

TRIBUTOS E PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

4^o volume

Coordenador

LUÍS EDUARDO SCHOUERI

Autores

BRUNO FAJERSZTAJN
CARLOS PELA
DANIEL GUSTAVO PEIXOTO ORSINI MARCONDES
DANIEL MONTEIRO PEIXOTO
DIEGO MARCHANT
EDISON CARLOS FERNANDES
EDUARDO SANTOS ARRUDA MADEIRA
ELEN PEIXOTO ORSINI
ELIDIE PALMA BIFANO
FABRÍCIO COSTA RESENDE DE CAMPOS
JOÃO DÁCIO ROLIM
JOÃO FRANCISCO BIANCO
JOÃO VICTOR GUEDES SANTOS
JOSÉ HENRIQUE LONGO
LAVÍNIA MORAES DE ALMEIDA NOGUEIRA JUNQUEIRA
LUÍS EDUARDO SCHOUERI
MARCELO NATALE RODRIGUEZ
MARCOS VINICIUS NEDER
MOISÉS DE SOUSA CARVALHO PEREIRA
NEREIDA DE MIRANDA FINAMORE HORTA
OSMAR MARSILLI JUNIOR
RAQUEL NOVAIS
RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA
RICARDO MAROZZI GREGORIO
SERGIO ANDRÉ ROCHA
VICTOR BORGES POLIZELLI

DIALÉTICA

TRIBUTOS E PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

4^o volume

Coordenador

LUÍS EDUARDO SCHOUERI

Autores

BRUNO FAJERSZTAJN
CARLOS PELÁ
DANIEL GUSTAVO PEIXOTO ORSINI MARCONDES
DANIEL MONTEIRO PEIXOTO
DIEGO MARCHANT
EDISON CARLOS FERNANDES
EDUARDO SANTOS ARRUDA MADEIRA
ELEN PEIXOTO ORSINI
ELIDIE PALMA BIFANO
FABRÍCIO COSTA RESENDE DE CAMPOS
JOÃO DÁCIO ROLIM
JOÃO FRANCISCO BIANCO
JOÃO VÍCTOR GUEDES SANTOS
JOSÉ HENRIQUE LONGO
LAVÍNIA MORAES DE ALMEIDA NOGUEIRA JUNQUEIRA
LUÍS EDUARDO SCHOUERI
MARCELO NATALE RODRIGUEZ
MARCOS VINÍCIUS NEDER
MOISÉS DE SOUSA CARVALHO PEREIRA
NEREIDA DE MIRANDA FINAMORE HORTA
OSMAR MARSILLI JUNIOR
RAQUEL NOVAIS
RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA
RICARDO MAROZZI GREGORIO
SERGIO ANDRÉ ROCHA
VICTOR BORGES POLIZELLI

DIALÉTICA

São Paulo - 2013

© vários autores



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 978-85-7500-234-6

Revisão de texto: Ariane Bispo dos Santos, Bianca Bianchi Maia,
Jacqueline Nunes de Lima, Sabrina Dupim Moriki e
Thalita Yuri Yuhara

Editoração: nsm

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

Tributos e preços de transferência, 4º volume /
Luís Eduardo Schoueri (coord.). -- São Paulo :
Dialética, 2013.

Vários autores.
ISBN 978-85-7500-234-6

1. Direito tributário - Brasil 2. Impostos -
Evasão 3. Preços de transferência 4. Preços de
transferência - Tributação - Brasil I. Schoueri,
Luís Eduardo.

13-02987

CDU-34:336.2:338.5(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Preços de transferência e tributos :
Direito tributário 34:336.2:338.5(81)
2. Brasil : Tributos e preços de transferência :
Direito tributário 34:336.2:338.5(81)

Sumário

CARLOS PELÁ Juros e Preços de Transferência. Nova Sistemática Introduzi- da pela Lei nº 12.766/2012	7
DIEGO MARCHANT Uma Visão Analítica do PRL 60 - A Delimitação dos Proble- mas da IN nº 243 e da Lei nº 9.430	29
EDISON CARLOS FERNANDES Convergência Contábil como Demonstração das Transações <i>Arm's Length</i>	52
EDUARDO SANTOS ARRUDA MADEIRA Os Limites da Aplicação do Método PRL na Revenda para Compradores "Vinculados"	67
ELEN PEIXOTO ORSINI e DANIEL GUSTAVO PEIXOTO ORSINI MARCONDES Método de Preços Comparados e suas Variações. Produtos Idênticos e Similares. Ajustes Possíveis e Dificuldades Práti- cas. Elementos Complementares de Prova e seus Limites	82
ELIDIE PALMA BIFANO Disciplina dos Juros em Matéria de Preços de Transferência.	104
JOÃO DÁCIO ROLIM e FABRÍCIO COSTA RESENDE DE CAMPOS Juros, Preço de Transferência e Regras de Subcapitalização ..	125
JOÃO FRANCISCO BIANCO e BRUNO FAJERSZTAJN Preços de Transferência - O Método do PRL-60 - Ilegalidade Ilógica	144
JOÃO VICTOR GUEDES SANTOS Juros e Preços de Transferência: a Necessária Reforma da Le- gislação Reformada	163
JOSÉ HENRIQUE LONGO e OSMAR MARSILLI JUNIOR Método de Preços Comparados e suas Variações. O PRL-60 e a IN SRF nº 243/2002 no Carf	189

LUÍS EDUARDO SCHOUERI O Princípio <i>Arm's Length</i> em um Panorama Internacional	208
MARCELO NATALE RODRIGUEZ Nova Disciplina de Preços de Transferência sobre Juros	228
MARCOS VINICIUS NEDER e LAVÍNIA MORAES DE ALMEIDA NOGUEIRA JUNQUEIRA Análise dos Critérios para Aplicação dos Métodos de Preços de Transferência PCI e Pecex nas Operações com <i>Commodities</i>	243
MOISÉS DE SOUSA CARVALHO PEREIRA Análise das Críticas à Metodologia do PRL 60 Prevista na IN SRF nº 243/2002	264
NEREIDA DE MIRANDA FINAMORE HORTA Reflexões acerca das Regras de Preço de Transferência Aplicáveis aos Juros	283
RAQUEL NOVAIS e DANIEL MONTEIRO PEIXOTO PRL 60%: Confronto entre a Lei nº 9.430/1996 e a Instrução Normativa nº 243/2002	296
RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA Os Métodos PCI e Pecex: mais um Caso de Confronto entre Lei e Instrução Normativa? O Conceito de <i>Commodities</i> . O Prêmio e suas Vicissitudes (Observações Iniciais)	328
RICARDO MAROZZI GREGORIO Restrições da Comparabilidade, Margens Predeterminadas e Liberdade da Escolha de Métodos	348
SERGIO ANDRÉ ROCHA Preços de Transferência e Tipologia Jurídica: as Novas Margens de Lucro Presumidas do PRL	371
VICTOR BORGES POLIZELLI Diálogos entre o Fisco e o Contribuinte em Torno da Escolha dos Métodos de Preços de Transferência e da Fixação das Margens de Lucro	386

Juros e Preços de Transferência. Nova Sistemática Introduzida pela Lei nº 12.766/2012

CARLOS PELÁ

Professor de Pós-graduação do Ibet e da GV/Law, com Mestrado em Direito Tributário pela PUC/SP. Conselheiro Titular na Primeira Seção do Carf.

Desde a introdução das regras para controle dos preços de transferência no Brasil, a aplicação do limite de juros pagos a pessoas vinculadas no exterior foi tratada sem grande preocupação. A Lei nº 9.430/1996, na sua redação original, vigente neste aspecto até o final de 2012, tratava a questão dos juros de forma bastante simplificada, pois estabelecia um limite objetivo para o cálculo do montante de juros passivos que seriam dedutíveis nas operações de mútuo em que o devedor era residente (*inbound*) e do montante tributável nas operações em que o credor era residente (*outbound*), além de prever um *safe harbour* genérico para as operações “registradas” no Banco Central do Brasil.



Na prática, contudo, o limite objetivo se aplicava a pouquíssimas situações, uma vez que a regulamentação estabelecida para o mercado de câmbio (Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais - RMCCI), editada pelo Banco Central do Brasil, obriga os mutuários residentes no Brasil a realizar os registros das operações de mútuo *inbound* em praticamente todas as situações. As exceções a essa regra ficam por conta das eventuais operações de mútuo em que o credor é residente no Brasil, mantém recursos no exterior (“disponibilidade”) e os empresta a terceiros em contratos de empréstimo ou os emprega na aquisição de títulos de crédito ou valores mobiliários que tenham a mesma natureza e das raras operações em que o residente no exterior mantém recursos depositados em conta no Brasil, em reais, e o disponibiliza a um devedor brasileiro. Fora destas hipóteses, todas as operações de crédito devem ser registradas no Banco Central, sob pena de não se conseguir remeter o dinheiro necessário para pagamento dos encargos da dívida para o credor no exterior (canal de remessa). Portanto, o *safe harbour* se aplicava a praticamente todas as situações de juros passivos.

O Princípio *Arm's Length* em um Panorama Internacional

LUÍS EDUARDO SCHOUEIRI

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



"Many forms of Government have been tried, and will be tried in this world of sin and woe. No one pretends that democracy is perfect or all-wise. Indeed it has been said that democracy is the worst form of Government except for all those other forms that have been tried from time to time." (Winston Churchill)¹

Introdução

Inaugurada pela Lei nº 9.430/1996, a disciplina brasileira dos preços de transferência foi marcada por certa perplexidade. Afinal de contas, não eram numerosas as jurisdições que, naquela época, já tratavam da matéria. Mais importante, entretanto, é o fato de que a lei brasileira surgia pouco tempo depois de os integrantes da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE - terem chegado a certo consenso acerca do assunto, firmando posicionamento favorável à adoção do parâmetro *arm's length*, consolidado por meio da publicação de diretrizes (*Guidelines*).

Conquanto fossem diversos os pontos em que a legislação brasileira divergia daquilo que era apregoado no âmbito da OCDE, é inquestionável que o maior espanto se deu por conta das margens predeterminadas. Apesar de suspeitas levantadas quanto a sua constitucionalidade, a sistemática acabou por se impor, passando a se discutir não mais seu cabimento, mas sua aplicação. Basta ver que os questionamentos que se noticiam versam sobre a aplicabilidade de um ou de outro método ou, mais especificamente, acerca da forma de seu cálculo. Destaca-se, aqui, a evolução do método PRL: de início rejeitada pela Administração sua aplicação para os casos de in-

dustrialização no Brasil (IN nº 38/1997), veio a sofrer uma primeira modificação por meio da Lei nº 9.959/2000, a qual adotou margens diversas, conforme houvesse, ou não, industrialização no País. Regulamentada pela IN nº 32/2001, a nova disciplina legal sofreu nova interpretação, consolidada na IN nº 243/2002, que gerou intenso contencioso, até hoje pendente de solução. Nova modificação substancial deu-se apenas após uma década, com a Medida Provisória nº 563, convertida na Lei nº 12.715/2012. Por este dispositivo, abandona-se a distinção entre industrialização no País e bens importados, adotando-se, em síntese, margens diversas por setor, sem prejuízo da possibilidade, prevista pelo artigo 20 da Lei nº 9.430/1996, de serem adotadas, "em circunstâncias especiais", margens diversas, de ofício ou por solicitação.

As presentes reflexões não se voltam a questões pontuais acerca da sistemática brasileira de preços de transferência e sua aplicação. Tomada como tal, pretende-se investigar seu papel, no cenário internacional, buscando-se extrair algumas ideias sobre o que esperar, nos próximos anos, no desenvolvimento da matéria.

I - A Defesa do Princípio *Arm's Length* e sua Reação: o *Formulary Approach*

A disciplina dos preços de transferência é matéria relativamente recente. As primeiras notícias que se têm acerca do assunto datam do início do século passado, merecendo nota a autorização, no *Law Revenue Act* de 1917, para o Comissário do IRS exigir que contribuintes consolidassem resultados "quando necessário para determinar de modo mais equitativo o capital investido e a renda tributável". Em 1928, afastada a possibilidade de consolidação, surge a reforma da Seção 45 do *Internal Revenue Code*, que permitiu, no caso de dois ou mais negócios (sob a forma de corporação ou não, e irrelevante estivessem nos Estados Unidos ou não) com controle comum, que o Comissário distribuisse, apropriasse ou alocasse rendimentos ou despesas se isso fosse necessário para prevenir a evasão tributária ou para refletir claramente sua renda.

Em sua excelente tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo², Ricardo Marozzi Gregorio

¹ LANGWORTH, Richard (ed.). *Churchill by himself: the definitive collection of quotations*. Londres: Public Affairs, 2008, p. 574.

² Cf. GREGORIO, Ricardo Marozzi. *Preços de transferência. Arm's length e praticabilidade*. Volume V. Série Doutrina Tributária. São Paulo: IBDT e Quartier Latin, 2011, pp. 51 e ss.

faz interessante levantamento histórico acerca do surgimento do princípio *arm's length* no cenário internacional, constatando que quando, em 1928, representantes de diversas administrações tributárias se reuniram no seio da Liga das Nações para discussão de modelos de acordos de bitributação, não havia consenso acerca da alocação de lucros entre unidades de uma empresa, aparecendo, de um lado, os que defendiam a *separate accounting theory*, que exigia uma separação contábil e, de outro, um mecanismo inspirado em fórmulas predeterminadas (*formulary apportionment theory*). O relato de Gregorio é relevante para que se compreenda o fato de que a adoção do primeiro mecanismo não se deu por critérios científicos, mas antes por uma questão mais comezinha: era o de mais frequente aplicação entre as nações pesquisadas. Ou seja: após a adoção do modelo de 1928, informa Gregorio que o Comitê Fiscal da Liga das Nações elaborou um questionário, cujas respostas foram utilizadas pelo americano Mitchell B. Carroll para elaborar um relatório (*Carroll Report*) que seria o paradigma para a alocação de lucros no âmbito de acordos de bitributação. Esse relatório, conforme Gregorio, identificava três métodos para a alocação de lucros e estabelecimentos permanentes. Embora ficasse claro que o método da separação contábil (apuração do resultado de cada estabelecimento permanente a partir dos preços que teriam sido alcançados em mercado) tinha adoção preferencial, também se encontravam o método empírico (estimativa da renda a partir de empresas similares localizadas no mesmo país) e o de fórmulas predeterminadas (alternativa subsidiária à separação contábil). O próprio Gregorio aponta que Carroll deu preferência pelo método da separação contábil por razões pragmáticas, *i.e.*, por ser este o preferido pela maioria dos governos, por empresas representadas na Câmara Internacional de Comércio e por outros grupos econômicos.

Não há de ser coincidência, pois, que na mesma época em que Carroll entregava seu relatório, surgia, nos Estados Unidos, a ideia da adoção do padrão *arm's length*, em 1935, quando o IRS editou regulamentação concernente ao artigo 45 do Código, estipulando: "the standard to be applied in every case is that of an uncontrolled taxpayer dealing at arm's length with another uncontrolled taxpayer". Relatando essa evolução, Reuven Avi-Yonah esclarece que não se estabeleceram, naquela época, os métodos para a determinação do *standard*, o que exigiu forte atuação da jurisprudência, que não o

aplicou de modo consistente pelo menos até 1968, quando nova regulamentação da Seção 482 do Código foi elaborada³.

Chama a atenção o fato de que em seus primórdios, o padrão *arm's length* não aparecesse como o único, ou o melhor, mas apenas o mais frequente. Também merece reflexão ver que quando o tema passou para as mãos da OCDE, esta não limitou a alocação de lucros entre estabelecimentos permanentes de uma empresa àquele padrão. Com efeito, o modelo adotado em 1963 por aquela organização previu, no parágrafo 4º de seu artigo 7º, a adoção, posto que subsidiária, de fórmulas predeterminadas para aquele propósito, o que, como será visto, apenas foi revisto recentemente.

Voltando aos Estados Unidos, não obstante tenha o padrão *arm's length* sido adotado em período relativamente pioneiro, uma análise mais cuidadosa pode mostrar que não foi esse o caso. Conforme aponta Reuven Avi-Yonah⁴, entre 1972 e 1992, houve claro declínio no prestígio daquele *standard*, o que se revela a partir da comparação das principais decisões antes de 1973 com aquelas posteriores, até 1993. É certo que o próprio autor justifica, em parte, a redução dos casos em que se identificaram produtos comparáveis com o fato de a jurisprudência ter então se firmado em favor daquele *standard*, o que reduziria o número de contribuintes que tivessem a intenção de se afastar de tal padrão. Entretanto, ele mesmo trata de afastar esse raciocínio, ao apontar que naquele período houve um aumento de casos levados a juízo (sem identificação de comparáveis), o que evidenciaria que, em muitos casos, o *arm's length* simplesmente não funcionava.

Um exemplo citado por Avi-Yonah é o caso *French*, que versava sobre um contrato concernente a *royalties*, celebrado, pelo prazo de 21 anos, por valores modestos, em momento em que o produto ainda não tivera ampla penetração no mercado e demonstrada sua alta rentabilidade. Para o autor, o caso seria uma evidência de que nem sempre o parâmetro *arm's length* deve ser invocado, se os resultados são claramente desproporcionais às expectativas das partes

³ Cf. AVI-YONAH, Reuven. "The rise and fall of arm's length: a study in the evolution of U.S. international taxation". University of Michigan Law School. Program in Law and Economics. Archive: 2003-2009. Paper 73. Year 2007 (disponível em <http://law.bepress.com/umichlwps-olin/art73>, acesso em março de 2013).

⁴ Cf. AVI-YONAH, Reuven. *Op. loc. cit.* (nota 3).

quando da celebração do contrato, o que acabou obrigando o Fisco a contestar a aplicação daquele parâmetro cujo maior defensor, até então, fora ele mesmo. A corte não aceitou a nova postura do Fisco, mantendo-se a jurisprudência firme no *standard* até a Reforma de 1986. O mesmo autor cita, ainda, o caso *U.S. Steel Corp.*, em que o Fisco americano não se conformava com o valor do frete pago a uma empresa relacionada, mesmo diante do fato de que o valor não se distinguia daquele cobrado de terceiros. Alegava o Fisco que as quantidades negociadas eram muito diferentes, além das próprias condições do negócio (garantias etc.); mais uma vez, a corte se manteve firme no *standard arm's length* que fora, afinal, tão firmemente defendido pelo próprio Fisco no passado.

Em tais circunstâncias, é interessante observar a evolução que se deu nos Estados Unidos, narrada por Avi-Yohah, no texto citado. Evidencia o autor que embora os precedentes mencionados fossem suficientes para apontar as distorções da aplicação irrestrita do padrão *arm's length*, havia grande hesitação quanto a qual critério alternativo a ser adotado, surgindo, a partir de novos casos, caminhos alternativos que já não se baseavam estritamente em comparações. Um exemplo foi *Cadillac Textiles v. Commissioner* quando a corte, após negar as comparações propostas, acabou por somar os lucros das partes envolvidas, repartindo-os numa forma semelhante àquela que mais tarde seria o *profit split method*, embora seja criticável o modo arbitrário como se fez a repartição, dada a falta de qualquer regulamentação da matéria. Igual crítica mereceram outros casos relatados pelo autor, como o *E.I. Dupont de Nemours & Co v. Commissioner* e *Eli Lilly & Co v. Commissioner*, em ambos se repetindo uma repartição de lucros arbitrária.

Diante de tais "casos difíceis", acrescentou-se, em 1986, a cláusula *commensurate with income*, entendida como a necessidade de se ajustar o preço negociado, diante de vantagens provenientes de intangíveis⁵. Este dispositivo ficou conhecido, na prática norte-americana,

⁵ Sobre a evolução no Direito norte-americano, cf. Gorge 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* volume 6, nº 2. Special Report, Report nº 25, 21 de maio de 1997.

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 cessionário⁶. Diante das dificuldades para a determinação do conteúdo dessa cláusula, os congressistas determinaram que se reformulasse a regulamentação vigente desde 1968, a fim de refletir as novas exigências legais. O Departamento do Tesouro norte-americano editou, em 18 de outubro de 1988, um estudo sobre este dispositivo, que ficou conhecido como *White Paper*⁷. Este gerou diversas discussões⁸, até que em julho de 1994 editou-se a regulamentação final acerca dos intangíveis⁹, complementadas em dezembro de 1995 e maio de 1996, no que se referia aos acordos de repartição de custos (*cost sharing agreements*)¹⁰. 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."¹¹ 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

⁶ Adicionou-se a seguinte sentença à Seção 482: "in the case of any transfer (or license) of intangible property (within the meaning of section 936(h)(3)(B)), the income with respect to such transfer or license shall be commensurate with the income attributable to the intangible".

⁷ *A study of intercompany pricing under section 482 of the Code*, IRS Notice 88-123, 1988-2 C.B. 458 (Section 482 White Paper).

⁸ Cf. HOSSON, Fred C. de (ed.). *Transfer pricing for intangibles. A commentary on the white paper*. Deventer: Kluwer, 1989; MAGUIRE, Edward; e THEISEN, Manuel *et al.*, *Verrechnungspreise bei Lizenzen und Dienstleistungen*. Munique: Beck, 1990.

⁹ Reg. §§ 1.482-4 a -6.

¹⁰ 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* nº 23. São Paulo: Dialética, 1997, pp. 7-24.

¹¹ Cf. AMARAL, Antonio Carlos R. "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, pp. 206 a 243 (221).

admissão de que nem sempre se pode contar com bens comparáveis¹².

Realmente, como anota Avi-Yonah, o Congresso não quis fazer crer que a comensurabilidade fosse compatível com o *standard arm's length*, destacando, do texto do relatório parlamentar, a passagem que afirmava que quem transfere um intangível procura remuneração pelo seu investimento, não fatores *arm's length*. Daí que mesmo que se encontrasse transação plenamente comparável, na qual o mesmo intangível fosse transferido a uma parte independente, nas mesmas circunstâncias, por uma taxa fixa de *royalties*, exigisse-se, do mesmo modo, a alocação do *super-royalty* no caso de transação entre partes ligadas¹³. É o mesmo autor que anota, entretanto, que o *White Paper* não parecia confortável em abandonar o *arm's length*, optando por se referir às novas exigências como *Basic Arm's Length Return Method (BALRM)*, dedicando um capítulo à demonstração de que a comensurabilidade e o BALRM seriam compatíveis com aquele *standard*, o que, como anota Avi-Yonah, é difícil de se seguir, já que, por princípio, a comensurabilidade é aplicável na situação de falta de comparáveis. Ou seja, o que se tinha, quando muito, era uma nova definição para o *arm's length*, que já não mais seria a busca de preços comparáveis, mas antes qualquer método que viesse a alcançar resultados compatíveis com os que seriam buscados por partes independentes.

É a partir de tal constatação que Avi-Yonah conclui que se for aceita a premissa de que o *arm's length* não necessita de comparação, então esse *standard* incluiria um *continuum*, compreendendo até mesmo o *formulary apportionment*, já que até mesmo este pode alcançar resultados semelhantes aos que seriam obtidos por partes independentes¹⁴.

Esta conclusão não parece óbvia. Argumentar que o *formulary approach* pode alcançar resultados semelhantes ao que teriam partes independentes é valer-se de uma eventualidade, para afirmar uma regra. Se é verdade, por um lado, que o *formulary approach* parte de

¹² Cf. BRAUNER, Yariv. "O valor segundo o espectador: a avaliação de intangíveis para fins de preços de transferência". In: SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *Tributos e preços de transferência*. 3º volume. São Paulo: Dialética, 2009, pp. 267-303, p. 276.

¹³ Cf. AVI-YONAH, Reuven. *Op. cit.* (nota 3).

¹⁴ Cf. AVI-YONAH, Reuven. *Op. cit.* (nota 3).

dados efetivos (o lucro global), as fórmulas para sua repartição são de tal modo arbitrárias, que dificilmente se enquadrariam em um raciocínio *arm's length*.

Daí ser interessante anotar, como o faz Wittendorf¹⁵, a batalha que se deu, em seguida, quando os governos de alguns estados norte-americanos insistiram na adoção do método unitário e do *formulary approach*, bem como a reação de outros Estados a tal prática. A batalha assim travada somente se viu resolvida a partir de uma solução de compromisso, encontrada nas *Guidelines*¹⁶ publicadas pela OCDE em 1995, quando esta organização, por um lado, reafirmava seu posicionamento firme no *standard arm's length* mas por outro lado, admitia a inclusão de novos métodos, o *profit split method* e o *transactional net margin method*, claramente provenientes da prática norte-americana, que abriam mão da busca (ou construção) de transações comparáveis, identificando-se a concessão para um alargamento do padrão *arm's length*. Por outro lado, as *Guidelines* insistiram na recusa de fórmulas predeterminadas. Configura-se, daí, a clara opção da OCDE pelo tratamento como entidades separadas e a repulsa ao tratamento unitário. 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.

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

¹⁵ Cf. WITTENDORF, Jens. *Transfer pricing and the arm's length principle in international tax law*. Austin, Boston et al.: Wolter Kluwer, 2010, p. 102.

¹⁶ OCDE. *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*.

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 lucros¹⁷.

Novo passo relevante foi tomado quando a OCDE decidiu por levar às últimas consequências a ficção de independência, no tratamento de filiais. Esse entendimento, denominado *Authorized OECD Approach* - AOA, que impõe que na atribuição de lucros a estabelecimentos permanentes considerem-se as filiais como se fossem empresas independentes¹⁸. 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. Umas e outras devem apurar a base de cálculo de seu imposto segundo o padrão *arm's length*.

Por outro lado, a extensão irrestrita do *arm's length* às filiais revela a fragilidade do próprio padrão, já que exige que se dê tratamento tributário independente a estruturas que não o são. 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 eco-

¹⁷ Cf. 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, pp. 508-520.

¹⁸ 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.

nomistas, 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*)¹⁹.

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 comparáveis²⁰.

Se essa afirmação é acertada com relação a empresas vinculadas, com muito maior razão deve-se olhar com ressalvas a insistência da OCDE ao estender irrestritamente o padrão *arm's length* a filiais, onde a referida sinergia se torna ainda mais evidente.

Essa falha conceitual não pode passar despercebida. Afinal, se é verdade que um grupo empresarial normalmente auferir ganhos que não seriam encontrados entre partes independentes, a adoção irrestrita do padrão *arm's length* por um país acaba por deixar escapar uma parte relevante dos ganhos gerados. Para que este fenômeno se torne evidente, basta imaginar dois países que adotem estritamente-

¹⁹ Cf. LANGE, Joachim. *Verdeckte Gewinnausschüttung. Systematische Darstellung der Voraussetzungen und Auswirkungen*. 8ª edição, atualizada por Bernhard Jansen. Herne/Berlin: Neue Wirtschaftsbriefe, p. 65.

²⁰ Cf. OWENS, Jeffrey. "Should the arm's length principle retire?". *International transfer pricing journal*. Maio/Junho de 2005, pp. 99-102 (100).

te as mesmas regras de preços de transferência (o que dificilmente ocorreria) e imponham, um e outro, que suas empresas tenham o mesmo lucro que aufeririam terceiros independentes. Nesse caso, a soma dos lucros apontados por ambas as empresas seria, no máximo, de valor idêntico ao que se teria ao se somarem os lucros de partes não vinculadas transacionando no mercado. Ora, dada a premissa de que grupos empresariais têm ganhos de sinergia que não se revelam entre partes independentes, o resultado seria que tais ganhos não seriam tributados nem em um, nem no outro Estado. Os ganhos de sinergia, noutras palavras, escapam da tributação baseada no padrão *arm's length*.

O cenário assim descrito parece ter chegado a um dilema: de um lado, encontra-se a defesa firme e irrestrita, pela OCDE, do padrão *arm's length*, inclusive com sua extensão a meras filiais. De outro, veem-se críticas insuperáveis àquele padrão, que já levaram aquela organização a uma solução de compromisso (*rectius*: evolução do padrão), mas que ainda pressionam para seu abandono retornando ao emprego do *formulary approach*. Interessante, diante deste impasse, ver o papel que a ONU pode exercer.

II. O Posicionamento da ONU

De início pouco atuante na matéria dos preços de transferência, o Comitê de Especialistas em Cooperação Internacional em Matéria Tributária, da ONU, responsável pela edição do modelo de acordo de bitributação adotado por aquela organização, para negociações entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, acaba por representar uma alternativa, no cenário internacional, em virtude do impasse acima referido.

Com efeito, embora o modelo da ONU e seus comentários sejam claramente inspirados nos trabalhos da OCDE, não há um processo de adoção imediata das conclusões da última no primeiro modelo. Exemplo eloquente parece ser, justamente, a imposição da AOA, acima referida. A última versão daquele modelo, datada de 2011, enfrenta diretamente a proposta da OCDE de estender irrestritamente o *arm's length* a relações entre estabelecimentos permanentes, inserida, desde 2010, no modelo da última organização. Posiciona-se no sentido de que essa proposta está em conflito com o artigo 7(3) do modelo da ONU, que proíbe a dedução de valores "pagos"

por um estabelecimento permanente a sua matriz, se tais valores ultrapassarem o mero reembolso de despesas efetivas²¹.

A ONU voltou a dobrar-se sobre o tema, recentemente, com a edição de um *Manual Prático*²² voltado a orientar, especialmente países em desenvolvimento, na formulação de suas legislações de preços de transferência. Conquanto afirme que o padrão *arm's length* tenha sido adotado por seu modelo de acordo de bitributação (artigo 9), não deixa de relatar a existência de outras soluções, como o *formulary apportionment*, adotado por alguns estados norte-americanos, províncias canadenses e cantões suíços, além de ser um critério que está sendo considerado entre os países europeus, como requisito para a adoção de uma base comum de tributação (*common consolidated corporate tax base*).

Dado o escopo do presente estudo, merece maior atenção o tratamento que o referido *Manual* dá ao caso das margens predeterminadas adotadas pelo Brasil.

III - Margens Predeterminadas e *Arm's Length*: o Tratamento na ONU

Não é este o espaço para apresentar as peculiaridades da legislação brasileira de preços de transferência. Parece ser consenso que em muitos aspectos, o legislador brasileiro adotou soluções que não refletem as orientações das *Guidelines* da OCDE. Destaquem-se, neste sentido, as margens predeterminadas, adotadas para os métodos de revenda e de custo, no lugar de margens auferidas a partir de uma análise funcional.

Esta particularidade brasileira não passou despercebida pelos redatores do *Manual* da ONU, que trataram de incluir a determinação de um teto de dedutibilidade na importação e um nível mínimo de lucratividade na exportação no mesmo parágrafo em que relata as experiências do *formulary apportionment*, já que também no Brasil haveria uma "set formula to allocate income to Brazil"²³. Esta equi-

²¹ Cf. YAFFAR, Armando L.; e LENNARD, Michael. "United Nations. An introduction to the updated UN model". *Bulletin for international fiscal documentation* n° 11, volume 66, 2012.

²² 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.

²³ Cf. United Nations. *Op. cit.* (nota 22), parágrafo 1.4.13.

paração merece crítica, já que a solução brasileira diverge, essencialmente, daquela *formulary apportionment*. Com efeito, esta busca a divisão do lucro (global) de um grupo entre as unidades que o compõem. O resultado é que, idealmente, a soma dos valores alocados a cada uma não ultrapasse o lucro global; no caso brasileiro, as fórmulas não levam em conta os resultados globais e tampouco investigam o quanto possa ter sobrado de lucro para as partes relacionadas, fixando-se, exclusivamente, no resultado da unidade brasileira.

Esta é, justamente, a principal crítica que se pode fazer à sistemática brasileira de preços de transferência: ao desconsiderar o que se passa com as empresas associadas, acaba por impor que se tribuam, no País, lucros que serão igualmente oferecidos à tributação no exterior, gerando bitributação.

Por outro lado, a solução brasileira não deixa de ser atraente, especialmente para países menos desenvolvidos, já que estes dificilmente terão condições de efetuar uma análise funcional, antes de fixar margens de lucros. Daí que longe de condenar a adoção de margens predeterminadas, o que se encontra no Manual Prático da ONU²⁴ 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.

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.

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 ser aplicável ao caso brasileiro, cuja pauta de comércio exterior é muito ampla. Daí ser de se esperar que os percen-

²⁴ 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.

tuais 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.

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.

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.

IV - A OCDE começa a se mover: a Adoção de *Safe Harbours*

No Glossário da *International Fiscal Association*, a expressão *safe harbour* é utilizada para designar um padrão objetivo ou medida, tal como um intervalo, porcentagem ou valor absoluto, que pode ser utilizado pelo contribuinte como uma alternativa a uma regra baseada em fatores subjetivos ou em fatos e circunstâncias incertos²⁵. 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 transferên-

²⁵ "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 in Julie Rogers-Glabush (edit.). *International tax glossary*. 6ª edição. Amsterdã: International Bureau of Fiscal Documentation, 2009, p. 371.

cia, 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*. 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)²⁶.

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 mercado²⁷. 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 princípio²⁸.

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*²⁹.

Em que pese 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. Foi neste contexto que, em junho de 2012, o Grupo de Trabalho nº 6 do Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE publicou *public*

²⁶ Cf. OCDE. *Op. cit.* (nota 16), parágrafo 4.96.

²⁷ 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.

²⁸ Cf. OCDE. *Op. cit.* (nota 16), pp. IV-33.

²⁹ Cf. OCDE. *Op. cit.* (nota 16), parágrafos 4.108 e seguintes.

discussion draft sugerindo a revisão dos dispositivos dos *Guidelines* que tratam da questão³⁰. 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.

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.

V. Conclusão: *Arm's Length* como Princípio

A evolução do tratamento do *arm's length* no cenário internacional revela que não obstante o discurso firme na sua adoção sem exceções, surgem situações que impõem sua relativização. A "falha conceitual" parece inegável já que, de fato, partes vinculadas jamais transacionarão em moldes equivalentes a terceiros independentes. Como visto, a adoção irrestrita do padrão *arm's length* impõe que cada Estado tribute, no máximo, montante de lucro equivalente ao que aufeririam partes não vinculadas. Assim, ganhos efetivos, decorrentes da vinculação (sinergia) escapam da tributação.

³⁰ 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 for competent authorities to establish bilateral safe harbours*. Paris, publicação oficial, junho de 2012.

Ademais, o padrão *arm's length*, como descrito pela OCDE, implica cálculos extremamente complexos, o que vem levando organizações internacionais, como a própria ONU, a admitir a adoção de métodos alternativos, como até mesmo as fórmulas predeterminadas brasileiras.

A mesma complexidade, como se viu, foi percebida pela OCDE, a qual, não obstante declare sua opção firme pelo padrão, até mesmo entre estabelecimentos permanentes de uma empresa (AOA), parece abrandar sua posição, quando reconhece a viabilidade da adoção de *safe harbours* em matéria de preços de transferência.

Diante de tal cenário, é de se indagar se de fato o *arm's length* há de ser abandonado.

Retoma-se neste ponto a célebre frase de Winston Churchill, citada na epígrafe. O sábio político não deixava de reconhecer falhas na democracia e se declarava disposto a abandoná-la, se outras alternativas melhores surgissem.

É esta mesma perspectiva que se propõe para o padrão *arm's length*: reconhecer suas falhas não implica, de imediato, aceitar seu abandono, em face de alternativas, como o *formulary approach*. Se é verdadeiro que o *arm's length* muitas vezes não alcança o efetivo lucro de uma empresa, parece inegável que fórmulas como as sugeridas no contexto norte-americano jamais o alcançarão. Basta ver que tais fórmulas, em geral, partem do lucro global do grupo (o que parece acertado) mas o repartem segundo critérios que dificilmente se justificam, como número de empregados, área ocupada e estoques. O número de empregados não tem qualquer relação razoável com os ganhos de uma empresa. Afinal, muito mais relevante que a quantidade de empregados, parece ser o exame do valor que cada um agrega. Assim, poucos empregados, bem remunerados, podem adicionar muito maior valor ao lucro de uma empresa que mão de obra farta mas desqualificada. O mesmo pode ser dito quanto a área ou qualquer outro critério.

A solução para o dilema parece ser o reconhecimento de falhas do padrão *arm's length* que não implique seu afastamento, mas sua ponderação com outros valores. Passa-se a ver naquele padrão as características de um princípio³¹, como tal sujeito a ponderação.

³¹ Cf. 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, pp. 122-135 (128 a 131).

Assim, pode ser revisitado, por exemplo, o tema das margens predeterminadas, que, à luz do princípio *arm's length*, deveriam aproximar-se do mercado. É sob esse aspecto que se apresentou, até este ponto, o problema. Também esta foi a perspectiva no estudo dos especialistas da ONU. O que fazer, entretanto, quando se conclui que as margens predeterminadas são discrepantes daquelas encontradas no mercado? À luz do princípio *arm's length*, como visto, caberia exigir outras margens, mais condizentes com a realidade econômica.

Conquanto não seja este o espaço adequado para discutir o tema das normas tributárias indutoras³², 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. Ao se reconhecer no *arm's length* natureza principiológica, deve-se aceitar que outros princípios, além do *arm's length*, inspiram a Lei nº 9.430/1996. Pode a margem predeterminada ser um instrumento eficaz para intervenção no domínio econômico, a ser examinada, desta vez, à luz da Ordem Econômica.

Tome-se o caso das margens de lucros de 20% e 60%, aplicáveis ao método PRL até 2012. Admita-se, a título de argumentação, que a interpretação dada pela IN nº 243/2002 tivesse fundamentação legal (o que não parece acertado). 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.

Ainda no caso do PRL, veja-se a situação a partir de 2012. Em virtude das alterações promovidas pela Lei nº 12.715/2012, 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. Sob a lógica do princípio *arm's length*, não há como justificar que se apliquem as mesmas margens de lucro inde-

³² Sobre o tema, cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias e indução econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

pendentemente 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. 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.

Vê-se, daí, a possibilidade de se justificarem as margens predeterminadas. Entretanto, justamente em vista do jogo de princípios que se propõe, não se pode deixar de lado o fato de que margens predeterminadas, quando exageradas, tendem a provocar a bitributação, já que o Fisco brasileiro acaba por impor a tributação, no País, de lucros que serão igualmente tributados por outro Estado. Se a proteção à indústria nacional pode justificar a indução à produção no País, uma tributação exagerada pode provocar efeito perverso na economia, ao afastar investimentos.

A solução para tal dilema parece encontrar-se na sugestão, feita no *Manual* da ONU, de que margens predeterminadas não se adotem em caráter absoluto, mas sejam, antes *safe harbours*, de modo que o contribuinte que as atender não esteja sujeito a novas exigências, mas seja permitido àquele que se vir alvo de bitributação, trazer o caso às autoridades, para que se fixem margens adequadas. Essa necessidade, que parece mandatária, implica reconhecer que não obstante a legislação brasileira tenha, sem dúvida, dado passo importante na matéria de preços de transferência, sendo inclusive alvo de observação por organizações internacionais, não há que prevalecer atitude soberba, que afirme estar a matéria definitivamente resolvida. O próximo passo que se impõe é uma atitude das autoridades brasileiras no sentido de maior cooperação internacional, firmando

acordos envolvendo o contribuinte e o outro Estado interessado (*Advanced Pricing Agreements*). Longe de excluírem as margens predeterminadas, podem vir em complemento destas, nos casos em que surja a bitributação.