por quem entendesse de música.

Do mesmo modo, ainda que se admita que a Lei nº 9.430/96 possa oferecer diversas interpretações quanto ao método PRL-60, causa estranheza uma interpretação que sequer considere o percen-

⁷ Eros Grau. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 30.

tual de agregação local de valor, no cálculo da margem de lucro. Tal interpretação perde o compromisso com o texto (enunciado normativo) por onde se insere a norma no ordenamento. Ademais, por via de tal interpretação, ter-se-ia, como visto, norma inconstitucional.

Por outro lado, a mesma Lei nº 9.430/96 oferece, para o método PRL, outra interpretação, cuja validade chegou a ser reconhecida pelas próprias autoridades fiscais, por meio da Instrução Normativa nº 32/01. Tal interpretação, como visto, atende a proporcionalidade, já que implica margens de lucros diversas, conforme cresça o percentual de agregação local de valor ao produto.

Assim, diante de duas possíveis interpretações para o texto da Lei nº 9.430/96, deve-se dar preferência àquela que, acatando o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, dá à Lei um sentido em conformidade com a Constituição.

3. Conclusão

Os dois casos narrados revelam que as autoridades administrativas têm a possibilidade de oferecer à Lei nº 9.430/96 interpretação que a mantenha conforme os ditames constitucionais, em especial, o princípio da capacidade contributiva em seu desdobramento *arm's length*. Concessões efetuadas pelo legislador em nome da praticabilidade não podem ser vistas como absolutas, posto que balizadas por aqueles princípios.

A adoção de uma moderna legislação de preços de transferência foi uma decisão acertada do legislador, em conformidade com as melhores práticas internacionais. Importa assegurar que sua interpretação se mantenha diante dos padrões constitucionais. Caso se venham a acatar interpretações da Lei nº 9.430/96 que a afastem daqueles limites, a lei será inconstitucional, implicando verdadeiro retrocesso na matéria.

Para que a legislação de preços de transferência seja mantida no ordenamento brasileiro, importa afastar todas as tentativas das autoridades fiscais de afastá-la do princípio *arm's length*.

O Tratamento Transnacional nos Preços de Transferência e seus Limites Constitucionais

PAULO AYRES BARRETO

Mestre e Doutor em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Livre-Doente pela Universidade de São Paulo. Professor nos Cursos de Especialização em Direito Tributário da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários e da Fundação Getúlio Vargas.

1. Considerações Iniciais

A disciplina dos preços de transferência surgiu no sistema jurídico pátrio com a publicação da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

A preocupação do legislador brasileiro em relação aos negócios realizados com pessoas vinculadas já estava patente desde a edição da Lei nº 4.506, de 30 de dezembro de 1964, quando foram elencadas as hipóteses de distribuição disfarçada de lucros. Contudo, foi com a publicação da Lei nº 9.430/1996, há 12 anos, que surgiram as normas com o fim peculiar de evitar a transferência indireta de lucros, por intermédio de preços pactuados, nas operações internacionais realizadas com pessoas vinculadas.

A jurisprudência administrativa começou a ganhar corpo a partir de 2002, com algumas decisões proferidas pelo Conselho de Contribuintes, notadamente quanto à livre escolha de um dos métodos previstos pela Lei nº 9.430/1996. Quanto à jurisprudência judicial, embora a legislação dos preços de transferência exista há mais de uma década, não é possível identificar sequer a tendência a ser seguida pelos nossos Tribunais Superiores.

As normas sobre preços de transferência estão inseridas no conjunto geral do imposto sobre a renda. De sua aplicação poderão ocorrer alguns ajustes na base calculada desse imposto. São normas antielísivas específicas, como tantas outras em nosso ordenamento. Buscam diminuir o espaço para a elisão fiscal, além de conter a evasão fiscal.

Ocorre que o legislador brasileiro, ao cuidar do tema, não percorreu o mesmo caminho da "Organização para a Cooperação e De-

