

Coordenador:

LUÍS EDUARDO SCHOUERI

*Professor Titular de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico,
Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.*

*Professor nos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade
Presbiteriana Mackenzie.*

Advogado em São Paulo.

DIREITO TRIBUTÁRIO

HOMENAGEM A PAULO DE BARROS CARVALHO

Editora Quartier Latin do Brasil
São Paulo, inverno de 2008
quartierlatin@quartierlatin.art.br

Desafios do Planejamento Tributário, 781

Paulo Ayres Barreto

VIII. DIREITO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL, 791

Territorialidade e Tributação, 793

Agostinho Toffoli Tavoraro

Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos e Tributação, 815

Betina Treiger Gruppenmacher

➤ **Considerações sobre o Princípio Arm's Length e os Secret
Comparables, 833**

Luís Eduardo Schoueri

IX. DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO, 847

**O Tributo como Elemento do Tipo no Crime de Supressão ou
Redução de Tributos, 849**

Hugo de Brito Machado

X. FEDERALISMO FISCAL, 869

Direito Tributário e Orçamento Público, 871

Gabriel Ivo

Federalismo e Desenvolvimento Regional no Brasil, 889

Gilberto Bercovici

Federalismo Fiscal e Reforma Tributária: Utopia ou Realidade?, 907

José Mauricio Conti

**ICMS e Guerra Fiscal: origem, destino, natureza e extinção do
direito ao crédito, 917**

Júlio M. de Oliveira

CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO *ARM'S LENGTH* E OS *SECRET COMPARABLES*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O princípio *arm's length*. 3. Os métodos para a apuração do preço *arm's length*. 4. A utilização de *secret comparables* pelo Fisco. 5. Conclusões.

Luís Eduardo Schoueri

Professor Titular do Departamento de Direito Econômico e Financeiro, área de Legislação Tributária, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor nos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado em São Paulo.

Esse princípio [*arm's length*] propõe que as empresas vinculadas, ao realizarem exportações e importações, sejam tratadas como se fossem entidades não-relacionadas, exigindo que lhe sejam atribuídos os lucros que aufeririam se praticassem aquelas operações com empresa não-ligada.¹

PAULO DE BARROS CARVALHO

1. INTRODUÇÃO

O princípio *arm's length* é internacionalmente reconhecido, sobretudo pelos países integrantes da OCDE, como parâmetro a ser adotado pelos grupos de empresas multinacionais e pelas administrações tributárias para valorar os preços das transações entre empresas vinculadas.

Em suma, o referido princípio possibilita a conversão, para os níveis usuais de mercado, das demonstrações financeiras de empresas que transacionam fora do mercado, i.e., que negociam com outras empresas de seu próprio grupo econômico. Convertem-se valores estipulados pela política interna de cada grupo ("reais de grupo") em "reais de mercado", que correspondem à moeda em que se expressa o resultado entre terceiros independentes. A partir de tal conversão, passam as demonstrações financeiras de tais empresas a se expressar em níveis de mercado, o que possibilita sua comparação com os resultados obtidos pelas demais empresas que atuam no mesmo mercado, concretizando-se, daí, o princípio da igualdade.

Desta forma, o princípio *arm's length* privilegia os preços de mercado, de modo a apurar de maneira exata a renda tributável auferida em cada transação entre empresas ligadas. Como conseqüência, à luz do princípio *arm's length* apenas se tolera a substituição dos preços praticados em uma transação se em seu lugar se registram valores que representem com maior exatidão os preços de mercado.

Na medida em que busca aferir os valores que representam preços de mercado com a maior precisão possível, o princípio *arm's length* pode ser entendido como uma decorrência imediata do princípio da igualdade e da capacidade contributiva.

Há quem defenda², na doutrina pátria, 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 Cons-

1 Cf. "Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro" in *Revista de Direito Tributário Internacional*, ano 1, nº 3, 2006, p. 186.

2 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 entender-se que 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. *Imposto sobre a renda e preços de transferência*, São Paulo, Dialética, 2001, pp. 153, 157, 171 e 172.

tuição. A passagem lançada em epígrafe revela que o Prof. Paulo de Barros Carvalho inclui-o entre aqueles que reconhecem a existência do referido princípio. Acerta o homenageado, já que o princípio *arm's length*, além de se coadunar com o conceito de renda e com o princípio da igualdade, tem ainda o mérito de corresponder à prática internacional e aos acordos de bitributação assinados pelo Brasil.

A constatação da existência do princípio, entretanto, não é suficiente para que se dê por explorado o tema dos preços de transferência. Ao contrário, impõe que se avance na investigação, enfrentando problemas que, mesmo na doutrina e na prática internacionais, vem gerando profundas reflexões.

As reflexões que ora se trazem em homenagem ao Prof. Paulo de Barros Carvalho, inspiradas por sua incursão no desafiador tema dos preços de transferência, visam a conhecer alguns dos limites que se impõem ao Fisco na concretização do referido princípio.

Pretende-se, em síntese, discorrer sobre a possibilidade de o Fisco, valendo-se de informações privilegiadas, determinar, como valor de mercado cogente para a tributação, preço a que não teve ou não poderia ter acesso o contribuinte quando da realização de sua transação.

Para tanto, o presente artigo apresentará o princípio *arm's length*, com suas principais características e as condições para sua concretização. Após, será demonstrado que os métodos para a apuração do preço parâmetro são decorrência natural do referido princípio. Por fim, apontar-se-á que a utilização de *secret comparables* pelo Fisco é incompatível com a concretização do princípio *arm's length*.

2. O PRINCÍPIO *ARM'S LENGTH*

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*.

Para compreender o princípio, é necessário entender 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-las³.

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 se-

3 Cf. OCDE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Paris, OCDE, p. 1-1.

paradas (*separate entity approach*), a atenção volta-se à natureza dos negócios celebrados entre os membros daquele grupo⁴.

A idéia central que o mencionado princípio expressa é a de que as empresas ligadas, em suas transações, devem agir como o fariam partes independentes. Ao fixar os preços de seus negócios, esperam-se das empresas ligadas as precauções e o desvelo que teriam em negociações semelhantes com terceiros independentes, fixando, daí, seus preços e condições comerciais de acordo com seus interesses comerciais.

A natureza do princípio *arm's length* como vero princípio jurídico foi profundamente estudada por Ricardo Lobo Torres. Fundamenta o professor carioca seu raciocínio ao constatar que, além de se consubstanciar como cláusula geral, exhibe as seguintes características próprias dos princípios⁵:

- *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.

Aprofundando-se o estudo do que seria um preço *arm's length*, serve de norte o entendimento da OCDE, para quem seria 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 aberto⁶.

4 Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 3), p. 1-3.

5 Cf. Ricardo Lobo Torres, *O princípio arm's length, os preços de transferência e a teoria da interpretação do direito tributário* in *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 48, setembro de 1999, pp. 122-135 (128 a 131).

6 Cf. OCDE, *Transfer Pricing and Multinational Enterprises: Report of the OECD Committee on Fiscal Affairs*, Paris: OCDE, 1979, p. 7.

Eis a essência do princípio: exige ele que as transações entre partes vinculadas sejam valoradas do mesmo modo como o seriam transações entre terceiros independentes. Noutra giro, pode-se afirmar que atenderá o referido princípio a transação entre partes vinculadas se estas comportarem-se como terceiros independentes, em iguais condições.

Da definição, proposta pela OCDE, são extraídas seis características fundamentais para a compreensão do princípio, mencionadas por Guglielmo Maisto⁷:

(i) *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 idéia 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;

(ii) *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;

(iii) *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;

(iv) *Características de mercado aberto*: o preço *arm's length* deve se basear em condições de mercado, refletindo, assim, práticas comerciais normais;

(v) *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;

(vi) *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*.

7 Cf. “General Report”, in International Fiscal Association, *Transfer pricing in the absence of comparable market prices*. Cahiers de Droit Fiscal International, vol. LXXCIIa, Deventer, Kluwer, 1992, pp. 19-75 (28-29).

Das características supramencionadas, merece especial atenção a de número (iv), pela qual o preço *arm's length* deve possuir características de mercado, baseando-se em práticas comerciais corriqueiras e usuais entre partes independentes.

O seguinte exemplo poderá elucidar a importância deste aspecto: em transações entre empresas independentes realizadas em condições normais de mercado, uma empresa não comprará por 15 um produto que esteja sendo vendido por 10, se tiver a opção de comprar pelo último preço. Esta opção existe apenas num mercado aberto, i.e., onde todos os agentes têm igual acesso a todas as opções de oferta.

O princípio *arm's length*, nos moldes descritos pela OCDE, é amplamente adotado no direito comparado⁸. 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 norteador⁹.

3. OS MÉTODOS PARA A APURAÇÃO DO PREÇO *ARM'S LENGTH*

Decorrencia natural do princípio *arm's length*, os métodos de ajuste dos preços de transferência buscam encontrar o preço que mais se aproxima daquele praticado entre partes não ligadas em condições normais de mercado. Os métodos atuam, desta forma, como instrumentos de concretização do princípio *arm's length*. São adotados, em maior ou menor grau, pela generalidade dos países que seguem por linha aquele princípio.

Apesar da sofisticação dos estudos que se fazem em torno dos métodos desenvolvidos pela OCDE, um olhar atento bastará para notar que, na verdade, eles nada mais são do que a reprodução do comportamento que se espera de terceiros independentes, em suas negociações.

Com efeito, é comezinho que um empresário cauteloso, ciente de que o mercado pratica determinado preço para um produto, esforçar-se-á por negociar a preços equivalentes aos de seus concorrentes. O bom senso já afirma que este empresário não aceitaria pagar preço maior que aquele que ele soubesse ser praticado no mercado; do mesmo modo, ele exigiria, em suas vendas, preço equivalente (ou superior) ao praticado pelo mercado. É desta constatação que surge, na literatura, o método denominado *CUP* (*Comparable uncontrolled price method*), que se fez refletir, na Lei 9.430/96, no método dos **Preços Independentes Comparados - PIC** nas importações ou no método do **Preço de Venda nas Exportações - PVEx**.

De igual modo, é razoável admitir que um empresário, negociando com partes independentes, busque uma margem de lucro em suas vendas, o que implica que

8 Na publicação do IBDF (International Bureau of Fiscal Documentation) intitulada *The Tax Treatment of Transfer Pricing*, 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*.

9 Cf. Helmut Becker, "The future of transfer pricing" in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, novembro/dezembro, 1996, pp. 535-537.

não pagará, em suas compras, valor que ultrapasse seu preço de venda. Ao contrário, ele buscará comprar itens que lhe permitam garantir uma margem de lucro. Daí se ter criado, no campo dos preços de transferência, o método *Resale price*, que, na legislação brasileira, aparece como o método do Preço de Revenda 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.

Finalmente, também se pode afirmar que partes independentes procuram acrescentar ao seu custo de produção uma margem de lucro (*Mark up*), antes de chegar ao seu preço de venda. Desta prática é que se desenvolveu o método *Cost-plus*, adotado pela legislação brasileira nas figuras do método do Custo de Produção mais Lucro - CPL nas importações ou do método do Custo de Aquisição ou de Produção mais Tributos e Lucro - CAP nas exportações.

Todos os métodos 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 prevalentes em transações entre empresas independentes.

Vê-se, daí, que os métodos desenvolvidos pela OCDE e adotados pela legislação brasileira não têm natureza ontológica. Não importam os métodos enquanto tais. Não passam eles de um reflexo, no texto legal, da prática que se espera de terceiros independentes na fixação de seus preços. Neste sentido, os métodos são apenas as ferramentas de que se valeu o legislador para concretizar o princípio *arm's length*.

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.

Tanto o método do PIC (aplicável às importações) quanto o método do PVEx (aplicável às exportações) são definidos como a média aritmética ponderada dos 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 minimizem os efeitos provocados sobre os preços a serem comparados, por diferenças nas condições de negócio, da natureza física e de conteúdo.

Na medida em que devem conduzir a preços *arm's length* e, em função disso, refletir preços de mercado, a aplicação dos métodos PIC e PVEx deve ser pautada pela utilização de preços em transações com bens idênticos e similares em um mercado aberto, conforme salientado anteriormente.

Afinal, num mercado aberto, todos os agentes têm igual acesso ao mercado. Não há privilégios. Se apenas algumas poucas pessoas tivessem acesso a algumas informações, então já não mais se poderia considerar o mercado aberto. Estas pessoas teriam vantagens que não seriam estendidas aos demais concorrentes, gerando-se distorção no próprio equilíbrio que se espera de um mercado.

A existência de um mercado aberto, com amplo acesso às informações surge, daí, como moldura para a própria configuração dos métodos PIC e PVE_x. Se estes métodos pretendem concretizar o princípio *arm's length*, então devem eles refletir as condições existentes em um mercado.

4. A UTILIZAÇÃO DE *SECRET COMPARABLES* PELO FISCO

Fiscos de diversos países, entre os quais o Brasil, se utilizam de informações confidenciais de outros contribuintes para apurar os preços parâmetro de transações controladas. Pretende-se estudar se a utilização dos chamados *secret comparables*, apesar de corriqueira em diversas situações, coaduna-se com os ditames do princípio *arm's length*, como se verá adiante.

Os *secret comparables* são dados sigilosos coletados e armazenados pelo Fisco ao fiscalizar empresas, que são posteriormente utilizados para verificar os preços de transferência de empresa do mesmo setor econômico, em relação a produtos similares ou idênticos comercializados pelas duas¹⁰.

No Japão, o Fisco utilize-se de dados de outras empresas, não disponíveis aos contribuintes, para fins de cálculo do preço parâmetro¹¹. Descrevendo o sistema indiano, Narayan Mehta menciona que as Autoridades Fiscais do país se utilizaram dos *secret comparables* em algumas situações¹².

Na China, as Autoridades Fiscais também se baseiam em dados confidenciais de outros contribuintes armazenadas em seu banco de dados para verificar as relações entre partes relacionadas. Nesse país, o Fisco sequer informa ao contribuinte que está recorrendo ao uso dos *secrets comparables*, mas simplesmente relata que os ajustes efetuados baseiam-se em informações internas¹³.

Também na Holanda é permitido o uso de *secret comparables* pelo Fisco, embora com certas restrições, decorrentes do *Revision of Tax Litigation Act* e do De-

10 Cf. Hubert Hamaekers, "Arm's Length - How Long?" in *International Transfer Pricing Journal*, março/abril, 2001, p. 36.

11 Cf. Ken Owara, Mark. T. Campbell e Karl Gruendel, "Japan - Status Report on Advance Pricing Arrangements: National Tax Agency's APA Programme Report and Current State of APA Programme" in *Internacional Transfer Pricing Journal*, maio/junho, 2004, p. 139.

12 Cf. "India - An Integrated Approach to Formulating a Transfer Pricing Strategy Concerning Marketing and Distribution Affiliates" in *Internacional Transfer Pricing Journal*, maio/junho, 2006, pp. 132-133.

13 Cf. Lingguang Bao, "China - Transfer Pricing System: Rules and Procedures" in *Internacional Transfer Pricing Journal*, maio/junho, 2004, p. 93.

creto de 23 de agosto de 2000. O Advogado Geral da Holanda defende a utilização prudente e cuidadosa dos *secret comparables*, defendendo a abertura ao público de estatísticas e cálculos aplicados com base nas informações coletadas pelo Fisco tanto quanto possível, sem a divulgação da identidade dos contribuintes envolvidos¹⁴.

Já no Reino Unido, o Fisco entende que a utilização de *secret comparables* não é a maneira adequada de lidar com os preços de transferência, devendo a argumentação nesse caso ser baseada em dados disponíveis publicamente¹⁵.

Na Alemanha, o uso dos *secret comparables* tem sido objeto de importantes discussões nos tribunais na última década. Em dezembro de 1998, o Tribunal de Düsseldorf rejeitou o uso dos *secret comparables*, em decisão de suma importância para o desenvolvimento da matéria naquele país.

O tribunal em questão afastou a abertura de dados confidenciais de outros contribuintes por violar o sigilo tributário dessas empresas; ademais, também rejeitou a abertura dos dados exclusivamente para os membros do tribunal, que além de violar o sigilo tributário também violaria o direito das empresas sujeitas a ajuste de ter acesso aos documentos dos autos; por fim, o tribunal também negou a sugestão das autoridades fiscais de examinar os documentos utilizados sem a referência ao nome das empresas, porque isso dificultaria a avaliação da real comparabilidade entre as transações¹⁶.

Embora a decisão do Tribunal de Düsseldorf tenha tido extrema relevância para o aprofundamento do debate sobre os *secret comparables* na Alemanha, ela foi revertida após recurso das Autoridades Fiscais ao Tribunal Federal.

Na decisão proferida em 17 de outubro de 2001, o Tribunal Federal decidiu que as cortes inferiores não poderiam se recusar a aceitar o uso de dados sigilosos derivados de bancos de dados do Fisco alemão, aos quais os contribuintes não têm acesso. Houve, portanto, um retrocesso no entendimento da questão.

Do estudo do tema em diversas jurisdições, constata-se que o sigilo dos dados surge como problemático, num primeiro momento, quando sequer as fontes dos dados sigilosos são divulgadas aos contribuintes que têm seus preços ajustados em função da utilização dos *secret comparables*¹⁷. Nesse caso, tem-se extrema dificuldade, ou mesmo impossibilidade de defesa. O contribuinte, sem ter acesso aos dados utilizados pelo Fisco para a obtenção do preço parâmetro, não consegue verificar a efetiva similaridade entre o seu produto ou serviço e os que foram utilizados para realizar a comparação¹⁸.

14 Cf. Monique van Herksen e Maarten van der Lande, "Netherlands – Transfer Pricing in Practice: Conclusions Drawn for a Recent Supreme Court Decision" in *Internacional Transfer Pricing Journal*, novembro/dezembro, 2002, pp. 196-198.

15 Cf. Andrew Casley e John Henshall, "United Kingdom – Confidentiality of Taxpayer Information" in *Internacional Transfer Pricing Journal*, janeiro/fevereiro, 2000, p. 26.

16 Cf. Heinz-Klaus Kroppen e Axel Eigelshoven, "Germany – Tax Court Ruling on Transfer Prices and External Gross Marginal Analyses" in *Internacional Transfer Pricing Journal*, julho/agosto, 2000, p. 157.

17 Cf. Hubert Hamaekers, *op. cit.* (nota 10), p. 36.

18 Cf. Narayan Mehta, *op. cit.* (nota 12), pp. 132-133.

Num segundo momento, entretanto, uso de *secret comparables* traz à tona a problemática da sua compatibilidade com o princípio *arm's length*, mesmo deixando de lado a questão da origem dos dados. É este o tema mais relevante para o estudo do tema no Brasil.

Com efeito, diferentemente da prática de diversos países, a experiência da advocacia neste campo revela que as Autoridades Fiscais brasileiras geralmente não se negam a informar ao contribuinte as fontes de suas informações: cientes do dever de assegurar a ampla defesa e o contraditório, as Autoridades Fiscais tomam o cuidado de solicitar àqueles cujos dados foram utilizados como parâmetro para a autuação, que autorizem a utilização de tais dados.

Assim, via de regra, quando um contribuinte é autuado com base nos métodos PIC ou PVE_x, a própria Autoridade Fiscal informa qual o preço que, em seu entender, seria o preço de mercado, apontando, inclusive, quem tenha praticado tal preço. É certo que tal informação não esgota o campo de investigação do uso de informações privilegiadas, já que o máximo a que o contribuinte tem acesso é ao nome das empresas que foram consideradas na formulação dos preços parâmetro e os respectivos preços. Não se tem notícia de que as Autoridades Fiscais tenham dado acesso aos documentos que suportaram tal transação. No mais das vezes, as Autoridades Fiscais se fiam na informação de terceiros.

Entretanto – e eis a questão mais relevante para o presente estudo – mesmo que o contribuinte autuado tivesse pleno acesso às informações utilizadas pela Autoridade Fiscal na formulação do preço parâmetro, ainda assim o uso de tais informações não parece compatível com o princípio *arm's length* se o contribuinte não tinha – nem poderia razoavelmente ter – tais informações quando negociou com a parte vinculada.

Isto porque o uso de informações privilegiadas pelo Fisco deturpa o princípio *arm's length*, uma vez que impõe ao contribuinte a utilização de um preço que não é compatível com os preços praticados no mercado entre terceiros independentes.

Em transações entre partes independentes, um critério muito relevante para a fixação do preço de um produto ou serviço consiste, como visto, na observação do comportamento dos concorrentes. Afinal, se o princípio *arm's length* exige que se fixem preços do modo como terceiros independentes o fariam em situação similar, pode-se esperar de partes vinculadas que estas, ao fixarem seus preços, tenham o mesmo cuidado que terceiros independentes teriam. Se estes fixam seus preços após investigar os preços praticados por seus concorrentes, assim também as partes vinculadas devem fixar seus preços com vista naqueles praticados pelos concorrentes.

Ocorre que ao fixarem seus preços, partes independentes apenas levam em consideração os preços praticados por seus concorrentes no mercado se esses forem de seu conhecimento. 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 relacionadas. Afinal, assim como terceiros independentes somente são influenciados por preços de seus concorrentes a que eles tenham acesso, também o preço *arm's length* somente pode ser determinado pelo contribuinte com base em informações do mercado que a ele estejam disponíveis, não podendo o Fisco buscar apurar o preço parâmetro das transações controladas baseado em informações de que apenas ele dispõe.

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. Para que a aplicação dos métodos PIC e PVEx se faça segundo os parâmetros do princípio *arm's length*, devem eles refletir as condições em que terceiros fixariam seus preços. Assim, somente os dados a que o contribuinte tenha acesso, quando da fixação de seus preços é que podem ser considerados relevantes, na aplicação daqueles métodos.

O Fisco, desta forma, somente poderia utilizar-se de preços conhecidos do contribuinte, ou que razoavelmente poderiam ser por ele conhecidos, na fixação do preço parâmetro. Afinal, terceiros independentes não levam em consideração dados sigilosos na hora de fixar seus preços, por não serem de seu conhecimento.

Somente os preços abertos ao público e disponíveis no mercado influenciam as decisões de terceiros independentes, de modo que um preço ajustado com a utilização de dados sigilosos não corresponde a um preço de mercado e, conseqüentemente, não é um preço *arm's length*.

Nesse sentido, cumpre mencionar a lição do Prof. Paulo de Barros Carvalho¹⁹:

A Lei nº 9.430/96, cujo fundamento último é a utilização do princípio 'arm's length', exige que o preço parâmetro baseia-se nas condições de mercado, refletindo práticas comerciais dentro da normalidade, em consonância com as características intrínsecas do mercado aberto, onde se tem conhecimento dos preços usualmente fixados por outros vendedores, em operações similares. Como o preço fixado pelas partes vinculadas deve ser o mesmo adotado por um terceiro independente, em iguais condições, apenas informações disponíveis ao contribuinte, no momento da transação, podem ser tomadas para fins de comparabilidade. Não faz sentido exigir que este acompanhe preços que desconhece completamente, motivo pelo qual é inaceitável que o Fisco utilize dados internos seus.

Desta forma, o Fisco somente pode utilizar em seus ajustes as transações comparáveis que sejam de conhecimento de contribuinte ou as que pudessem razoavelmente ser, por serem públicas. Não existe sentido em se penalizar o contribuinte por não ter utilizado, na composição de seu preço, dados sigilosos de outras empresas, aos quais ele não tinha acesso.

No Brasil, um outro problema advindo do emprego de dados sigilosos referentes a importações e exportações brasileiras (SISCOMEX) consiste no fato de que tais dados agrupam os produtos por meio de sua classificação fiscal. Em uma mesma

19 Cf. *op. cit.* (nota 1), p. 198.

classificação agrupam-se produtos com qualidade e reputação comercial diversas, o que por si afasta os quesitos da identidade ou semelhança na comparação.

Nesse sentido, aponte-se novamente o entendimento do Prof. Paulo de Barros Carvalho²⁰:

Registre-se ainda que as informações da SISCOMEX, além de não serem plenamente acessíveis, deixam de espelhar o preço de mercado praticado entre empresas independentes e em condições análogas às submetidas à comparação, imprescindíveis para a realização do princípio 'arm's length'. Seu banco de dados é composto, simplesmente, por grupos de produtos, conforme sua classificação fiscal, independentemente das condições negociais que os envolveram, qualidade, reputação comercial e até mesmo de eventual vinculação entre as pessoas jurídicas participantes das transações.

Ademais, tais dados não levam em consideração 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. Afinal, com base no SISCOMEX, apenas, não é possível saber se a transação se deu entre partes independentes. Perde sentido, dessa forma, o controle fiscal sobre as transferências de preços.

A OCDE não traz uma posição clara sobre a utilização de *secret comparables*. No entanto, no ponto 3.30 de seus *Guidelines*²¹, ao tratar do *Transactional net margin method*, claramente rejeita-se a utilização de dados não disponíveis ao contribuinte no momento em que este efetua suas transações. Entende-se que o uso de dados aos quais o contribuinte não tem acesso somente pode ocorrer de esses dados forem disponibilizados, de modo a salvaguardar suas possibilidades de defesa judicial.

Observa-se que, não obstante o entendimento da OCDE sobre o assunto, pouco se avançou na discussão sobre o uso de *secret comparables*. Como visto, os Fiscos de diversos países aproveitam-se de sua posição privilegiada no que tange ao acesso a informações confidenciais de outros contribuintes, e utilizam esses dados para, teoricamente, chegar a um preço *arm's length* e, desta forma, ajustar as transações entre empresas vinculadas.

Tal preço, no entanto, não é *arm's length*, por não refletir as condições normais de mercado, em que as empresas tomam decisões sobre a fixação de seus preços com base nas informações disponíveis no mercado sobre os preços praticados por outras empresas.

Como bem mencionou o Prof. Paulo de Barros Carvalho, "qualquer apuração que tome por base dados não disponíveis ao contribuinte, à época da transação, ou, o que é mais grave, meras declarações de terceiros, sem qualquer documentação ou amostras que as comprovem e especifiquem suas características, mostra-se imprestável para fixação do preço 'arm's length'"²².

20 Cf. *op. cit.* (nota 1), p. 198.

21 Cf. OCDE, *op. cit.* (nota 3), p. III-10.

22 Cf. *op. cit.* (nota 1), p. 199.

5. CONCLUSÕES

No presente estudo, pretendeu-se demonstrar em que medida o recurso aos *secret comparables* é incompatível com o princípio *arm's length*. Na doutrina internacional, é comum que se rejeite a utilização dos *secret comparables* com base na impossibilidade de defesa por parte dos contribuintes, na impossibilidade de verificar a comparabilidade das transações e na violação aos dados fiscais sigilosos das empresas.

No entanto, essas não são as únicas críticas possíveis acerca desse recurso comumente usado pelos Fiscos. A grande questão acerca do uso dos *secret comparables* é a fixação de um preço parâmetro pela Autoridade Fiscal que não corresponde a um preço *arm's length*.

Consoante se mencionou, um preço em consonância com o princípio *arm's length* necessariamente reflete as condições de um mercado aberto. E dados confidenciais sobre determinadas transações não influenciam as tomadas de decisões em um mercado aberto, pelo simples fato de que eles não são do conhecimento das empresas, nem poderiam razoavelmente ser.

Desta forma, os *secret comparables* não se coadunam com o princípio *arm's length* e, por consequência, com os ditames do princípio da igualdade e da capacidade contributiva.

Trata-se de um problema que merece maior atenção da doutrina e dos tribunais e que se encontra em estado de desenvolvimento incipiente, mesmo nos países mais avançados em termos de preços de transferência. Não é um problema exclusivamente brasileiro, como normalmente ocorre nessa matéria.