



IBDT - Instituto Brasileiro de Direito Tributário

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Av. Brigadeiro Luiz Antonio, 290 – 7º andar – conjuntos 71 e 72
CEP 01318-902 – São Paulo, SP
Tel./fax: (11) 3105-8206
E-mail: ibdt@ibdt.com.br
Site: www.ibdt.com.br

Diretoria

Presidente: Ricardo Mariz de Oliveira
Vice-Presidente: Luís Eduardo Schoueri
Diretor-Tesoureiro: João Francisco Bianco
Diretor-Secretário: Fernando Aurélio Zilveti
Diretores-Executivos: Alcides Jorge Costa,
Gerd Willi Rothmann, Salvador Cândido Brandão

Conselho Deliberativo

Argos Magno de Paula Gregório, Elidie Palma Bifano, Hiromi Higuchi,
Humberto Bergmann Ávila, Maria Teresa Martínez Lopez,
Mauro José Silva, Roberto Catalano Botelho Ferraz,
Roberto França de Vasconcellos, Sérgio André Rocha

Editora Quartier Latin do Brasil

Empresa Brasileira, fundada em 20 de novembro de 2001
Rua Santo Amaro, 316 - CEP 01315-000
Vendas: Fone (11) 3101-5780
Email: quartierlatin@quartierlatin.art.br
Site: www.quartierlatin.art.br

RICARDO MAROZZI GREGORIO

*Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela
Universidade de São Paulo.*

*Mestre em Administração Pública pela
Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro.*

Associado do Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT.

Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil.

PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

ARM'S LENGTH E PRATICABILIDADE

As opiniões contidas nesta publicação são reflexões acadêmicas do próprio autor e não necessariamente expressam as posições defendidas por qualquer organização a qual esteja vinculado.

SÉRIE DOUTRINA TRIBUTÁRIA VOL. V



IBDT - Instituto Brasileiro de Direito Tributário

QUARTIER LATIN

PREFÁCIO

A matéria dos preços de transferência, que no Brasil passou a ser legislada a partir de 1996, é um dos temas mais complexos no cenário da tributação internacional. Preços praticados entre empresas situadas em diversas jurisdições são questionados pelos fiscais envolvidos, que os confrontam com aqueles julgados adequados, impondo parâmetros máximos (importação) ou mínimos (exportação). É imediato que um ajuste exigido por um Estado pode implicar bitributação econômica, a menos que o outro Estado esteja de acordo com a medida e adote um ajuste correlato, de modo a corrigir ambas as pontas da transação.

Esta problemática não passou despercebida pelos especialistas em tributação internacional, o que se evidencia pela prática reiterada de os Estados incluírem, em seus acordos de bitributação, um dispositivo que, seguindo o artigo 9 do Modelo da OCDE, prevê que os ajustes se façam a partir de um parâmetro *arm's length*, i.e., como terceiros independentes, em uma situação de mercado, negociariam. Desenvolveu-se, no âmbito da OCDE, toda uma doutrina, hoje corporificada em suas *Guidelines*, sempre com o intuito de auxiliar os Estados na busca do preço *arm's length*.

Não causa surpresa, daí, que diversos Estados tenham adotado, em suas legislações, regras de preços de transferência que se inspiram no *arm's length*, de modo que os ajustes eventualmente efetuados tendam a se harmonizar, evitando os malefícios da bitributação econômica.

Basta compulsar a presente obra, entretanto, para que se verifique que o parâmetro *arm's length*, conquanto claro em seus contornos, dificilmente pode ser objetivado em resultado único e inquestionável. Ao contrário, apresenta ele a fluidez própria dos princípios, de modo que diversos legisladores podem chegar a regras diferentes, embora todas baseadas no mesmo parâmetro. Este ponto chama a atenção: embora concordantes quanto à necessidade de aplicação do princípio *arm's length* e, ainda, quanto a seus desdobramentos descritos nas *Guidelines* da OCDE, difícil-

mente se encontrarão dois Estados cujas legislações estejam de tal modo harmonizadas, que se chegue a um único resultado para os preços de transferência. Quando muito, alcançar-se-á uma faixa (*range*), dentro da qual os preços são aceitáveis. Tal diversidade é indicativo suficiente para que se possa afirmar que a aplicação do princípio *arm's length* carece de bases sólidas.

Se a fluidez do princípio *arm's length* é constante que se encontra nas mais diversas transações, suas incertezas crescem na medida da complexidade dos negócios. Assim é que se vê, no caso de intangíveis, que mesmo os Estados membros da OCDE não conseguem alcançar um acordo quanto ao atendimento daquele critério.

É em tal cenário que se torna especialmente interessante a pesquisa efetuada por Ricardo Gregorio, ao propor-se a investigar se o princípio *arm's length* pode ser conciliado com a praticabilidade. Longe de mera especulação abstrata, o autor se propõe a uma análise da legislação brasileira em seus aspectos mais polêmicos. Revelando extremo rigor científico, próprio de uma tese de doutorado, o Ricardo Gregorio conseguiu entusiasmar a banca examinadora formada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que presidi na qualidade de seu orientador, composta por professores da envergadura de Luiz Virgílio Afonso da Silva, Ricardo Lobo Torres, Misabel Derzi Abreu Machado e José Maria Arruda de Andrade. É por tal razão que estou certo de que o leitor perceberá, de imediato, o cuidado do autor no desenvolvimento de sua tese, onde finca premissas metodológicas e a partir daí trabalha seus dados, levando a conclusões que se podem identificar como objeto de profunda reflexão.

Já no início da obra, verifica-se o cuidado do autor com a pesquisa de fontes primárias, quando examina os primeiros materiais sobre o assunto, e revela que o *arm's length* nem sempre foi o critério adotado para os preços de transferência.

Mais ainda, Gregorio aponta as falhas inerentes ao critério, reportando-se a estudos da OCDE que reconhecem que econo-

mias de escala, próprias de negócios entre empresas de um mesmo grupo, são desprezadas.

Não significa essa crítica, entretanto, uma defesa da adoção de fórmulas predeterminadas. Ao contrário, o autor demonstra que tampouco essa solução seria inofensiva, já que não há qualquer consenso quanto a que fórmula adotar; nesse sentido, fórmulas predeterminadas, se adotadas sem uniformização de critérios, podem incrementar o risco da bitributação econômica, já que os ajustes adotados unilateralmente dificilmente serão justificáveis perante outras jurisdições.

Diante de tal dilema, revela-se a importância do trabalho de Gregorio: apontando a fluidez do critério *arm's length* e a incerteza das fórmulas predeterminadas, investiga se é possível conciliar *arm's length* e praticabilidade, apontando que muitas das medidas (como margens predeterminadas, *safe harbors* e outras) não têm justificativa em si mesmas, mas apenas como medida praticável para concretizar aquele padrão.

Torna-se interessante, por tal motivo, examinar com mais cuidado a solução brasileira de preços de transferência. Por exemplo, no lugar de fórmulas predeterminadas, que se veem adotadas em outras praias, preveem-se margens de lucro predeterminadas. A diferença é enorme.

A solução de fórmulas predeterminadas (*formulary approach*) não tem qualquer compromisso com o parâmetro *arm's length*; é, quando muito, uma alternativa para a temática dos preços de transferência. Sua origem histórica, bem explorada nesta obra, evidencia sua finalidade. É bem verdade que Ricardo Gregorio nega a existência de um antagonismo, enxergando, antes, um *continuum*. Parece difícil negar, entretanto, que tais fórmulas já não mais se preocupam com o *separate approach*, consubstanciando, antes, decisão do legislador acerca do quinhão mínimo de lucro que quer ver tributado, mesmo que desprovido de fundamento econômico.

No caso brasileiro, a Lei 9.430/1996 teve confessada inspiração nos métodos propostos pela OCDE para a concretização do parâmetro *arm's length*; a particularidade, concretizada

pela adoção de margens predeterminadas de lucro, não se explica por uma decisão do ordenamento de fugir daquele critério, mas, ao contrário, configura uma solução, fundada na praticabilidade, para que resultados *arm's length* sejam alcançados com mais agilidade e menor custo.

Diante da evidência, de um lado, de que o padrão *arm's length* ainda é a solução preferida pela maioria dos ordenamentos jurídicos e constatadas, de outro, as dificuldades em sua concretização, a presente obra inova ao propor que a legislação brasileira de preços de transferência é, em boa medida, compatível tanto com aquele padrão como com a praticabilidade. Para tanto, o autor sustenta ser o padrão *arm's length* norma da espécie dos princípios, reconhecendo, então, sua fluidez e sujeição a ponderação com outros princípios, inclusive a praticabilidade. Esta não se apresenta como antagônica àquele padrão, mas, ao contrário, como outro princípio, exigindo do legislador decisão que satisfaça ambos, na maior medida possível.

É isso que explica a razão de o autor ter dedicado o segundo capítulo de sua obra à teoria dos conflitos normativos: Ricardo Gregorio, filiando-se à linha de Luís Virgílio Afonso da Silva, toma posição no tema do conflito dos princípios, enxergando na proporcionalidade uma regra, empregada para sua solução, que derivará do sopesamento dos objetivos e direitos sustentados pelos princípios. Firmada tal base teórica, resta ao autor investigar se *arm's length* e praticabilidade são princípios jurídicos.

A caracterização do *arm's length* como princípio é assim resumida: "O *arm's length* é, então, o dever/direito *prima facie* de se buscar a aferição da renda que será o elemento indicativo da capacidade contributiva em matéria de preços de transferência. O objetivo perseguido pelo princípio é a realização da igualdade particular dos contribuintes. Contudo, em situações concretas ou abstratas, quando houver princípios colidentes, é possível que uma correta fundamentação argumentativa demonstre a necessidade de o princípio *arm's length* ceder para a realização de outros objetivos previstos no ordenamento". Vê-se desta definição que o autor – corretamente –

vincula o *arm's length* à capacidade contributiva e, por corolário, à igualdade, buscando daí sua feição principiológica.

Já a praticabilidade surge como princípio a partir da igualdade, mas desta vez não no seu sentido particular, mas na igualdade geral: por meio do princípio da praticabilidade, busca-se assegurar igual tratamento aos contribuintes, desprezando distinções individuais que obstaculizem um igual tratamento.

Demonstrada a natureza de ambos os princípios e com base nas lições tomadas acerca da colisão normativa, o capítulo 5 surge como desfecho do raciocínio do autor, onde ele se propõe a avaliar o regime brasileiro dos preços de transferência a partir da colisão entre aqueles princípios. É neste momento que o autor revela que ao lado de grande embasamento teórico, conhece a prática dos preços de transferência. Foi, de fato, feliz na escolha dos mecanismos de controle dos preços de transferência adotados pela legislação brasileira, examinando sua constitucionalidade diante do embate dos princípios acima referidos.

Assim é que se examina se o alargamento do aspecto subjetivo da legislação de preços de transferência, para além das pessoas integrantes de um grupo societário, atendem à proporcionalidade. Tendo em vista a crescente importância dos paraísos fiscais no cenário internacional, o autor revela indubioso o acerto do legislador pátrio ao não permitir que, por meio de intermediários baseados em países de tributação favorecida, ou sujeitos a regime de tributação privilegiada, se tornasse possível escapar do controle dos preços de transferência. Certo é que, ao incluir todas as transações com tais países na sistemática dos preços de transferência, acaba-se por controlar igualmente situações legítimas; o prejuízo de tal controle – aumento do ônus de prova ao contribuinte – é perfeitamente compensado pelo ganho que se tem ao impedir mecanismos de evasão tributária.

Num segundo momento, o autor questiona se acerta o legislador ao excluir da sistemática dos preços de transferência os pagamentos a título de *royalties*. A dificuldade da experiência

internacional no controle de intangíveis é o argumento utilizado para justificar o tratamento diferenciado. Entretanto, não deixa de causar surpresa que enquanto um empresário que adquira um produto pronto, etiquetado, submeta o total de seus pagamentos ao controle dos preços de transferência, seu concorrente, que adquire o mesmo produto sem a etiqueta e paga *royalties* para apor a marca, não esteja sujeito a idêntico controle.

As restrições à comparabilidade, impostas por normas infra-legais, são o terceiro mecanismo testado pelo autor. Parece difícil aceitar que normas administrativas, posto que firmadas na praticabilidade, sejam suficientes para afastar o princípio *arm's length*.

As margens predeterminadas, identificadas como quarto mecanismo, são, possivelmente, o tema de maior relevância no cenário internacional. Como já disse acima, a solução brasileira tem causado espécie em nossos parceiros internacionais; suas vantagens, em termos de praticabilidade, especialmente considerando os escassos recursos da Administração Pública, não podem ser desprezadas. Daí porque a ponderação aponta para ser aplaudida a decisão do legislador pátrio, desde que as margens predeterminadas sejam acompanhadas de mecanismos efetivos de adaptação às diversas realidades econômicas. A postura da Administração Pública, negando qualquer ajuste nas margens, torna o mecanismo presunção absoluta, eivando de inconstitucionalidade algo que, se corretamente empregado, mereceria a atenção e a admiração internacional, como solução que concilia a praticabilidade e o princípio *arm's length*.

Em seguida, Ricardo Gregorio examina a faculdade, concedida pelo legislador brasileiro, na escolha de métodos; tal mecanismo, que em muito facilita o dia a dia dos contribuintes, pode implicar a escolha de método menos acurado, nos termos do princípio *arm's length*.

A rigidez da legislação brasileira quanto aos métodos admitidos para os preços de transferência é colocada em xeque, diante da possível necessidade de se adaptarem os métodos às realidades dos negócios, inclusive como combinação de métodos (quarto método). A padronização fala a favor da praticabilidade, mas negar ao con-

tribuinte o direito de provar que agiu segundo o *standard arm's length* pode ser visto por desproporcional.

Finalmente, o largo emprego de *safe harbors* pela legislação brasileira, que implica resultados não necessariamente conforme o *arm's length*, é ponderado diante da praticabilidade. Nesse ponto, não é demais lembrar que os *safe harbors* acabam por ter função indutora, ao facilitar especialmente a atividade de exportação.

Vê-se pelo exposto, que a presente obra consegue, com rara felicidade, reunir teoria e prática: os fundamentos teóricos, bem apresentados, não ficam isolados da análise da legislação brasileira: ao contrário, são eles que justificarão várias das medidas identificadas, bem como servirão para a condenação de outras.

Sua leitura atenta será de grande valia para os que pretendem compreender a sistemática brasileira de preços de transferência. Seu rigor satisfaz o leitor mais exigente, ao mesmo tempo em que o levantamento de questões práticas (que o autor aponta como "medidas") permite situar a obra no tempo e no espaço, sendo útil para o profissional que se dedica à matéria.

A notória escassez de publicações brasileiras sobre o tema dos preços de transferência surpreende, quando se tem em conta que o assunto vem sendo apontado pelas empresas multinacionais como um dos pontos de maior atenção em seu relacionamento com os fiscos. Quando se examinam outros países, vê-se que é farta a literatura sobre o assunto.

Dadas as peculiaridades da legislação brasileira, entretanto, é papel da doutrina trazer os estudos estrangeiros, mas, ao mesmo tempo, criticá-los em face do Direito Tributário brasileiro, seja para compreender melhor o último (pela ferramenta do Direito Comparado), seja, até mesmo, para constatar que algumas soluções estrangeiras não podem ser aplicadas no País.

É justamente este o espaço que a presente obra ocupa: Ricardo Marozzi Gregorio tem o mérito de ter produzido um estudo adequado ao ordenamento jurídico brasileiro, sem se encantar por soluções trazidas de outros territórios, mas, ao mesmo tempo, sendo

crítico com relação a algumas medidas adotadas no País que não sobrevivem ao teste de proporcionalidade surgido do confronto entre os princípios *arm's length* e praticabilidade.

Assim como tive o prazer de orientar Ricardo Marozzi Gregorio em seu doutorado, sinto-me igualmente gratificado por apresentar sua obra. Os efusivos cumprimentos dados pela banca examinadora foram apenas prenúncio dos aplausos que o público haverá de oferecer. Seja a calorosa recepção um incentivo para que o jovem Doutor continue a contribuir para o aprimoramento do Direito Tributário.

Prof. Dr. Luís Eduardo Schoueri

Professor Titular de Direito Tributário da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

ABREVIATURAS

- APA – *Advanced Price Arrangement* ou Auditoria de Preços Antecipada
APP – Auditoria de Preços Posterior
AVA – Acordo de Valoração Aduaneira
BACEN – Banco Central do Brasil
BALRM – *Basic Arm's Length Return Method*
CAP – Custo de Aquisição ou de Produção mais Tributos e Lucro
CC/MF – Primeiro Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda
COFINS – Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social
CPM – *Comparable Profits Method*
CPL – Custo de Produção mais Lucro
CUP – *Comparable Uncontrolled Price*
CUT – *Comparable Uncontrolled Transaction*
CSLL – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido
CTN – Código Tributário Nacional
DDL – Distribuição Disfarçada de Lucros
DIPJ – Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica
DRJ – Delegacia da Receita Federal de Julgamento
GATT – *General Agreement on Tariffs and Trade*
Glaxo – *GlaxoSmithKline*
IASB – *International Accounting Standard Board*
IBFD – *International Bureau of Fiscal Documentation*
ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
IFA – *International Fiscal Association*
II – Imposto de Importação