

ANDRÉS
BÁEZ MORENO

JOSÉ MANUEL
CASTRO ARANGO
(EDITORES)

PROBLEMAS DE TRIBUTACIÓN
INTERNACIONAL EN IBEROAMÉRICA
UNA VISIÓN DESDE LOS DIEZ AÑOS DEL OITI

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Problemas de tributación internacional en Iberoamérica : una visión desde los diez años del OITI / María Paula Baptiste [y otros] ; Andrés Báez Moreno, José Manuel Castro Arango (editores). - Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2019.

731 páginas : ilustraciones ; 24 cm. (Derecho Tributario Internacional)

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587902273

1. Derecho fiscal 2. Hacienda Pública — Aspectos jurídicos 3. Jurisprudencia tributaria 4. Doble tributación I. Báez Moreno, Andrés, editor II. Castro Arango, José Manuel, editor III. Universidad Externado de Colombia IV. Título V. Serie.

344.3 SCDD 15

Catalogación en la fuente — Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP.

Octubre de 2019

ISBN 978-958-790-227-3

© 2019, ANDRÉS BÁEZ MORENO Y JOSÉ MANUEL CASTRO ARANGO (EDITORES)

© 2019, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (57 1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: octubre de 2019

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: José Ignacio Curcio Penen

Composición: Marco Robayo

Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.S. - Xpress Kimpres

Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

LUÍS EDUARDO SCHOUERI*
GUILHERME GALDINO**

O sexto método na América Latina

Sumario: Introdução. I. Das origens do Sexto Método a sua difusão na América Latina. II. O surgimento do Sexto Método na Argentina. III. A difusão do Sexto Método na América Latina. IV. Os elementos comuns do Sexto Método. V. As posições da OCDE e da ONU em face do Sexto Método: aproximações e distanciamentos. Considerações finais. Bibliografia.

INTRODUÇÃO

A finalidade da legislação de preços de transferência, com a criação dos métodos para a definição de preços parâmetro, é assegurar que as empresas, em transações com partes vinculadas, sejam tributadas do mesmo modo como aquelas que se relacionam como partes independentes, em condições de mercado¹.

Esse raciocínio singelo –substituição dos preços controlados pelos de mercado– acaba por se revelar incompleto, quando se constata as dificuldades inerentes à determinação dos preços e práticas de mercado. Embora se procure estabelecer um consenso acerca da metodologia dos preços de transferência, o parâmetro *arm's length* não deve ser visto como algo determinado, fixo. Pelo contrário, o parâmetro *arm's length* apresenta natureza fluida, permitindo, daí, que diversos legisladores, nos mais variados ordenamentos jurídicos, encontrem soluções distintas para a apuração dos preços de transferência, sem que se possa, convincentemente, afirmar que um legislador acerta e outro erra. Essa constatação é relevante para que se afaste o raciocínio apriorístico no sentido de que apenas os métodos consagrados pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) são consistentes com aquele parâmetro. Claro está que, se bem aplicados, os métodos chegam a resultados que, razoavelmente, se pode admitir sejam conforme o parâmetro. Mas nada impede que outros métodos, jamais concebidos pela OCDE, sejam igualmente revestidos de seriedade e tragam, com igual grau de convencimento, preços *arm's length*.

* Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Tributário.

** Bacharel e Mestrando em Direito Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado em São Paulo.

1 Para um estudo mais aprofundado sobre o tema, cfr. L. E. SCHOUERI. "Arm's Length: Beyond the Guidelines of the OECD", *Bulletin for International Taxation*, vol. 69, n.º 12, Journals IBFD, dezembro de 2015, pp. 690-726.

Daí que, quando se examinam as medidas criadas pelos países em desenvolvimento, não se deve apontar sua incompatibilidade com o parâmetro *arm's length*, exclusivamente pelo fato de não terem sido criadas no âmbito da OCDE. Ao contrário, deve-se notar que aquela Organização reúne as experiências das administrações tributárias de seus membros, na sua grande maioria países desenvolvidos. Os métodos ali desenvolvidos não levam em conta, por isso, as dificuldades enfrentadas pelos contribuintes e pelas administrações daqueles países, muitas vezes sem qualquer condição de identificarem comparáveis. Outros elementos vêm somar-se, como inexistência de banco de dados, indisponibilidade e pouca qualificação de servidores². Em tais circunstâncias, parece natural que os países em desenvolvimento busquem novas metodologias para apuração de preços de transferência.

A diversidade das realidades enfrentadas pelos países desenvolvidos e em desenvolvimento pode ser constatada quando se verifica que, mesmo existindo as “*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*” (*Guidelines*)³ da OCDE, os países em desenvolvimento houveram por bem pressionar a Organização das Nações Unidas (ONU) para a elaboração de um relatório que indicasse alternativas para que o parâmetro *arm's length*⁴ pudesse ser observado por suas leis internas de maneira efetiva, apesar dos correntes problemas. Diante dessa requisição, a ONU editou um documento denominado *Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries* (doravante “Manual Prático da ONU”)⁵, cujo escopo também abrange relatar e tecer considerações acerca das inovações que os próprios países em desenvolvimento implementaram, as quais podem –ao serem tomadas como modelo– se difundir para outros lugares.

2 Cfr. ONU. “*Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries*”, Nova Iorque, 2017, p. 214, parág. B.3.4.1.2, disponível em [http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2017/04/Manual-TP-2017.pdf], acesso em maio de 2019.

3 OCDE. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Paris, OECD Publishing, 1995.

4 Para a discussão acerca da natureza como *standard* ou princípio do *arm's length*, cfr. L. E. SCHOUERI. “O *Arm's Length* como Princípio ou como *Standard* Jurídico”, em L. E. SCHOUERI, J. F. BIANCO, L. F. de MORAES CASTRO e P. C. TEIXEIRA DUARTE FILHO (orgs.). *Estudos de Direito Tributário em Homenagem ao Professor Gerd Willi Rothmann*, São Paulo, Quartier Latin, 2016, pp. 203-230.

5 Embora a primeira edição tenha sido publicada em 2013, far-se-á referência apenas à edição de 2017. ONU. *Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries*, Nova Iorque, 2017.

Dentre os e todos alternativas um novo método, sobretudo, em artigo pretende comparado latino estado ideal de o também levam em seu ordenar

Tendo isso e objetiva abordar bem como seus ponderações feitas discrepâncias de latino-american

Ao verem preço de seus principais deixaram de lado funcional), que centenas de opções manipulação dos de cotações inter que as transações técnico justificam em virtude da aparência irresistível internacionais prior? Surgiu, assim do Sexto Método diversos países llecidos por esses que permeiam e

Dentre os esforços de países em desenvolvimento para a criação de métodos alternativos para a apuração de preços *arm's length*, merece destaque um novo método (Sexto Método) voltado para as *commodities*, presente, sobretudo, em países latino-americanos. Dado esse âmbito particular, neste artigo pretende-se abordar a criação do Sexto Método sob a óptica do direito comparado latino-americano. Afinal, embora os legisladores vejam o mesmo estado ideal de coisas —parâmetro *arm's length*— cada qual procura concretizá-lo também levando em consideração outros parâmetros igualmente relevantes em seu ordenamento.

Tendo isso em vista, o artigo está dividido em dois tópicos: o primeiro objetiva abordar a origem do Sexto Método, sua difusão na América Latina, bem como seus elementos comuns, e o segundo terá como escopo trazer as ponderações feitas pela OCDE e pela ONU, demonstrando as semelhanças e discrepâncias de tais comentários em face da realidade verificada nos países latino-americanos.

I. DAS ORIGENS DO SEXTO MÉTODO A SUA DIFUSÃO NA AMÉRICA LATINA

Ao verem preciosos recursos tributários esvaírem-se por meio da negociação de seus principais recursos —*commodities*—, os países em desenvolvimento deixaram de lado legislações extremamente complexas (leia-se: análise funcional), que exigem vultosos recursos para a fiscalização, e oferecem centenas de oportunidades para estruturação de negócios que permitiam a manipulação dos preços de transferência. Como as *commodities* são objeto de cotações internacionais, saltava aos olhos que algo deveria ser feito para que as transações se dessem em valores de mercado. Conquanto um olhar técnico justificasse diferentes preços para transações distintas, inclusive em virtude da análise funcional, o argumento da praticabilidade, no caso, parecia irresistível: por que não adotar, simplesmente, os preços de cotações internacionais para as *commodities*, dispensando-se qualquer análise posterior? Surgiu, assim, o chamado “Sexto Método”. Pioneira (II) na introdução do Sexto Método foi a legislação da Argentina, já em 2003, seguida por (III) diversos países latino-americanos. Embora nem todos os métodos estabelecidos por esses países sejam iguais, eles guardam (IV) elementos comuns que permeiam esse “novo método”.

II. O SURGIMENTO DO SEXTO MÉTODO NA ARGENTINA

Em 1998, a legislação tributária da Argentina referente a preços de transferência foi alterada sob o escopo de se alinhar⁶ aos *Guidelines* da OCDE, adotando-se os métodos tradicionais de preços de transferência ali previstos. No 2003 publicou-se a Lei n.º 25.784 que alterou a *Ley de Impuesto a las ganancias*, acrescentando-se um sexto método⁷, ao lado daqueles já existentes. Desde então, a aplicação desse método é obrigatória às exportações de *commodities* naquele país. Trata-se da primeira lei de que se tem notícia trazendo essa modalidade de cálculo de preços de transferência, a qual posteriormente se convencionaria denominar de Sexto Método.

A lei argentina estabelece algumas condições para a aplicação do Sexto Método. Em primeiro lugar, as exportações, para se submeterem às regras de preços de transferência, devem ocorrer entre partes relacionadas ou – com a mudança trazida pela Lei n.º 27.430 de 2017 – com partes localizadas em jurisdições não-cooperantes ou com tributação baixa ou nula⁸. Em segundo lugar, é preciso que o objeto de tais exportações compreenda cereais, oleaginosas, outros produtos da terra, hidrocarbonetos e seus derivados, ou, em geral, bens com cotação conhecida em mercados ditos “transparentes”⁹. Finalmente, o método somente é aplicável a casos em que haja a intervenção de um intermediário internacional que não seja o destinatário efetivo da mercadoria¹⁰. Portanto, o Sexto Método foi concebido como típica norma antiabuso, destinada a coibir situações em que os contribuintes se utilizam de intermediários sediados em terceiros países para reduzir a tributação efetiva sobre a exportação realizada. Presentes essas três condições, deverá ser

6 Cfr. C. E. GOLDEMBERG. “Transfer Pricing in Argentina”, *Bulletin for International Taxation*, vol. 59, n.º 8/9, Journals IBFD, ago./set. de 2005, p. 387; e R. O. FREYTES. “Argentina”, *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 96a, Rotterdam, IFA, 2011, p. 64.

7 Sobre o Decreto 916/2004 que regulamentou essa lei sobre esse método, cfr. C. E. GOLDEMBERG. “Reglamentación de las reformas en el impuesto a las ganancias”, *Doctrina Tributaria ERREPAR*, XXV, outubro de 2004, p. 957.

8 Para considerações sobre essas definições, cfr. E. O. MELONI. “Argentine Corporate Taxation. Country Surveys IBFD”, última atualização em 15 de janeiro de 2019, seção 7.2.

9 Cfr. E. O. MELONI. “Transfer Pricing Compliance Amended”, *International Transfer Pricing Journal*, vol. 26, n.º 2, Journals IBFD, 2019, p. 119.

10 Cfr. C. E. GOLDEMBERG. “Transfer Pricing in Argentina”, cit., p. 390; e J. C. YEMMA. “Argentina”, *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 92a, Rotterdam, IFA, 2007, pp. 42-43.

utilizado o Sexto Método de la exportación”¹¹. Para a cotação no mercado tratava-se de importar o meio de transporte pactuado com o intermediário com o intermediário internacional na data de embarque, se

Embora esse método “sexta método” para esses casos de contribuinte, apropriada para o caso, não cumpre com determinar a presença efetiva no território das operações com outros grupos que o método não seja o obtido na atividade principal; i) a obtenção do comércio entre mercadorias e membros do grupo econômico.

Além disso, a Lei n.º 25.784 observados. Em caso de não serem vinculadas, o método não se aplica se os rios estiverem consoante os fatos envolvidos¹². Prova essa que as atividades da empresa não se enquadram nas hipóteses em que as transações em jurisdições não-cooperantes entre as partes precisa do Sexto Método ser também aplicado.

A Ley de Impuesto a los Ingresos Públicos (AFIP) levou em consideração a aplicação do Sexto Método, facultando-se à AFIP este

11 Argentina, Ley n.º 25.784, de 1998.

12 Cfr. R. O. ASOREY e F. ASORRI. “Argentina”, última atualização em 20 de fevereiro de 2019.

13 Cfr. E. O. MELONI. “Argentina”, última atualização em 15 de janeiro de 2019, seção 7.2.

utilizado o Sexto Método a fim de determinar “la renta de fuente argentina de la exportación”¹¹. Para a aplicação desse método, considera-se o valor da cotação no mercado transparente no dia do embarque da mercadoria, não importando o meio de transporte utilizado, tampouco o preço da mercadoria pactuado com o intermediário internacional. Entretanto, se o preço acordado com o intermediário internacional for maior que o preço da cotação vigente na data de embarque, será utilizado o primeiro em detrimento ao segundo.

Embora esse método seja apresentado pela Lei n.º 25.784 como o “mejor método” para esses casos, sua aplicação não ocorre na hipótese em que o contribuinte, apropriadamente, demonstra que o intermediário internacional cumpre com determinados requisitos. Tais condições compreendem a presença efetiva no território de residência e a existência substancial de operações com outros grupos econômicos (acima de 70%). Ademais, para que o método não seja obrigatório, não pode o intermediário ter como atividade principal: i) a obtenção de rendas passivas; ou ii) a intermediação do comércio entre mercadorias provenientes ou destinadas à Argentina e outros membros do grupo economicamente vinculado.

Além disso, a Lei n.º 27.430 de 2017 trouxe novos requisitos a serem observados. Em caso de transações envolvendo empresas intermediárias *vinculadas*, o método não é aplicado se a remuneração de tais intermediários estiver consoante os riscos assumidos, as funções exercidas e os ativos envolvidos¹². Prova essa que se faz por meio de um documento detalhando as atividades da empresa intermediária ao Fisco argentino. Por sua vez, nas hipóteses em que as transações sejam realizadas com empresas localizadas em jurisdições não-cooperantes ou com tributação baixa ou nula, o contrato entre as partes precisa ser formalmente registrado, sob pena de o Sexto Método ser também aplicado¹³.

A Ley de Impuesto a las Ganancias autoriza a Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) a aplicar outro método caso os fundamentos que levaram à aplicação do Sexto Método não estejam mais presentes. Por outro lado, faculta-se à AFIP estender a aplicação do Sexto Método a outras expor-

11 Argentina, Ley n.º 25.784, de 22 de outubro de 2003, artículo 2.

12 Cfr. R. O. ASOREY e F. ASOREY. “Argentina. Transfer Pricing. Topical Analyses IBFD”, última atualização em 20 de fevereiro de 2019, seção 4.9.

13 Cfr. E. O. MELONI. “Argentina. Corporate Taxation. Country Surveys IBFD”, última atualização em 15 de janeiro de 2019, seção 7.2.

tações de mercadorias nas hipóteses em que a natureza e as características de tais operações assim a justifiquem¹⁴.

Essas particularidades do Sexto Método demonstram que o intuito é justamente controlar o uso de intermediários (*traders*) em exportações de *commodities*, como é o caso das grandes companhias exportadoras de cereais, uma vez que a Argentina é uma grande exportadora mundial de soja e tais empresas podem transferir lucros a outros países por meio de transações intermediadas por *traders* (relacionados)¹⁵.

Na opinião de Goldemberg, diante do modelo argentino o Sexto Método se afastaria dos métodos tradicionais estabelecidos pela OCDE. Isso porque o Sexto Método seria mais uma regra antiabuso do que, propriamente, um método de preços de transferência, dado que é de caráter obrigatório para casos específicos e haveria uma ausência de conexão com transações comparáveis. No entendimento de Goldemberg, a adoção do Sexto Método consistiria em uma exceção ao parâmetro *arm's length*, o qual levaria em conta não somente o preço de mercado na alocação do lucro tributável para cada parte relacionada¹⁶.

Contudo, como já antecipamos, não parece imediata essa afirmação: o Sexto Método não deixa de ser uma busca de preços de mercado e, nesse sentido, comprometido com o parâmetro *arm's length*. É bem verdade que, se a legislação de preços de transferência tem o caráter de norma antiabuso, então o Sexto Método argentino é uma norma antiabuso de outra norma antiabuso, pois impede que os contribuintes abusem dos métodos tradicionais previstos naquela legislação. No entanto, ainda assim haverá um preço de mercado buscado, qual seja, o preço cotado em mercado transparente. De fato, quando aplicado, o Sexto Método argentino não leva em consideração os termos do acordo entre as partes, especialmente no que diz respeito às datas de entrega e os riscos assumidos, sobretudo aqueles relativos às variações no preço das *commodities*. Entretanto, o preço cotado em mercado transparente não deixa de representar transações realizadas entre partes independentes.

14 Argentina. Ley n.º 25.784, de 22 de outubro de 2003, artículo 2.º.

15 Cfr. C. E. GOLDEMBERG. "Transfer Pricing in Argentina", cit., p. 390; E. O. MELONI. "Argentina. Corporate Taxation...", cit., seção 7.2; E. A. BAISTROCCHI. "Argentina", *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 102b, Rotterdam, IFA, 2017, p. 102; e F. VELAYOS e A. BARREIX. "Towards a New Form of International Taxation: The View from Latin America and the Carribean", *Intertax*, vol. 41 n.º 3, 2013, pp. 128-139.

16 Cfr. C. E. GOLDEMBERG. "Transfer Pricing in Argentina", cit., pp. 389-391.

É claro que daí faria em face de tal preço completamente disto

De qualquer fo atrelada a necessida regras de preços de t esse relevantíssimo Isso porque os méto perspectiva do gove interposição de um

Conquanto haja di à própria compatib seus efeitos positiv internacionais ness Métodos similares canos¹⁷, dentre ele

17 Sobre a adoção desse to Transfer Pricing I IBFD, 2015, pp. 209-2

18 Cfr. G. COTTANI. "Th I. FRASCHINI e E. SAR IFA, 2010, pp. 847-86 99A, Rotterdam, IFA, *Droit Fiscal Internati "Uruguay", Cahiers*

19 Cfr. S. CASTRO. "Ne vol. 21, n.º 2, *Journal Fiscal International, Cahiers de Droit Fisco*

20 Cfr. M. J. MARTÍNEZ form", *International*

21 Cfr. ONU. Op. cit., *Droit Fiscal Internati*

22 Cfr. L. E. SCHOUER Internacional". en *Preço de Transferênc*

É claro que daí faria sentido que se abrisse espaço para pequenos ajustes em face de tal preço como frete e seguros, elementos esses que podem ser completamente distintos daqueles adotados na elaboração do preço cotado.

De qualquer forma, percebe-se que a origem do Sexto Método está atrelada a necessidade de ter um meio eficaz, simples e seguro para aplicar as regras de preços de transferência em transações envolvendo *commodities*, item esse relevantíssimo para a pauta comercial dos países em desenvolvimento. Isso porque os métodos tradicionais de preços de transferência eram, sob a perspectiva do governo argentino, insuficientes para coibir arranjos com a interposição de um intermediador internacional.

III. A DIFUSÃO DO SEXTO MÉTODO NA AMÉRICA LATINA

Conquanto haja diversas críticas ao Sexto Método, inclusive em relação à própria compatibilidade desse método com o parâmetro *arm's length*, seus efeitos positivos, como o desencorajamento do uso de intermediários internacionais nesse setor da economia, conduziram a sua disseminação. Métodos similares foram adotados por diversos outros países latino-americanos¹⁷, dentre eles, Uruguai¹⁸, Peru¹⁹, Guatemala²⁰, Bolívia²¹, Brasil²²,

17 Sobre a adoção desse método na Ucrânia, cfr. J. L. COOPER. "Adoption of Substantial Amendments to Transfer Pricing Legislation", *International Transfer Pricing Journal*, vol. 22, n.º 3, Journals IBFD, 2015, pp. 209-212.

18 Cfr. G. COTTANI. "Transfer Pricing. Topical Analyses IBFD", dezembro de 2014, tópico 11.6.7; J. I. FRASCHINI e E. SARTORI. "Uruguai", *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 95A, Rotterdam, IFA, 2010, pp. 847-863; C. ARIAS e F. CAMY. "Uruguai". *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 99A, Rotterdam, IFA, 2014, pp. 805-827; V. G. BEGHLOLDH e M. J. SANTOS. "Uruguay", *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 102b, Rotterdam, IFA, 2017, pp. 849-871; E. ERMOGLIO e F. PRADO. "Uruguay", *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 102a, Rotterdam, IFA, 2017, pp. 871-892.

19 Cfr. S. CASTRO. "New Transfer Pricing Environment", *International Transfer Pricing Journal*, vol. 21, n.º 2, Journals IBFD, 2014, pp. 110-115; B. DE LA VEGA RENGIFO. "Peru", *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 102a, Rotterdam, IFA, 2017, pp. 607-622; J. MORÓN e J. C. VIDAL. "Peru", *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 102b, Rotterdam, IFA, 2017, pp. 607-623.

20 Cfr. M. J. MARTÍNEZ ARELLANO. "Guatemala. Transfer Pricing Changes under Recent Tax Reform", *International Transfer Pricing Journal*, vol. 21, n.º 5, Journals IBFD, 2014, pp. 377-380.

21 Cfr. ONU. Op. cit., p. 215, parág. B.3.4.2.1.1; M. A. GARCÍA RODRÍGUEZ. "Bolívia", *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 102b, Rotterdam, IFA, 2017, pp. 177-190.

22 Cfr. L. E. SCHOUEIRI e G. GALDINO. "PCI e PECEX: o Sexto Método Brasileiro à luz da Prática Internacional", en L. FREITAS DE MORAES CASTRO e F. LISBOA MOREIRA (coords.). *Manual de Preço de Transferência BEPS, Brasil & OCDE*, vol. 1, São Paulo, Quartier Latin, 2018, pp. 43-72;

Equador²³, Honduras²⁴, República Dominicana²⁵ e Costa Rica²⁶. Apesar de comumente denominarem-se de *sixth method*, nem todos eles são idênticos, havendo casos em que o método é tido como mera extensão do Comparable Uncontrolled Price Method (CUP). Em razão disso, cabe verificar como alguns países adotaram esse método a fim de que se possa demonstrar quais os elementos comuns que o permeiam.

Na reforma tributária ocorrida em 2007, o Uruguai introduziu pela primeira vez uma legislação sobre preços de transferência, seguindo os *Guidelines* da OCDE e, ao mesmo tempo, adotando alguns desvios semelhantes àqueles estabelecidos pela legislação tributária argentina sobre o tema. Desse modo, dentre outras variações, a legislação tributária uruguaia determinou a aplicação obrigatória do CUP com os valores comparáveis externos através de preço internacionais de conhecimento público.

Contudo, seguindo a legislação argentina²⁷, estabeleceu-se que o preço internacional de mercado transparente seria adotado no momento do embarque das mercadorias, exceto se houvesse ocorrido o registro do contrato de compra e venda de *commodities* no órgão público competente. Nesse caso, seria utilizado o preço pactuado entre as partes²⁸. Conforme

L. E. SCHOUEIRI e R. A. GALENDI JR. "Brazil", *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 102b, Rotterdam, IFA, 2017, pp. 191-215; R. MARIZ DE OLIVEIRA. "Os Métodos PCI e Pexex: ¿mais um Caso de Confronto entre Lei e Instrução Normativa? O Conceito de *Commodities*. O Prêmio e suas Vicissitudes (Observações Iniciais)", em L. E. SCHOUEIRI (coord.). *Tributos e preços de transferência*, vol. 4. São Paulo, Dialética, 2013, pp. 328-347; e B. FAJERSZTAJN e R. TOMAZELA SANTOS. "O controle de preços de transferência nas exportações de commodities e o método do preço sob cotação na exportação ('PECEX')", *Revista Fórum de Direito Tributário*, ano 14, n.º 84, Belo Horizonte, nov./dez. 2016, pp. 95-122; M. L. GOMES e D. OTTONI UÊBE MANSUR. "The Brazilian 'Sixth Method' and BEPS Action 10: Transfer Pricing Control on Commodity Transactions", *International Transfer Pricing Journal*, vol. 25, n.º 2, Journals IBFD, 2018, pp. 116-125; R. C. CALDAS DE SA. "Developments Regarding the Transfer Pricing Method for Exports of Commodities", *International Transfer Pricing Journal*, vol. 22, n.º 1, Journals IBFD, 2015, pp. 22-27.

23 Cfr. G. COTTANI. "Transfer Pricing. Topical Analyses IBFD", dezembro de 2014, tópico 11.6.7.

24 Cfr. ídem.

25 Cfr. A. K. JAIN. "Prioritizing Transfer Pricing Methods: An Indian and Global Perspective", *International Transfer Pricing Journal*, vol. 22, n.º 3, Journals IBFD, 2015, p. 172.

26 Cfr. S. CASTRO. "Current State of Transfer Pricing Rules in Central America and Dominican Republic", *International Transfer Pricing Journal*, vol. 23, n.º 6, Journals IBFD, 2016, p. 499.

27 Sobre as semelhanças e diferenças do Sexto Método argentino e uruguaio, cfr. C. E. GOËDEMBERG. "Precios de Transferencia. ¿Qué nos dejó el sexto método?", *Doctrina Tributaria ERREPAR*, XXXV, junho de 2014.

28 Cfr. J. I. FRASCHINI e E. SARTORI. "Uruguai", *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 95A, Rotterdam, IFA, 2010, pp. 854-855.

explicitam Fraschini o método como CUP. Contudo, surgindo novamente. Afinal, continuam claramente antiab. outros países por autores, ignoraria o preço pactuado. adotado em situação uruguaia permite aos seguros e fret

Nota-se, desse ao Sexto Método. Sexto Método um caso o contrato dizer que, assim c não passa de um diferente do arge espaço para ajust

Já no Peru, a dida. Ao alterar a CUP foi modificac bens por meio de cação na *Ley del I internacionalmen bens entre partes que não é o dest que se trata de u*

29 Cfr. íbid., p. 855. *International*, vol. GHLOËDH e M. J. S.

30 Cfr. J. I. FRASCHINI.

31 Cfr. E. ERMOGLIO.

32 Cfr. S. CASTRO. "I

33 Nesse sentido, cf

-called '6th Met

the-so-called-6th-

Topical Analyses I

explicitam Fraschini e Sartori, embora a legislação tributária denomine esse método como CUP, na verdade se trata de um desvio em relação ao método, surgindo novamente a denominação Sexto Método para designá-lo²⁹. Afinal, continuam os autores, o Sexto Método Uruguaio possuiria intuito claramente antiabusivo, buscando-se prevenir transferência de lucros para outros países por meio de operações intermediadas; tal regra, seguem os autores, ignoraria a realidade das empresas, pois não levaria em conta nem o preço pactuado, tampouco o preço que duas partes independentes teriam adotado em situações e circunstâncias comparáveis³⁰. No entanto, a legislação uruguaia permite ajustes, em relação aos preços cotados correspondentes, aos seguros e fretes³¹.

Nota-se, desse modo, que o Sexto Método uruguaio se assemelha bastante ao Sexto Método argentino, mas também dele se distancia. De um lado, o Sexto Método uruguaio não tem aplicação generalizada, pois só é aplicado caso o contrato de compra e venda não tenha sido registrado. Daí se pode dizer que, assim como o Sexto Método argentino, o Sexto Método uruguaio não passa de um método de exceção. De outro, o Sexto Método uruguaio, diferente do argentino, aproxima-se mais do parâmetro *arm's length* ao abrir espaço para ajustes em relação aos preços cotados.

Já no Peru, a legislação prescreveu a aplicação do CUP de maneira estendida. Ao alterar as regras de preços de transferência em 2012, a redação do CUP foi modificada com o objetivo de regular transações internacionais de bens por meio de preços cotados internacionalmente³². Embora essa modificação na *Ley del Impuesto a la Renta* estabeleça a aplicação de preços cotados internacionalmente para transações envolvendo importação e exportação de bens entre partes relacionadas em que haja um intermediário internacional que não é o destinatário real de tais mercadorias, Sophia Castro entende que se trata de uma mera expansão do CUP e não de um Sexto Método³³.

29 Cfr. *ibid.*, p. 855. No mesmo sentido, cfr. C. ARIAS e F. CAMY. "Uruguaí", *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 99A, Rotterdam, IEA, 2014, p. 822. Em sentido contrário, cfr. V. GZECH BERGHELDH e M. J. SANTOS. "Uruguay", *cit.*, p. 863.

30 Cfr. J. I. FRASCHINI e E. SARTORI. "Uruguaí", *cit.*, p. 856.

31 Cfr. E. ERMOGLIO e F. PRADO. "Uruguay", *cit.*, p. 889.

32 Cfr. S. CASTRO. "New Transfer Pricing Environment", *cit.*, p. 114.

33 Nesse sentido, cfr. *ibid.*, p. 114. Em sentido contrário cfr. I. G. ARIAS ESTEBAN. "The So-called '6th Method', 19 de novembro de 2014, disponível em [<https://www.ciat.org/the-so-called-6th-method/?lang=en>], acesso em maio de 2019; G. COTTANI. "Transfer Pricing. Topical Analyses IBFD", dezembro de 2014, tópico 11.6.7.

Entretanto, nota-se que, assim como o Sexto Método presente no Uruguai e na Argentina, parece se tratar de mais um método de exceção, e também essa “expansão do CUP” determina que os preços utilizados sejam estipulados a partir do preço do (des)embarque, quer do dia que efetivamente este ocorreu, quer do preço médio de (des)embarque do período anterior ou posterior à celebração do contrato. De qualquer maneira, CASTRO afirma que essa expansão do CUP *não seria consistente com o parâmetro arm’s length*³⁴. Novamente, o atendimento ao parâmetro *arm’s length* e a análise de ser ou não uma expansão do CUP dependem, respectivamente, da possibilidade de ajustes –que não é clara– e a referência de tais ajustes, se os elementos do preço cotado ou se a busca por outras transações entre partes independentes.

No mesmo ano em que houve a “expansão do CUP” no Peru, foi também modificada a legislação tributária na Guatemala. Em tal reforma determinou-se que, para exportações e importações de *commodities*, o preço dos bens em transações internacionais entre partes relacionadas não pode exceder o preço cotado internacionalmente da data da compra, no caso de importação, e do último dia de embarque, no caso de exportação. Contudo, se a transação tiver sido celebrada em outra data, esta poderá ser considerada, mas somente se o contrato tiver sido reportado às autoridades fiscais em até três dias após a sua celebração³⁵. O curioso, nesse caso, é que o Sexto Método não constitui exceção, mas somente a data do preço é que pode ser a contratual, se registrado.

Também se inspirando no modelo argentino, a Bolívia introduziu o Sexto Método em 2014. Como suas atividades basicamente dependem da exportação de matérias-primas e *commodities*, criou-se um método para importação e exportação de produtos que tenham preços cotados nos mercados internacionais, sendo utilizado o preço da data de embarque. Contudo, segundo Marco Rodríguez, esse método precisa ser regulamentado porque, como se encontra, é difícil de ser aplicado. Dentre os aspectos a serem desenvolvidos destacam-se, além da possibilidade de se considerar a data pactuada em contratos de longo prazo, espaço para se ajustarem componentes do preço, como prêmios, custos de logística e outros³⁶. No Sexto Método boliviano

34 Cfr. S. CASTRO. “New Transfer Pricing Environment”, cit., p. 114.

35 Cfr. M. J. MARTÍNEZ ARELLANO. “Transfer Pricing Changes under Recent Tax Reform”, *International Transfer Pricing Journal*, vol. 21, n.º 5, Journals IBFD, 2014, pp. 379-380.

36 Cfr. M. A. GARCÍA RODRÍGUEZ. “Bolívia”, cit., pp. 183-184.

verifica-se que ex *commodities*, não u rigidez nos ajuste

No caso do Bra primeira lei de pr indicar que não h brasileiro, quais s tensão de tais regr tributação favorec

Assim, o recu de regras de preço partes vinculadas de expedientes a tempo, demonst Isso porque, em predeterminadas todologia para, a encontrados em de produção acre as exigências dos que o valor assim

Diante disso, no Sexto Métod rar a eficácia da Lei n.º 12.715, obrigatorios³⁷ p em bolsas de me Cotação na Imp

37 Para posição que PECEX: jamais um ties. O Prêmio e s preços de transfer

38 Também no sent em bolsas de me de preços de tran exportação (PECE dez. 2016, p. 107

verifica-se que existe um método específico para as transações envolvendo *commodities*, não uma exceção. Por outro lado, critica-se justamente a sua rigidez nos ajustes para a concretização do parâmetro *arm's length*.

No caso do Brasil, ao se editar a Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996, primeira lei de preços de transferência deste país, dois aspectos pareciam indicar que não haveria a necessidade para a criação de um Sexto Método brasileiro, quais sejam: a introdução das margens predeterminadas; e a extensão de tais regras às operações realizadas com partes situadas em países de tributação favorecida, independente de as partes serem ou não relacionadas.

Assim, o recurso a margens predeterminadas, cumulado com a aplicação de regras de preços de transferência mesmo a transações em que não existem partes vinculadas pareciam restringir a utilização, por parte do contribuinte, de expedientes artificiais. Essa metodologia, no entanto, com o passar do tempo, demonstrou-se limitada para transações envolvendo *commodities*. Isso porque, em razão da liberdade de escolha de métodos e das margens predeterminadas, abria-se espaço para os contribuintes valerem-se dessa metodologia para, ao fim e ao cabo, praticarem preços muito distantes daqueles encontrados em cotações internacionais. Por exemplo, adotando-se o custo de produção acrescido da margem predeterminada de 15%, satisfaziam-se as exigências dos preços de transferência na exportação de *commodities* ainda que o valor assim obtido fosse muito menor que o da cotação.

Diante disso, sem perder de vista a praticabilidade e a segurança jurídica, no Sexto Método viu o legislador brasileiro abordagem capaz de assegurar a eficácia da aplicação dos preços de transferência. Editou-se, então, a Lei n.º 12.715, de 12 de setembro de 2012, que criou dois novos métodos obrigatórios³⁷ para transações envolvendo *commodities* sujeitas³⁸ à cotação em bolsas de mercadorias e futuros reconhecidas: o método do Preço sob Cotação na Importação (PCI), nas importações, e o método do Preço sob

37 Para posição questionando essa obrigatoriedade, cfr. R. MARIZ DE OLIVEIRA. "Os Métodos PCI e PECEX: mais um Caso de Confronto entre Lei e Instrução Normativa? O Conceito de *Commodities*. O Prêmio e suas Vicissitudes (Observações Iniciais)", em L. E. SCHOUERI (coord.). *Tributos e preços de transferência*, vol. 4. São Paulo, Dialética, 2013, pp. 331-332.

38 Também no sentido de que as *commodities* não precisam efetivamente ter seus preços cotados em bolsas de mercadorias e futuros, cfr. B. FAJERSZTAJN e R. TOMAZELA SANTOS. "O controle de preços de transferência nas exportações de *commodities* e o método do preço sob cotação na exportação ('PECEX')", *Revista Fórum de Direito Tributário*, ano 14, n.º 84, Belo Horizonte, nov./dez. 2016, p. 107.

Cotação na Exportação (PECEX), nas exportações. Esses métodos valem-se primariamente das cotações da data da transação, ajustadas pelo “prêmio médio de mercado” e, segundo a Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil n.º 1.312, de 28 de setembro de 2012, também por diferenças entre o valor líquido recebido pelo vendedor e variáveis que são consideradas na cotação específica da *commodity* em bolsa de mercadorias e futuros, tais como o custo de transporte ao porto de destino e as influências climáticas nas características do bem. Portanto, constata-se que o Sexto Método brasileiro, embora se afaste da prática internacional no que se refere à data de precificação, não o trata como método de exceção, não o incorpora no âmbito CUP brasileiro e também impõe limitações a possibilidades de ajustes, mas não os restringe como alhures.

Diante do exposto, verifica-se que a difusão do Sexto Método percorreu vários países latino-americanos, mas cada qual contém as suas peculiaridades. Em razão disso, vale buscar elementos comuns da aplicação desse método na América Latina.

IV. OS ELEMENTOS COMUNS DO SEXTO MÉTODO

Em termos gerais, o Sexto Método, conforme observado na experiência internacional, pode ser descrito como uma variação ou disjunção do método CUP, pelo qual o preço da transação parte de preços cotados em mercados transparentes. Normalmente o Sexto Método se aplica em caso de: a) exportações e importações de *commodities* entre partes relacionadas intermediadas por uma empresa que não é a destinatária final das mercadorias (*traders*), e/ou b) exportações e importações de mercadorias entre partes relacionadas para as quais há um preço cotado internacionalmente por um mercado transparente. Finalmente, em alguns países, pode-se optar pela aplicação desse método em quaisquer c) exportações e importações de mercadorias cuja natureza e características assim o justifiquem, ou então quando as condições para a aplicação do método, determinadas pela legislação, estejam presentes³⁹.

Nota-se, assim, que o Sexto Método não necessariamente está voltado a enfrentar transações envolvendo *traders* – como se depreende do seu surgimento na Argentina – uma vez que diversos outros países não assim o utilizam

39 Cfr. G. COTTANI. “Transfer Pricing. Topical Analyses IBFD”, dezembro de 2014, tópico 11.6.7.

(e.g. Peru, B em virtude fácil do que é adotar, sim. Desse modo torna menos tes saberão, r

No entar a preocupação utilizado casi em vista, ou em geral, o p transparente as partes pac estabeleçam países que int manejo da da embarçar as r

Além diss –que algumas a ser limitada dos *Guideline* menta que o contribuintes com as transa prazos de ent essa preocup com outras tr sibilidade –p rem o preço c afastando a r

40 Cfr. G. COTTANI. “Transfer Pricing. Topical Analyses IBFD”, dezembro de 2014, tópico 11.6.7.
41 Cfr. A. K. JAIN. “Transfer Pricing. Topical Analyses IBFD”, dezembro de 2014, tópico 11.6.7. p. 170.

42 A crítica é em relação ao método CUP do negócio e do método CUP. Cfr. COTTANI. “Transfer Pricing. Topical Analyses IBFD”, dezembro de 2014, tópico 11.6.7.

(e.g. Peru, Bolívia e Brasil). O que se vê como núcleo comum é sua adoção em virtude da praticabilidade e da segurança jurídica. Afinal, muito mais fácil do que efetuar análise funcional de transações envolvendo *commodities*, é adotar, simplesmente, seus preços presentes em cotações internacionais. Desse modo, tanto a aplicação da legislação de preços de transferência se torna menos complexa para as autoridades tributárias, quanto os contribuintes saberão, mais facilmente, qual o preço a ser utilizado.

No entanto, como os preços de *commodities* são cotados diariamente, surge a preocupação de que os contribuintes manipulem o preço parâmetro a ser utilizado caso este seja aquele do dia da celebração do contrato. Tendo isso em vista, outra característica que se pode atribuir ao Sexto Método é que, em geral, o preço utilizado é aquele cotado publicamente em um mercado transparente na *data do (des)embarque* das mercadorias e não na data em que as partes pactuaram a transação, sendo comum que, quando assim o fazem, estabeleçam condições a serem observadas (e.g. Peru). Dessa maneira, os países que introduziram o Sexto Método evitam planejamento tributário do manejo da data conforme o preço publicado no dia. Mais simples que (des)embarcar as mercadorias é determinar o dia em que a transação foi celebrada.

Além disso, a possibilidade de se realizarem ajustes de comparabilidade —que algumas vezes, como se viu, sequer é facultada ao contribuinte— tende a ser limitada a determinados aspectos, diferentemente do que os métodos dos *Guidelines* da OCDE apregoam⁴⁰. Nesse sentido Ajit Kumar Jain argumenta que o uso obrigatório do Sexto Método gera preocupação entre os contribuintes, uma vez que esse método não leva em conta a comparabilidade com as transações entre partes independentes⁴¹ (e.g. volume de mercadorias, prazos de entrega e circunstâncias do negócio⁴²). De maneira mais clara, essa preocupação se agrava não pelo fato de que inexistente comparabilidade com outras transações entre partes independentes, mas em razão da impossibilidade —presente em várias legislações— de os contribuintes questionarem o preço estabelecido com base nas particularidades de suas transações, afastando a realização de ajustes. Contudo, em casos como no Uruguai e no

40 Cfr. G. COTTANI. "Transfer Pricing. Topical Analyses IBFD", dezembro de 2014, tópico 11.6.7.

41 Cfr. A. K. JAIN. "Prioritizing Transfer Pricing Methods: An Indian and Global Perspective", cit., p. 170.

42 A crítica é endossada por GOLDEMBERG, que acrescenta os prazos de entrega e as circunstâncias do negócio como elementos que não são levados em consideração quando da aplicação do Sexto Método. C. E. GOLDEMBERG. "Precios de transferencia. ¿Qué nos dejó el sexto metodo?", cit.

Brasil, a praticabilidade é temperada com espaço para o contribuinte ajustar os preços cotados em bolsa consoante suas transações particulares.

Em apertada síntese, o Sexto Método adotado em diversos países apresenta como elementos comuns: i) a adoção como preço parâmetro de preços cotados internacionalmente por um mercado transparente ii) na data de (des)embarque das mercadorias em transações entre partes relacionadas envolvendo *commodities*, iii) de modo a garantir maior eficácia às legislações de preços de transferência em virtude da praticabilidade e da segurança jurídica, iv) não permitindo aos contribuintes a realização (completa) de ajustes de comparabilidade.

V. AS POSIÇÕES DA OCDE E DA ONU EM FACE DO SEXTO MÉTODO: APROXIMAÇÕES E DISTANCIAMENTOS

Ao tratar do surgimento e difusão do Sexto Método, a OCDE relata os motivos pelos quais os países introduziram-no. Segundo a OCDE, os países cuja economia depende da exportação de *commodities* têm relatado três problemas que conduzem à erosão da base tributária e a transferência de lucros em transações internacionais de *commodities*. O primeiro é a possibilidade de o contribuinte usar a data mais vantajosa de cotação do preço. O segundo se refere aos ajustes significativos no preço cotado ou à cobrança de taxas efetuada por outras empresas do grupo com relação ao contribuinte residente no país produtor da *commodity*. Já o terceiro entrave envolve a cadeia de empresas com funções aparentemente limitadas, que podem estar localizadas em jurisdições de tributação favorecida. Em razão desses problemas, explica a OCDE que alguns países adotaram medidas domésticas específicas para transações envolvendo *commodities*. Menciona-se, como o exemplo, o Sexto Método que foi adotado por vários países latino-americanos⁴³.

Além de relatar esses problemas⁴⁴, a ONU também aborda dificuldades mais abrangentes encaradas por países em desenvolvimento. De acordo com

43 Cfr. OCDE. "BEPS Action 10: Discussion Draft on the Transfer Pricing Aspects of Cross-Border Commodity Transactions", OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 16 de dezembro de 2014, p. 3, disponível em [https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/discussion-draft-action-10-commodity-transactions.pdf], acesso em maio de 2019.

44 ONU. Op. cit., p. 216, parág. B.3.4.2.1.2.

a ONU, a capac
que autoridade
aquela de paí
informação fo
troladas, auto
tanto a falta d
seu território
recursos e de

Já no que
ONU argumen
segurança jur
OCDE-apresen
podem surgir
são avaliados
tais preços. I
a uma aplicaç
exemplo, as
ou então o es
distinto. Con
sob o Sexto M
rrer transaçõ
tributação"⁴⁷
desvantagem
reconhecer,
com base no

Embora t
negativas po
tão somente
maneira, um
gens do Sex

45 ONU. Op. cit.

46 ONU. Op. cit.

47 Cfr. OCDE. "Paris, 2014, comparabili

48 ONU. Op. cit.

49 Cfr. OCDE. "

a ONU, a capacidade para determinar a comparabilidade entre transações que autoridades tributárias de tais países possuem é bem mais restrita que aquela de países desenvolvidos. Afora problemas relacionados a pouca informação fornecida pelos contribuintes em transações entre partes controladas, autoridades tributárias de países em desenvolvimento enfrentam tanto a falta de dados de empresas realizando operações *at arm's length* em seu território —necessárias para a comparabilidade— quanto limitações de recursos e de *know-how*⁴⁵.

Já no que diz respeito a benefícios e vantagens desse novo método, a ONU argumenta, que, dada sua fácil aplicação, o Sexto Método confere maior segurança jurídica e eficiência na arrecadação tributária⁴⁶. Por outro lado, a OCDE apresenta como sua principal preocupação possíveis divergências que podem surgir entre as condições sob as quais os preços cotados publicamente são avaliados e as condições das transações que são objeto de aplicação de tais preços. Isso porque não necessariamente a adoção de tais preços leva a uma aplicação sob o manto do parâmetro *arm's length*, uma vez que, por exemplo, as datas da celebração do contrato e da entrega podem variar, ou então o estado de processamento e da natureza da *commodity* pode ser distinto. Consequentemente, segundo a OCDE, o tratamento das transações sob o Sexto Método pode divergir do parâmetro *arm's length*: podem ocorrer transações sobre ou subtributadas, e dupla tributação e “dupla não tributação”⁴⁷. Além de seguir tais considerações, a ONU acrescentou como desvantagem a possibilidade de a jurisdição da outra parte controlada não reconhecer, por não se tratar de método tradicional, os ajustes efetuados com base no Sexto Método⁴⁸.

Embora tenha a OCDE assim se posicionado, afirma que tais consequências negativas podem ser limitadas na prática caso o Sexto Método seja utilizado tão somente em transações envolvendo paraísos fiscais, indicando, dessa maneira, um forte caráter de medida antiabuso⁴⁹. A respeito das desvantagens do Sexto Método e da sua utilização como instrumento antiabuso, a

45 ONU. Op. cit., p. 214, parág. B.3.4.1.2.

46 ONU. Op. cit., p. 215, parág. B.3.4.1.5.

47 Cfr. OCDE. “Transfer Pricing Comparability Data and Developing Countries”, OECD Publishing, Paris, 2014, p. 7, disponível em [<https://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/transfer-pricing-comparability-data-developing-countries.pdf>], acesso em maio de 2019.

48 ONU. Op. cit., p. 215, parág. B.3.4.1.5.

49 Cfr. OCDE. “Transfer Pricing Comparability Data and Developing Countries”, cit., p. 7.

ONU explicita que, caso se permita aos contribuintes fornecerem evidências de que suas transações não são abusivas e que operam a preços de mercado, possibilitando-lhes necessários ajustes de comparabilidade, tornar-se-á o método mais consistente com o parâmetro *arm's length* e garantirá maior segurança jurídica⁵⁰.

De qualquer modo, em 2014 a OCDE concordou que o Sexto Método pode ser concebido como uma abordagem antiabusiva adequada, ainda que presentes tais desvantagens⁵¹. No entanto, como se viu acima, a adoção do Sexto Método como medida antiabuso dentro de outra norma antiabuso (regras de preços de transferência) não necessariamente é adotada por todos os países que introduziram o Sexto Método como no Peru e no Brasil.

Já no final de 2014 –ao verificar que tais abordagens domésticas têm gerado a necessidade de maiores esclarecimentos quanto à aplicação das regras de preços de transferência para transações de *commodities* e que essas operações estão intrinsecamente ligadas ao BEPS dos países economicamente dependentes da exportação de *commodities*– a OCDE editou um *public discussion draft* com propostas de solução⁵². Essas sugestões tiveram em conta as preocupações expressas por algumas administrações tributárias sobre a dificuldade de se obterem informações para verificar o preço das *commodities*, incluindo a data de precificação do acordo e ajustes de comparabilidade⁵³.

Seguindo grande parte do que foi proposto no *public discussion draft*, o relatório final das Ações 8, 9 e 10 do Projeto BEPS destinou um tópico somente para tratar das transações internacionais de *commodities* entre partes relacionadas⁵⁴. Assim como discutido no *public discussion draft*, o objetivo deste item foi incluir novas orientações a fim de explicitar a aplicabilidade do CUP para transações envolvendo *commodities*. Para tanto, o relatório final introduziu cinco parágrafos (2.16A-2.16E) no Capítulo II dos *Guidelines* da OCDE⁵⁵.

50 ONU. Op. cit., p. 219, parág. B.3.4.2.1.5.

51 Cfr. OCDE. "Transfer Pricing Comparability Data and Developing Countries", cit., p. 7.

52 Cfr. OCDE. "BEPS Action 10: Discussion Draft on the Transfer Pricing Aspects of Cross-Border Commodity Transactions", cit., pp. 3-4.

53 Cfr. *ibíd.*, p. 4.

54 Cfr. OCDE. "Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation" Actions 8-10-2015. Final Reports. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project", OECD Publishing, Paris, 2015, pp. 51-54, disponível em [http://dx.doi.org/10.1787/9789264241244-en], acesso em maio de 2019.

55 Cfr. OCDE. "Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation", cit., pp. 53-54.

O primeiro pa
de transferência a
transações envol
produtos físicos p
quando há transaç
cotado" refere-se
internacional ou
preços obtidos: p
de informação de
que tais índices se
para determinar o

Além disso, o
determinar a adequ
commodity se refere à
utilizado nas frequ
entre partes relac
tributárias devem

Na mesma lin
da do CUP para tra
características rele
partes relacionada
qualidades da *com*
relacionadas, com
entrega, transporte
entre partes relac
determinam o preç
partes relacionada
características eco

Em razão dess
justificamos ajustes
informações, evidê
e política de fixaçã

56 Cfr. *ibíd.*, p. 53.

57 Cfr. *idem*.

58 Cfr. *idem*.

59 Cfr. OCDE. "Aligning

O primeiro parágrafo, 2.16A, dispõe que o CUP é um método de preços de transferência apropriado para estabelecer o preço *arm's length* quanto às transações envolvendo *commodities*. A expressão *commodities* compreende produtos físicos para os quais um preço cotado é usado como referência quando há transações entre partes não relacionadas. Ademais, o termo “preço cotado” refere-se ao preço da *commodity* no período relevante do mercado internacional ou doméstico. Dessa forma, o “preço cotado” engloba os preços obtidos: por agências transparentes e reconhecidas de estatística ou de informação de preços; ou por agências estatais de fixação de preços, desde que tais índices sejam utilizados como referência por partes independentes para determinar os preços em transações entre elas⁵⁶.

Além disso, o parágrafo 2.16B estabelece que um fator relevante para determinar a adequação do uso do preço cotado para uma determinada *commodity* se refere à proporção que o preço cotado seja ampla e cotidianamente utilizado nas frequentes transações independentes comparáveis às operações entre partes relacionadas. Dessa forma, contribuintes e as administrações tributárias devem ser consistentes na aplicação dos preços cotados⁵⁷.

Na mesma linha, o parágrafo 2.16C determina que a aplicação adequada do CUP para transações de *commodities* depende da comparabilidade das características relevantes das transações entre partes independentes e entre partes relacionadas. Dentre outros fatores, tais características incluem: as qualidades da *commodity* e os termos contratuais da transação entre partes relacionadas, como o volume da operação, o período e as informações de entrega, transporte, seguros e câmbio. Caso haja diferenças entre a transação entre partes relacionadas e aquelas comparáveis, ou se as condições que determinam o preço cotado afetam o preço da transação da *commodity* entre partes relacionadas, devem ser feitos ajustes razoáveis para garantir que as características econômicas relevantes das transações sejam comparáveis⁵⁸.

Em razão desses possíveis ajustes, o parágrafo 2.16D dispõe que para justificar os ajustes de preço os contribuintes devem fornecer, dentre outras informações, evidências e documentos confiáveis, fórmulas de preço usadas e política de fixação de preços⁵⁹.

56 Cfr. *ibíd.*, p. 53.

57 Cfr. *idem.*

58 Cfr. *idem.*

59 Cfr. OCDE. “Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation”, cit., pp. 53-54.

Por fim, o parágrafo 2.16E trata da data de precificação da mercadoria, fator muito relevante para transações de *commodities*, pois se refere ao tempo específico, data ou período escolhido pelas partes para determinar o valor da transação. Segundo a OCDE, isso pode variar conforme a veracidade das informações prestadas pelo contribuinte nos moldes do parágrafo anterior e consoante os dados que a administração tributária tem para avaliar a operação. No entanto, caso o contribuinte não forneça evidências confiáveis da data de precificação negociada, a OCDE orienta que se considere a data de (des)embarque das mercadorias⁶⁰.

Sobre essa posição da OCDE, Ajit Kumar Jain afirma que parece haver uma divergência quanto à adoção de uma abordagem uniforme na aplicação de preços de transferência, uma vez que se aplica um método particular a uma categoria específica de transações⁶¹. Dessa forma, a OCDE incorporou dentro do CUP o uso do Sexto Método, ou melhor, a possibilidade do uso de preços cotados internacionalmente, desde que haja a possibilidade de ajustes de comparabilidade de modo a satisfazer o parâmetro *arm's length*, tão caro a todos os métodos dispostos pelos seus *Guidelines*.

Verifica-se, assim, que inobstante haja uma incorporação de alguns elementos comuns do Sexto Método nos *Guidelines* da OCDE, esta incluiu o Sexto Método dentro do CUP, conferindo, aliás, características que não necessariamente estão previstas nos métodos análogos prescritos na América Latina.

A esse respeito, a ONU explicita que para ser aplicado de maneira satisfatória o método CUP exige que os produtos comparados sejam suficientemente similares. Observada essa condição, o parâmetro *arm's length* será respeitado na medida em que o sexto método nele incorporado permita tantos ajustes de comparabilidade quanto necessários⁶². Todavia, relata a ONU, alguns países sustentam que a vantagem de se aplicar o Sexto Método —enquanto método autônomo— dá-se justamente quando não há comparável disponível para a *commodity* envolvida na transação entre partes controladas. Além disso, esse método oferece vantagens práticas para se elevar a receita e demanda relativamente pouca fiscalização quando utilizado como medida antiabuso⁶³.

60 Cfr. *ibid.*, p. 54.

61 Cfr. A. K. JAIN. "Prioritizing Transfer Pricing Methods: An Indian and Global Perspective", cit., p. 172.

62 ONU. Op. cit., p. 225, parág. B.3.4.3.3.3.

63 ONU. Op. cit., p. 224, parág. B.3.4.3.3.1.

De qualqu
da OCDE. Além
afirma que, na
dos países se d
lacionados aos
necessário. Ou
consistência m

Quanto à
exarado pela
do Sexto Mé
só adotar a da
forneça evidên
acordo com a
de precificação
utilizar o preço

Em síntese
Método, em e
do que se obs
latino-america
mercado trans
a OCDE apenas
parabilidade, s
pressupõe o c
nenhuma prat
autônoma, a O
vando, porém

O presente ar
latino-america
essa nova me
Verificou-
específico par

64 ONU. Op. cit.,

65 ONU. Op. cit.,

De qualquer modo, no final do dia a ONU parece se aproximar da posição da OCDE. Além de enfatizar as mesmas desvantagens que a OCDE já apontara, afirma que, na medida em que o sistema tributário e as autoridades fiscais dos países se desenvolvam e se beneficiem de mais *know-how* e recursos relacionados aos preços de transferência, pode o Sexto Método não ser mais necessário. Ou, pode ele ser ajustado ou atualizado de forma a atingir maior consistência na aplicação do parâmetro *arm's length*⁶⁴.

Quanto à data de precificação, seguiu também a ONU o entendimento exarado pela OCDE. Conquanto se distanciando da prática internacional do Sexto Método, ambas as organizações se posicionaram no sentido de só adotar a data de (des)embarque na hipótese em que o contribuinte não forneça evidências confiáveis da data de precificação negociada. Assim, de acordo com a ONU, dado que em transações envolvendo *commodities* a data de precificação é especialmente relevante, as autoridades tributárias devem utilizar o preço parâmetro da data negociada pelas partes controladas⁶⁵.

Em síntese, portanto, o tratamento dado pela OCDE ao denominado Sexto Método, em especial, incorporando-o ao CUP, é sobremaneira divergente do que se observa na experiência internacional. Se, em regra, os países latino-americanos buscaram nos preços cotados internacionalmente por um mercado transparente um parâmetro a ser —quando muito— pouco ajustado, a OCDE apenas aceita partir de tal preço a fim de realizar os ajustes de comparabilidade, sem restrições. Seguindo, daí a posição da OCDE —que, aliás, pressupõe o caráter antiabusivo—, adotar os preços cotados traz pouca ou nenhuma praticabilidade. Embora abordando o Sexto Método de maneira autônoma, a ONU seguiu, em grande parte, o entendimento da OCDE, ressaltando, porém, sua aplicação em relação ao referido parâmetro *arm's length*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como escopo analisar o Sexto Método à luz da prática latino-americana, confrontando com as posições da OCDE e da ONU sobre essa nova medida.

Verificou-se que, em virtude da necessidade de implementar método específico para lidar com transações envolvendo *commodities*, os países latino-

64 ONU. Op. cit., pp. 224-225, parág. B.3.4.3.3.1.

65 ONU. Op. cit., p. 221, parág. B.3.4.3.1.5.

americanos conferiram nova feição ao parâmetro *arm's length*. Afastou-se a análise funcional, tornando esta tributariamente irrelevante.

Ao se estudar a origem do Sexto Método na Argentina, constatou-se que a sua concepção esteve atrelada a necessidade de ter um meio eficaz, simples e seguro para aplicar as regras de preços de transferência em transações envolvendo *commodities*. Isso porque os métodos tradicionais de preços de transferência eram, sob a perspectiva do governo argentino, insuficientes para coibir arranjos com a interposição de um intermediador internacional. Dada a relevância de tal item na realidade dos países latino-americanos, não causou surpresa que foi o Sexto Método difundido para diversos países como Uruguai, Peru, Guatemala, Bolívia, Brasil, Equador, Honduras, República Dominicana e Costa Rica.

Ainda que cada país tenha adotado o Sexto Método com suas respectivas particularidades, foi possível verificar os seguintes elementos comuns: i) a utilização como preço parâmetro de preços cotados internacionalmente por um mercado transparente ii) na data de (des)embarque das mercadorias em transações entre partes relacionadas envolvendo *commodities*, iii) de modo a garantir maior eficácia às legislações de preços de transferência em virtude da praticabilidade e da segurança jurídica, iv) não permitindo aos contribuintes a realização (completa) de ajustes de comparabilidade.

Por sua vez, ao contrapor tais elementos comuns às posições da OCDE e da ONU, verificou-se que, embora haja uma incorporação de alguns elementos comuns do Sexto Método nos *Guidelines* da OCDE, esta incluiu o Sexto Método dentro do CUP, conferindo, aliás, características que não necessariamente estão previstas nos métodos análogos prescritos na América Latina.

BIBLIOGRAFIA

- ARIAS, C. e F. CAMY. "Uruguai". *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 99A, Rotterdam, IFA, 2014, pp. 805-827.
- ARIAS ESTEBAN, I. G. "The So-called '6th Method', 19 de novembro de 2014, disponível em [<https://www.ciat.org/the-so-called-6th-method/?lang=en>], acesso em maio de 2019.
- ASOREY, R. O. e F. ASOREY. *Argentina. Transfer Pricing. Topical Analyses IBFD*, última atualização em 20 de fevereiro de 2019, seção 4.9.

- BAISTROCCHI, E. A. "Transfer Pricing in the Netherlands", *International Tax and Finance*, vol. 102b, Rotterdam, IFA, 2011.
- BEGHLOLDH, V. G. e J. L. COOPER. "Transfer Pricing in the Netherlands", *International Tax and Finance*, vol. 102b, Rotterdam, IFA, 2011.
- CALDAS DE SA, R. C. "Transfer Pricing in the Netherlands", *International Tax and Finance*, vol. 102b, Rotterdam, IFA, 2011.
- CASTRO, S. "Current Trends in Transfer Pricing in the Argentine Republic", *International Tax and Finance*, vol. 102b, Rotterdam, IFA, 2011, p. 49.
- CASTRO, S. "New Trends in Transfer Pricing in the Argentine Republic", *International Tax and Finance*, vol. 21, n.º 2, Rotterdam, IFA, 2007.
- COTTANI, G. "Transfer Pricing in the Netherlands", *International Tax and Finance*, vol. 102b, Rotterdam, IFA, 2011.
- COOPER, J. L. "Adoption of the Sixteenth Method in the Netherlands", *International Tax and Finance*, vol. 102b, Rotterdam, IFA, 2011.
- COTTANI, G. "Transfer Pricing in the Netherlands", *International Tax and Finance*, vol. 102b, Rotterdam, IFA, 2011.
- DE LA VEGA, RENGIERO, J. L. "Transfer Pricing in the Netherlands", *International Tax and Finance*, vol. 102b, Rotterdam, IFA, 2011.
- ERMOGLIO, E. e F. J. COOPER. "Transfer Pricing in the Netherlands", *International Tax and Finance*, vol. 102b, Rotterdam, IFA, 2011.
- FAJERSZTAJN, B. e J. L. COOPER. "Transfer Pricing in the Netherlands", *International Tax and Finance*, vol. 102b, Rotterdam, IFA, 2011.
- FRASCHINI, J. I. e J. L. COOPER. "Transfer Pricing in the Netherlands", *International Tax and Finance*, vol. 102b, Rotterdam, IFA, 2011.
- FREYTES, R. O. "Transfer Pricing in the Netherlands", *International Tax and Finance*, vol. 102b, Rotterdam, IFA, 2011, p. 6.

- BAISTROCCHI, E. A. "Argentina", *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 102b, Rotterdam, IFA, 2017, p. 102.
- BEGHLOLDH, V. G. e M. J. SANTOS. "Uruguay", *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 102b, Rotterdam, IFA, 2017, pp. 849-871.
- CALDAS DE SÁ, R. C. "Developments Regarding the Transfer Pricing Method for Exports of Commodities", *International Transfer Pricing Journal*, vol. 22, n.º 1, Journals IBFD, 2015, pp. 22-27.
- CASTRO, S. "Current State of Transfer Pricing Rules in Central America and Dominican Republic", *International Transfer Pricing Journal*, vol. 23, n.º 6, Journals IBFD, 2016, p. 499.
- CASTRO, S. "New Transfer Pricing Environment", *International Transfer Pricing Journal*, vol. 21, n.º 2, Journals IBFD, 2014, pp. 110-115.
- COTTANI, G. "Transfer Pricing. Topical Analyses IBFD", dezembro de 2014, tópico 11.6.7.
- COOPER, J. L. "Adoption of Substantial Amendments to Transfer Pricing Legislation", *International Transfer Pricing Journal*, vol. 22, n.º 3, Journals IBFD, 2015, pp. 209-212.
- COTTANI, G. "Transfer Pricing. Topical Analyses IBFD", dezembro de 2014, tópico 11.6.7.
- DE LA VEGA RENGIFO, B. "Peru", *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 102a, Rotterdam, IFA, 2017, pp. 607-622.
- ERMOGLIO, E. e F. PRADO. "Uruguay", *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 102a, Rotterdam, IFA, 2017, pp. 871-892.
- FAJERSZTAJN, B. e R. TOMAZELA SANTOS. "O controle de preços de transferência nas exportações de commodities e o método do preço sob cotação na exportação ('PE-COEX')", *Revista Fórum de Direito Tributário*, ano 14, n.º 84, Belo Horizonte, nov./dez. 2016, pp. 95-122.
- FRASCHINI, J. I. e E. SARTORI. "Uruguai", *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 95A, Rotterdam, IFA, 2010.
- FREYTES, R. O. "Argentina", *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 96a, Rotterdam, IFA, 2011, p. 64.

- GARCÍA RODRÍGUEZ, M. A. "Bolivia", *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 102b, Rotterdam, IFA, 2017, pp. 177-190.
- GOLDEMBERG, C. E. "Transfer Pricing in Argentina", *Bulletin for International Taxation*, vol. 59, n.º 8/9, Journals IBFD, ago./set. de 2005, p. 387.
- GOLDEMBERG, C. E. "Reglamentación de las reformas en el impuesto a las ganancias", *Doctrina Tributaria ERREPAR*, XXV, outubro de 2004, p. 957.
- GOLDEMBERG, C. E. "Precios de Transferencia. ¿Qué nos dejó el sexto método?", *Doctrina Tributaria ERREPAR*, XXXV, junho de 2014.
- GOMES, M. L. e D. OTTONI UÉBE MANSUR. "The Brazilian 'Sixth Method' and BEPS Action 10: Transfer Pricing Control on Commodity Transactions", *International Transfer Pricing Journal*, vol. 25, n.º 2, Journals IBFD, 2018, pp. 116-125.
- JAIN, A. K. "Prioritizing Transfer Pricing Methods: An Indian and Global Perspective", *International Transfer Pricing Journal*, vol. 22, n.º 3, Journals IBFD, 2015, p. 172.
- MARIZ DE OLIVEIRA, R. "Os Métodos PCI e Peçex: ¿mais um Caso de Confronto entre Lei e Instrução Normativa? O Conceito de *Commodities*. O Prêmio e suas Vicissitudes (Observações Iniciais)", en L. E. SCHOUERI (coord.). *Tributos e preços de transferência*, vol. 4, São Paulo, Dialética, 2013, pp. 328-347.
- MARTÍNEZ ARELLANO, M. J. "Guatemala. Transfer Pricing Changes under Recent Tax Reform", *International Transfer Pricing Journal*, vol. 21, n.º 5, Journals IBFD, 2014, pp. 377-380.
- MARTÍNEZ ARELLANO, M. J. "Transfer Pricing Changes under Recent Tax Reform", *International Transfer Pricing Journal*, vol. 21, n.º 5, Journals IBFD, 2014, pp. 379-380.
- MELONI, E. O. "Argentina. Corporate Taxation. Country Surveys IBFD", última atualização em 15 de janeiro de 2019, seção 7.2.
- MELONI, E. O. "Transfer Pricing Compliance Amended", *International Transfer Pricing Journal*, vol. 26, n.º 2, Journals IBFD, 2019, p. 119.
- MORÓN, J. e J. C. VIDAL. "Peru", *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 102b, Rotterdam, IFA, 2017, pp. 607-623.
- OCDE. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, París, OECD Publishing, 1995.

- OCDE. "BEPS Action Border Comm Project, OECD [https://www.modity-transac
- OCDE. "Transfer P blishing, París pricing/transf em maio de 20
- OCDE. "Aligning T 2015. Final Re Publishing, Pa 978926424124
- ONU. "Practical M que, 2017, p. 2 wp-content/u
- ONU. *Practical Ma*
- SCHOUERI, L. E. "I ternational Tax
- SCHOUERI, L. E. L. E. SCHOUER FILHO (orgs.). *Rothmann, Sa*
- SCHOUERI, L. E. e Interriacional *Manual de Pr Latin*, 2018, p
- SCHOUERI, L. E. vol. 102b, Ro
- VELAYOS, F. e A. F from Latin A
- YEMMA, J. C. "A IFA, 2007, pp

- OCDE. "BEPS Action 10: Discussion Draft on the Transfer Pricing Aspects of Cross-Border Commodity Transactions", OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 16 de dezembro de 2014, p. 3, disponível em [<https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/discussion-draft-action-10-commodity-transactions.pdf>], acesso em maio de 2019.
- OCDE. "Transfer Pricing Comparability Data and Developing Countries", OECD Publishing, Paris, 2014, p. 7, disponível em [<https://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/transfer-pricing-comparability-data-developing-countries.pdf>], acesso em maio de 2019.
- OCDE. "Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation" Actions 8-10-2015. Final Reports. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project", OECD Publishing, Paris, 2015, pp. 51-54, disponível em [<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241244-en>], acesso em maio de 2019.
- ONU. "Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries", Nova Iorque, 2017, p. 214, parág. B.3.4.1.2, disponível em [<http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2017/04/Manual-TP-2017.pdf>], acesso em maio de 2019.
- ONU. *Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries*, Nova Iorque, 2017.
- SCHOUERI, L. E. "Arm's Length: Beyond the Guidelines of the OECD", *Bulletin for International Taxation*, vol. 69, n.º 12, Journals IBFD, dezembro de 2015, pp. 690-726.
- SCHOUERI, L. E. "O *Arm's Length* como Princípio ou como *Standard* Jurídico", em L. E. SCHOUERI, J. F. BIANCO, L. F. de MORAES CASTRO e P. C. TEIXEIRA DUARTE FILHÓ (orgs.). *Estudos de Direito Tributário em Homenagem ao Professor Gerd Willi Rothmann*, São Paulo, Quartier Latin, 2016, pp. 203-230.
- SCHOUERI, L. E. e G. GALDINO. "PCI e PECEX: o Sexto Método Brasileiro à luz da Prática Internacional". em L. FREITAS DE MORAES CASTRO e F. LISBOA MOREIRA (coords.). *Manual de Preço de Transferência BEPS, Brasil & OCDE*, vol. 1, São Paulo, Quartier Latin, 2018, pp. 43-72.
- SCHOUERI, L. E. e R. A. GALENDI JR. "Brazil", *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 102b, Rotterdam, IFA, 2017, pp. 191-215.
- VELAYOS, F. e A. BARREIX. "Towards a New Form of International Taxation: The View from Latin America and the Caribbean", *Intertax*, vol. 41 n.º 3, 2013, pp. 128-139.
- YEMMA, J. C. "Argentina", *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 92a, Rotterdam, IFA, 2007, pp. 42-43.