

*"A QUARTIER LATIN teve o mérito de dar início a uma nova fase, na apresentação gráfica dos livros jurídicos, quebrando a frieza das capas neutras e trocando-as por edições artísticas. Seu pioneirismo impactou de tal forma o setor, que inúmeras Editoras seguiram seu modelo."*

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

*"Entre os vários méritos da EDITORA QUARTIER LATIN, sobreleva, para mim, o de que suas escolhas editoriais levam em conta muito mais a contribuição científica para o Direito do que, propriamente, o lucro empresarial, quase transformado em uma espécie de mantra da sociedade contemporânea. Se a publicação de manuais, cursos e quejandos cumpre função corriqueira do aprendizado jurídico, não devemos nos olvidar de que são as monografias acadêmicas – conquanto na contramão dos resultados puramente mercadológicos – que impedem a petrificação do pensamento jurídico, impulsionando-o à criação de uma sociedade mais igualitária e sólida e menos argentária e líquida, como tem se revelado, infelizmente, a nossa."*

NEWTON DE LUCCA

LEONARDO FREITAS DE MORAES E CASTRO  
FRANCISCO LISBOA MOREIRA

Coordenação

# MANUAL DE PREÇO DE TRANSFERÊNCIA BEPS, BRASIL & OCDE

VOLUME I

PREFÁCIO POR ANTONIO CARLOS RODRIGUES DO AMARAL

EDITORA QUARTIER LATIN DO BRASIL

EMPRESA BRASILEIRA, FUNDADA EM 20 DE NOVEMBRO DE 2001

Rua Santo Amaro, 316 – CEP 01315-000

Vendas: Fone (11) 3101-5780

Email: [quartierlatin@quartierlatin.art.br](mailto:quartierlatin@quartierlatin.art.br)

Site: [www.quartierlatin.art.br](http://www.quartierlatin.art.br)

Editora Quartier Latin do Brasil  
São Paulo, verão de 2018  
[quartierlatin@quartierlatin.art.br](mailto:quartierlatin@quartierlatin.art.br)  
[www.quartierlatin.art.br](http://www.quartierlatin.art.br)

## I. PCI E PECEX: O SEXTO MÉTODO BRASILEIRO À LUZ DA PRÁTICA INTERNACIONAL

*Luís Eduardo Schoueri  
Guilherme Galdino*

### INTRODUÇÃO

Embora se procure estabelecer um consenso acerca da metodologia dos preços de transferência, países em desenvolvimento frequentemente o desafiam ao buscarem alternativas para tornar suas legislações eficazes. Longe de refletir dissenso quanto a busca do parâmetro *arm's length*, o que se constata é que às dificuldades também enfrentadas por países desenvolvidos resultantes da necessidade de obtenção de comparáveis, somam-se problemas que se acentuam diante da realidade dos países em desenvolvimento. Dentre outros, tais desafios se relacionam ao fato de que os bancos de dados concernentes a produtos comparáveis dificilmente contemplam transações envolvendo estes países. Não é preciso muito esforço para compreender que diante do incremento de riscos ou nas próprias condições de entrega de bens, produtos e serviços, surge enorme variação nos preços, tornando pouco úteis os preços coletados exclusivamente entre compradores e vendedores pertencentes a economias mais desenvolvidas. Adiciona-se ainda a questão da disponibilidade e qualificação de servidores<sup>1</sup>, e logo se concluirá pela necessidade de os países em desenvolvimento precisarem buscar outros caminhos para garantir a tributação de riquezas geradas em seu território.

Tanto é assim que, em face dos "*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*" ("*Guidelines*")<sup>2</sup> da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico ("OCDE"), os países em desenvolvimento pressionaram a Organização das Nações Unidas ("ONU") para a elaboração de um relatório que indicasse alternativas para que o parâmetro *arm's length*<sup>3</sup> pudesse ser observado por suas leis internas de maneira efetiva,

<sup>1</sup> Cf. ONU. *Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries*, Nova Iorque, 2017, p. 214, para. B.3.4.1.2. Disponível em: <<http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2017/04/Manual-TP-2017.pdf>>. Acesso em abril de 2017.

<sup>2</sup> OCDE. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. OECD Publishing, Paris, 1995.

<sup>3</sup> Para a discussão acerca da natureza como *standard* ou princípio do *arm's length*, cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. "O *Arm's Length* como Princípio ou como *Standard* Jurídico". In: SCHOUERI, Luís

inobstante os correntes problemas. Diante dessa requisição, a ONU editou documento denominado de *Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries* (doravante “Manual Prático da ONU”)<sup>4</sup>, 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.

No caso do Brasil, ao se editar a Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996 (“Lei n. 9.430/96”), primeira lei de preços de transferência deste país, já houve a instituição de um caminho alternativo, qual seja, a introdução das margens predeterminadas. Afastando, por ora, as críticas a ela, fato é que se verificou, nessa abordagem, a adoção do parâmetro *arm's length*, mas com concessões à praticabilidade e à segurança jurídica. Essa metodologia, no entanto, com o passar do tempo, demonstrou-se limitada para transações envolvendo *commodities*. Em resumo, como a legislação brasileira contemplava a liberdade de escolha de métodos e, ao mesmo tempo, se previam 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 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.

Assim, ao observar a introdução de um novo método (“Sexto Método”) em outros países, sobretudo, latino-americanos, viu o legislador brasileiro abordagem capaz de assegurar a eficácia da aplicação dos preços de transferência sem perder de vista a praticabilidade e a segurança jurídica. Editou-se, então, a Lei n. 12.715, de 12 de setembro de 2012 (“Lei n. 12.715/12”) que procurou instituir “método único de cálculo de preço parâmetro” tanto para a importação quanto para a exportação de *commodities* sujeitas à “cotação internacional em bolsa de mercadorias ou congêneres”<sup>5</sup>.

Dessa forma, como a criação do Sexto Método brasileiro está inserida em um contexto particular, verificado, principalmente, em nossos vizinhos, con-

vém analisá-lo sob a óptica do direito comparado. 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. Importa, assim, examinar a variante brasileira em relação aos demais para compreender sua edição à luz do contexto internacional no qual se insere. Todavia, isso não implica importar o tratamento dado nos sistemas jurídicos de tais países, uma vez que isso pode acarretar imprecisões por não corresponder à realidade da legislação examinada. Por isso, não se pode perder de vista seu exame sob a perspectiva do seu contexto no âmbito interno, em especial, no que toca às especificidades aqui verificadas (margens predeterminadas).

Tendo isso em vista, o presente artigo está dividido em três tópicos. O primeiro tem como escopo abordar o contexto interno da legislação de preços de transferência brasileira. Para tanto, serão feitas não só breves considerações gerais acerca do parâmetro *arm's length* e dos métodos, como também serão extraídas algumas lições das margens predeterminadas. Já o segundo tópico objetiva abordar desde a origem do Sexto Método, sua difusão e seus elementos comuns até as ponderações feitas pela OCDE e pela ONU. Assim, no terceiro tópico será possível analisar o Sexto Método brasileiro à luz da prática internacional, situando-o também sob perspectiva interna dos preços de transferência.

## 1. PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA E O PARÂMETRO ARM'S LENGTH: LIÇÕES DAS MARGENS PREDETERMINADAS

### 1.1. MARGENS PREDETERMINADAS COMO PRESUNÇÃO RELATIVA DE PREÇOS DE MERCADO

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 mercado<sup>6</sup>. Seguindo esta lógica, para fins de aplicação dos preços de transferência, ajustam-se os valores relativos a bens, direitos e serviços importados de pessoa vinculada que vierem a afetar o resultado da empresa, constituindo um custo ou despesa desta e, conseqüentemente, alterando o seu resultado tributável. De

Eduardo; BIANCO, João Francisco; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes; e DUARTE FILHO, Paulo César Teixeira (orgs.). *Estudos de Direito Tributário em Homenagem ao Professor Gerd Willi Rothmann*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, pp. 203-230.

4 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.

5 BRASIL, Exposição de Motivos da Medida Provisória n. 563, de 3 de abril de 2012, par. 62, “d”. A conversão dessa medida provisória resultou na Lei n. 12.715/12.

6 Para um estudo mais aprofundado sobre o tema, cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Arm's Length: Beyond the Guidelines of the OECD*. *Bulletin for International Taxation*, v. 69, n. 12, Journals IBFD, dezembro de 2015, pp. 690-726.

igual modo, ajustam-se os valores lançados a título de receita de exportação de bens, direitos e serviços, de modo a corresponderem aos preços de mercado.

Este 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. O parâmetro *arm's length* não deve ser visto como algo determinado, fixo; ao contrário, 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: o que se tem é, antes, uma indicação, um estado ideal de coisas, a ser concretizado à luz de outros parâmetros igualmente relevantes em cada ordenamento. No caso brasileiro, a praticabilidade e a segurança jurídica parecem ter sido consideradas na construção das regras inseridas na Lei n. 9.430/96, desde sua primeira versão e até as mais recentes alterações. Como se concluirá no tópico 3, o Sexto Método brasileiro não foge a tal racionalidade.

É justamente o compromisso com a praticabilidade que explica a opção brasileira na adoção de margens predeterminadas. Com efeito, é comum às várias legislações de preços de transferência a adoção de ficção por meio da qual se substituem os preços praticados entre partes relacionadas por outros preços que reflitam práticas de mercado. Esta, aliás, a essência do parâmetro *arm's length*.

Também é corriqueiro que os diversos legisladores se valham da técnica da presunção jurídica para determinar os preços entre terceiros independentes. No mais das vezes, não se encontram transações em idênticas condições às controladas, sendo necessário o recurso a métodos, como o *compared uncontrolled prices* ou o *cost plus*, de modo a se construir um preço que, para efeitos legais, se considera *arm's length*, hábil a atender a exigência da ficção jurídica.

A inovação brasileira, surgida já em 1996, é que o legislador não se limitou a prever métodos para a determinação dos preços *arm's length*, mas deu um passo adiante na técnica de presunção. Ou seja, se para outros ordenamentos, a presunção jurídica é, por exemplo, de que são *arm's length* os preços obtidos pelo custo acrescido de uma margem de lucro adequado, no Brasil se afirma que na exportação, são de mercado os preços apurados a partir do lucro, acrescido da margem predeterminada de 20%. Veja-se que num e noutro caso, não se afasta do território da presunção. A inovação brasileira esteve, apenas, no fato de a presunção dar um passo adiante, já que se presumem como de mercado as margens predeterminadas.

Conquanto a opção do legislador brasileiro tenha provocado muita estranheza, especialmente porque, num primeiro momento, as margens presumidas fugiam de qualquer razoabilidade, não se pode negar ter ela o mérito de atender a exigência da praticabilidade e, muito especialmente, da segurança jurídica. Afinal, especialmente em um cenário internacional em que avançam as transações de intangíveis, a construção de preços parâmetros parece muito difícil.

Com efeito, a abordagem brasileira é mais simples que aquela apreendida pelos *Guidelines* da OCDE. As margens predeterminadas garantem maior eficiência administrativa, vez que a análise funcional é muito complexa, dificultando-se a fiscalização. A aplicação de margens predeterminadas certamente determina menor interferência humana, o que desonera a administração pública.

Por mais que haja quem<sup>7</sup> se oponha ao parâmetro *arm's length* e sugira soluções alternativas, como o *formulary apportionment*, fato é que essas soluções se afastam por completo da finalidade da legislação de preços de transferência (norma específica antiabuso). Se, de um lado, tais soluções constituem mera fórmula para alocação de recursos tributários, sendo incapazes de resolver o problema a que se propõem, de outro, a adoção do parâmetro *arm's length* precisa ser compreendida à luz da realidade de cada país.

A realidade brasileira, compartilhada por outros países, sobretudo, nos vizinhos, convive com extrema escassez de recursos, a qual impacta, dentre outros aspectos, a quantidade de integrantes da administração tributária encarregados da legislação de preços de transferência. Aliás, em vários países em desenvolvimento, sequer os funcionários dominam a língua inglesa. Consequentemente, qualquer análise funcional se torna inviável, dada a carência de ferramentas mínimas para a compreensão da estrutura jurídica das transações. Mesmo no caso brasileiro, onde não se noticia o entrave do idioma, é perceptível o número reduzido de auditores tributários dedicados à fiscalização de preços de transferência, em face do enorme contingente de empresas sujeitas a controle de preços de transferência.

Diante de tal realidade, aos legisladores convém: (i) permanecerem firmes no seguimento das recomendações presentes nas *Guidelines* da OCDE, inclusive sujeitando-se à complexa análise funcional acima narrada; ou (ii) encontrarem alternativas, movidos pelas necessidades que a realidade de escassez

7 Cf., e.g., AVI-YONAH, Reuven. The Rise and Fall of *Arm's Length*: a study in the Evolution of U.S. International Taxation. *Virginia Tax Review*, n. 15, 1995, pp. 89 e ss.; e BRAUNER, Yariv. Value in the Eye of the Beholder: the valuation of intangibles for transfer pricing purposes. *Virginia Tax Review*, n. 28, 2008, pp. 79 e ss.

de recursos humanos exige. Inobstante a primeira alternativa possa ser idealmente meritória, enfrenta a crítica da realidade: adota-se lei inaplicável, um “faz-de-conta”, uma vez que a realidade logo revelará que a administração tributária não conseguirá assegurar a efetividade da lei. Em pouco tempo, o resultado será o desprezo da legislação. Já a segunda alternativa assegura que o contribuinte saiba que de fato será fiscalizado. Ademais, em virtude da praticidade, garante maior segurança jurídica. À vista de tal cenário, entende-se adequada a iniciativa pioneira brasileira, por tornar viável a aplicação da lei de preços de transferência. Ressalta-se, contudo, que isso não significa aplaudir a legislação tal como hoje se apresenta. Alguns ajustes se fazem imprescindíveis. O que parece adequado, noutras palavras, é o caminho adotado, não o resultado hoje alcançado.

O desconhecimento das margens predeterminadas pelas *Guidelines* da OCDE não implica dizer que sua adoção acarrete repulsa internacional. Ainda que de forma tímida, a própria OCDE, em seu Plano de Ações referente ao BEPS, já admite que alguns serviços intragrupo sejam valorados por margens predeterminadas<sup>8</sup>.

Por sua vez, ao averiguar o Manual Prático da ONU, nota-se expressivo sinal de que o caminho brasileiro possa ser uma alternativa até mesmo recomendável aos países em desenvolvimento. O referido Manual é mais categórico: há menção expressa acerca da possibilidade de estabelecimento de margens de lucros distintas, considerando-se o setor econômico, a linha de negócios, ou mesmo margens mais específicas, levando-se em conta os serviços prestados e as mercadorias comercializadas, para se calcular o preço parâmetro<sup>9</sup>. A determinação das margens de lucros seria baseada em pesquisas de mercado, a serem realizadas pela administração tributária ou adquirida de terceiros, sendo relevante garantir-se que a pesquisa tenha sido debatida previamente com grupos econômicos aos quais é aplicada.

À medida que a legislação traz mais margens numerosas e específicas, as chances de elas corresponderem efetivamente ao que ocorre no caso concreto aumentam. Para alguns casos, contudo, o capítulo brasileiro no Manual Prático da ONU afirma que pode não ser necessária – a depender da diversidade de bens e serviços importados e exportados pelo país – a existência de

8 Cf. 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. 153-160. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241244-en>>. Acesso em março de 2017.

9 ONU. *Op. cit.*, pp. 543-544, para. D.1.9.1.

muitas margens<sup>10</sup>. Ao fim e ao cabo, é uma decisão de política tributária definir a quantidade de margens, a qual deve variar em conformidade com as características da economia do país.

Tendo isso em vista, uma possibilidade é o emprego de margens fixas por setor econômico, por exemplo, distinguindo-se a extração de produtos primários, da manufatura e da prestação de serviços. De maneira mais detalhada, pode-se, ainda, fazer referências às atividades relevantes de uma empresa multinacional. De acordo com o Manual Prático da ONU, pode-se estabelecer margens para o setor químico como um todo, ou então para cada tipo de produtos da indústria química (agroquímicos, petroquímicos, explosivos, cosméticos, etc.)<sup>11</sup>.

Ademais, para alguns casos, sugere-se a adoção de um “*range of profit margins*”. Ou seja, estabelece-se um mínimo e um máximo para a margem de lucro aceita pela administração tributária. Esse *range* representaria “*an acceptable margin of divergence*”<sup>12</sup>. Dessa forma, caso se constate, na pesquisa de mercado realizada, que algumas empresas têm margem de 25%, enquanto outras praticam margem de lucro de 38%, seria recomendável a utilização de um *range* em vez de uma margem fixa. No entanto, na hipótese em que o *range* se torne muito amplo, pode ser o caso de se empregar maiores especificações acerca de produtos ou atividades, aumentando-se o número de margens possíveis<sup>13</sup>.

Assim, o Manual Prático da ONU aponta as vantagens da abordagem de margens predeterminadas, que podem: (i) evitar a necessidade de se encontrarem comparáveis específicas; (ii) ser aplicadas tanto pelos contribuintes quanto pela administração tributária sem que se exija conhecimento técnico em questões específicas de preços de transferência, que é um recurso humano escasso tanto para administrações tributárias quanto para empresas em países em desenvolvimento; (iii) garantir segurança jurídica aos contribuintes, uma vez que se trata de uma alternativa objetiva, aplicável *ex ante*, que não depende de análises subjetivas futuras; (iv) reduzir custos tanto para administrações tributárias quanto para contribuintes, já que se reduz a necessidade de se determinar margens empiricamente, mediante análise funcional; e (v) promover a competição entre empresas em um mesmo Estado, submetendo-as à mesma tributação<sup>14</sup>.

10 ONU. *Op. cit.*, pp. 543-544, para. D.1.9.1.

11 ONU. *Op. cit.*, p. 544, para. D.1.9.3.

12 ONU. *Op. cit.*, pp. 544-545, para. D.1.9.5.

13 ONU. *Op. cit.*, p. 545, para. D.1.9.7.

14 ONU. *Op. cit.*, pp. 539-540, para. D.1.7.1.

Todavia, ressalta-se que a adoção das margens fixas pode ser incompatível com o parâmetro *arm's length* caso não se garanta ao contribuinte o direito de demonstrar que seu caso é distinto daquele presumido pela administração tributária. Conquanto sejam relevantes para considerações de política tributária, os "Comments for Countries Considering the Adoption of Fixed Margins", incluídos no Manual Prático da ONU, ignoram a necessidade de se preservar tal direito ao contribuinte. Nesse sentido, o capítulo brasileiro tão somente expressa a posição do Fisco a respeito da interpretação da legislação brasileira: como consequência, uma "fraqueza" do método seria o "inevitável" resultado de que algumas empresas brasileiras seriam tributadas segundo margens de lucro incompatíveis com a sua lucratividade, dado que as margens predeterminadas se aplicariam independentemente da estrutura de custos do contribuinte<sup>15</sup>.

O contribuinte, entretanto, deve ter o direito de trazer argumentos no sentido de que sua margem é distinta daquela predeterminada pela legislação tributária. De maneira mais clara, a única interpretação razoável das margens predeterminadas seria no sentido de que as margens estabelecidas pela legislação podem ser refutadas pelo contribuinte. Entender de modo diverso viola tanto direitos do contribuinte quanto acordos de dupla tributação celebrados pelo Brasil. A administração tributária, entretanto, ainda não compartilha deste entendimento. Pelo contrário, já se pronunciou no sentido de que a legislação brasileira, do modo como presentemente aplicada, seria compatível com o direito doméstico, bem como com tratados internacionais celebrados pelo Brasil<sup>16</sup>.

De qualquer modo, independente de críticas (adequadas) às margens predeterminadas adotadas pelo legislador brasileiro, tem-se que elas nada mais são do que uma alternativa encontrada para aliar, de um lado, a eficácia das regras de preços de transferência e, de outro, as necessidades que a realidade de escassez de recursos humanos impõe. Assim, ao estabelecer de antemão qual deve ser a margem de lucro para determinado setor, o legislador estende a presunção geralmente aceita de que o preço *arm's length* pode ser construído mediante a aplicação dos métodos dispostos pela lei. Em vez de complexa análise funcional, margens de lucros são estabelecidas consoantes pesquisas de mercado. Além de se assegurar, em razão da praticidade, a viabilidade da aplicação da lei de preços de transferência brasileira, garante-se maior segurança jurídica aos contribuintes.

15 ONU. *Op. cit.*, p. 540, para. D.1.7.2.

16 Cf. BRASIL, Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, Acórdão n. 108-09.763, julgado em 13 de novembro de 2008; e BRASIL, Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, Acórdão n. 1401-000.801, julgado em 12 de junho de 2012.

## 1.2. MARGENS PREDETERMINADAS E AS COMMODITIES: DIFICULDADES DA IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE FUNCIONAL

Ao adotar margens predeterminadas, o legislador brasileiro afastou-se de toda a discussão acerca da análise funcional: enquanto os métodos tradicionais utilizam da análise de riscos, funções e ativos, a sistemática brasileira utiliza-se das margens predeterminadas.

Em outras palavras, se a abordagem geralmente aceita seria no sentido de que, por exemplo, o preço *arm's length* de uma determinada transação poderia ser obtido mediante o preço de revenda reduzido de uma margem, apurada mediante análise funcional, o legislador brasileiro presume também a margem, considerando que uma transação que a aplica estaria de acordo com o parâmetro *arm's length*. Em ambos os casos, tem-se a presunção de que o preço resultante será um preço *at arm's length*.

A solução assim adotada gera uma estranheza: é evidente que terceiros independentes não adotariam a mesma margem de lucro, quaisquer que fossem suas funções no negócio. Por exemplo, é claro que, se o vendedor assume os riscos de garantia do produto, ele refletirá em sua margem cobertura suficiente para arcar com tais custos. Se a garantia é elemento a ser assumido pelo comprador, então será este que exigirá preço compatível com seu risco. Nesse sentido, vale a hipótese do fabricante de iogurte, que vende o produto ao supermercado: considerando tratar-se de produto perecível, surge o risco de estoque. Se o fornecedor se compromete a readquirir o produto vencido, claro que ele cobrará preço maior; se o risco de estoque for do comprador, então este é que buscará preço adequado.

Pois bem: as margens predeterminadas não abrem espaço para tal discussão. Qualquer que seja o risco do comprador, ou do vendedor, as margens predeterminadas são as mesmas.

Ocorre que ao adotar margens predeterminadas, acaba o legislador por abrir grande espaço de manobra para os contribuintes. Planejamento tributário óbvio, o contribuinte que conhece de antemão a margem que lhe será exigida procurará atribuir, segundo sua conveniência, funções ao comprador ou vendedor, de modo que o preço de transferência – idêntico qualquer que seja a combinação de funções entre comprador e vendedor – seja o mais conveniente do ponto de vista tributário. Tendo isso em vista, poderia a Administração Tributária brasileira, diante de situação em que o contribuinte alocasse todos os riscos de uma transação ao exportador brasileiro, exigir que ele adotasse margem diversa daquela prevista em lei? Não! Ao adotar as margens predeterminadas, afastou o legislador brasileiro a discussão funcional. A não ser que se

questione a própria constitucionalidade da Lei n. 9.430/96, as margens predefinidas são parte do ordenamento brasileiro e devem ser observadas pela Administração. Se o contribuinte observa aquelas margens, não há como impor-lhe outras margens de lucro de modo a refletirem seus riscos “verdadeiros”. Os riscos, por decisão do legislador, tornam-se tributariamente irrelevantes.

Some-se à rigidez dos métodos, a regra da fungibilidade dos métodos<sup>17</sup>, a assegurar ao contribuinte o ajuste pelo método que lhe for mais favorável, então se tem, como resultado, que o planejamento assim efetuado se torna inoponível, já que baseado em texto de lei.

Se de um modo geral já é preocupante para a Administração Tributária a perspectiva de os contribuintes manipularem riscos e funções de modo a que as margens predeterminadas lhes sejam convenientes, a situação passa a tornar-se inaceitável quando os preços de mercado são de fácil obtenção. É natural, em tal cenário, que se passe a questionar a liberdade de escolha de método, quando parece evidente que a existência de preços de mercado de fácil apuração torna injustificado qualquer recurso a um preço construído. Em síntese, havendo preços de mercadorias idênticas, obtidos em mercado de livre concorrência, nada parecia justificar à Administração Tributária se valha o contribuinte dos métodos de custo mais lucro, ou preço menos lucro. Enxergava a Administração, pois, na legislação anterior à Lei n. 12.715/12, uma incompatibilidade com a realidade de mercado: contribuintes adotavam o método do custo mais lucro de 20%, atendendo, assim, à legislação de preços de transferência, o que lhes facultava exportar *commodities* por preço muito inferior a sua cotação internacional.

Ora, sendo as *commodities* item relevantíssimo da pauta comercial dos países em desenvolvimento, não surpreende que eles se preocupassem em assegurar um meio eficaz para a apuração dos preços de transferência, fugindo da insegurança que os métodos baseados em lucros e funções oferecem. Desenvolveu-se, assim, o chamado “Sexto-Método” como alternativa vocacionada a conferir simplicidade e segurança jurídica às negociações de *commodities*. É o que se verá.

## 2. O SEXTO MÉTODO NO DIREITO COMPARADO

O alardeado consenso internacional em torno da metodologia dos preços de transferência foi mais uma vez desafiado pela realidade dos países em desenvolvimento quando estes viram preciosos recursos tributários esvaírem-se por meio

17 Sobre a inexistência de previsão de qualquer ordem de prioridade dos métodos, cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro*. 3ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Dialética, 2013, pp. 109 e ss.

da negociação de seus principais recursos – *commodities* – sem que encontrassem meio eficaz para assegurar a tributação de lucros que, afinal, tinham origem (fonte) em seu território. Legislações extremamente complexas, como visto, exigem vultosos recursos para a fiscalização e oferecem centenas de oportunidades para estruturação de negócios que permitiam a manipulação dos preços de transferência. Por se tratar de preços que, afinal, eram 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 na introdução do Sexto Método foi a legislação da Argentina, já em 2003, seguida de diversos outros países (em especial, latino-americanos).

Embora nem todos os métodos estabelecidos por esses países sejam iguais, eles guardam elementos comuns que permeiam esse “novo método”. É curioso notar que nem todos os métodos adotados mundo a fora devem ser enquadrados dentro da denominação Sexto Método, conquanto tenham recebido tal alcunha. Na Índia, por exemplo, assim se designa o método introduzido em 2012, apesar de este não guardar semelhança com aqueles desenvolvidos alhures.

Dada a relevância internacional que o Sexto Método adquiriu, a OCDE não só publicou relatórios a fim de discutir suas (des)vantagens, como também o incorporou, com algumas modificações, em seus *Guidelines*. Da mesma forma, a ONU introduziu seção específica (“*The ‘Sixth Method or ‘Commodity Rule’*”) para tratar do referido método em sua nova edição do Manual Prático<sup>18</sup>. É esse histórico que será exposto nos subtópicos abaixo, com o objetivo de identificar os elementos comuns que permeiam esse método, comparando-os com as posições da OCDE e da ONU.

### 2.1. DAS ORIGENS DO SEXTO MÉTODO A SUA DIFUSÃO

#### 2.1.1. 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 alinhar<sup>19</sup> aos *Guidelines* da OCDE, adotando

18 ONU. *Op. cit.*, pp. 213-227, B.3.4.

19 Cf. GOLDEMBERG, Cecília E. *Transfer Pricing in Argentina*. *Bulletin for International Taxation*, v. 59, n. 8/9, Journals IBFD, ago./set. de 2005, p. 387; e FREYTES, Roberto Oscar. *Argentina*. *Cahiers de Droit Fiscal International*, v. 96a, Rotterdam: IFA, 2011, p. 64.

do-se os métodos tradicionais de preços de transferência ali previstos. No ano de 2003, publicou-se a Lei n. 25.784 que alterou a *Ley de Impuesto a las Ganancias*, acrescentando-se um sexto método<sup>20</sup>, 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. Primeiramente, como é inerente à legislação de preços de transferência, as exportações, para se submeterem às regras de preços de transferência, devem ocorrer entre partes relacionadas. 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". Finalmente, o método somente é aplicável a casos em que haja a intervenção de um intermediário internacional que não seja o destinatário efetivo da mercadoria<sup>21</sup>. O Sexto Método foi concebido, portanto, 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, pois, ser utilizado o Sexto Método a fim de determinar "*la renta de fuente argentina de la exportación*"<sup>22</sup>. 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<sup>23</sup>.

Embora esse método seja apresentado pela Lei n. 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<sup>24</sup>.

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 exportações de mercadorias nas hipóteses em que a natureza e as características de tais operações assim justifiquem<sup>25</sup>.

Essas particularidades do Sexto Método demonstram que o intuito é justamente evitar o uso de intermediários (*traders*) em tais tipos de exportações. Mesmo porque, segundo CECILIA GOLDEMBERG, a alteração da *Ley de Impuesto a las Ganancias* pela Lei n. 25.784 foi projetada para alcançar as 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<sup>26</sup>. Logo, não causa surpresa a afirmação de GOLDEMBERG, segundo quem o Sexto Método não estaria em conformidade com os métodos tradicionais estabelecidos pela OCDE<sup>27</sup>. Conforme explicita a autora, 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 há uma ausência de conexão com transações comparáveis<sup>28</sup>. Ou seja: se a legislação de preços de transferência tem o caráter de norma antiabuso, então o Sexto Método é uma norma antiabuso de outra norma antiabuso: impede que os contribuintes abusem dos métodos tradicionais previstos naquela legislação. No entendimento de GOLDEMBERG, a adoção do sexto método consistiria em uma exceção ao parâmetro *arm's length*, o qual levaria em conta tão somente o preço de mercado na alocação do lucro tributável para cada parte relacionada<sup>29</sup>.

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

21 Cf. GOLDEMBERG, Cecilia E. Transfer Pricing in Argentina. *Bulletin for International Taxation*, v. 59, n. 8/9, Journals IBFD, ago./set. de 2005, p. 390; e YEMMA, Juan Carlos. Argentina. *Cahiers de Droit Fiscal International*, v. 92a, Rotterdam: IFA, 2007, pp. 42-43.

22 ARGENTINA, Ley n. 25.784, de 22 de outubro de 2003, art. 2.

23 ARGENTINA, Ley n. 25.784, de 22 de outubro de 2003, art. 2.

24 ARGENTINA, Ley n. 25.784, de 22 de outubro de 2003, art. 2.

25 ARGENTINA, Ley n. 25.784, de 22 de outubro de 2003, art. 2.

26 Cf. GOLDEMBERG, Cecilia E. Transfer Pricing in Argentina. *Bulletin for International Taxation*, v. 59, n. 8/9, Journals IBFD, ago./set. de 2005, p. 390.

27 Cf. C. GOLDEMBERG, Cecilia E. Transfer Pricing in Argentina. *Bulletin for International Taxation*, v. 59, n. 8/9, Journals IBFD, ago./set. de 2005, p. 389.

28 Cf. GOLDEMBERG, Cecilia E. Transfer Pricing in Argentina. *Bulletin for International Taxation*, v. 59, n. 8/9, Journals IBFD, ago./set. de 2005, p. 389.

29 Cf. GOLDEMBERG, Cecilia E. Transfer Pricing in Argentina. *Bulletin for International Taxation*, v. 59, n. 8/9, Journals IBFD, ago./set. de 2005, p. 391.



Afinal, o Sexto Método 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*. Em outras palavras, na aplicação do Sexto Método para exportações de *commodities*, não são levadas em conta as condições mediante as quais tais transações seriam realizadas entre partes independentes<sup>30</sup>. O Sexto Método, consoante concebido na legislação argentina<sup>31</sup>, prescinde de exame de comparabilidade<sup>32</sup>.

### 2.1.2. A DIFUSÃO DO SEXTO MÉTODO

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 países, dentre eles, Uruguai<sup>33</sup>, Bolívia<sup>34</sup>, Equador<sup>35</sup>, México<sup>36</sup>, Peru<sup>37</sup>, Guatemala<sup>38</sup>, Honduras<sup>39</sup>, República Dominicana<sup>40</sup>, Costa Rica<sup>41</sup> e Ucrânia<sup>42</sup>. Apesar de comumente denominarem-se de “*sixth method*”,

- 30 Cf. GOLDEMBERG, Cecilia E. Transfer Pricing in Argentina. *Bulletin for International Taxation*, v. 59, n. 8/9, Journals IBFD, ago./set. de 2005, p. 391. Em sentido semelhante, cf. YEMMA, Juan Carlos. Argentina. *Cahiers de Droit Fiscal International*, v. 92a, Rotterdam: IFA, 2007, p. 44.
- 31 Sobre as inconsistências do Sexto Método argentino com relação a outros dispositivos internos, cf. C. GOLDEMBERG, Cecilia E. Precios de Transferencia. ¿Que nos deje el sexto metodo? *Doctrina Tributaria ERREPAR*, XXXV, junho de 2014.
- 32 Nesse sentido Goldemberg faz um comparativo do Sexto Método com os outros métodos dos *Guidelines* da OCDE. Cf. GOLDEMBERG, Cecilia E. Precios de Transferencia. ¿Que nos deje el sexto metodo? *Doctrina Tributaria ERREPAR*, XXXV, junho de 2014.
- 33 Cf. COTTANI, Giammarco. Transfer Pricing. Topical Analyses IBFD, dezembro de 2014, tópico 11.6.7.; FRASCHINI, Juan Ignacio; e SARTORI, Eliana. Uruguai. *Cahiers de Droit Fiscal International*, v. 95A, Rotterdam: IFA, 2010, pp. 847-863; e ARIAS, Cecilia; e CAMY, Federico. Uruguai. *Cahiers de Droit Fiscal International*, v. 99A, Rotterdam: IFA, 2014, pp. 805-827.
- 34 Cf. ONU. *Op. cit.*, p. 215, para. B.3.4.2.1.1.
- 35 Cf. COTTANI, Giammarco. Transfer Pricing. Topical Analyses IBFD, dezembro de 2014, tópico 11.6.7.
- 36 Cf. J YEMMA, Juan Carlos. Argentina. *Cahiers de Droit Fiscal International*, v. 92a, Rotterdam: IFA, 2007, p. 44.
- 37 Cf. CASTRO, Sophia. New Transfer Pricing Environment. *International Transfer Pricing Journal*, v. 21, n. 2, Journals IBFD, 2014, pp. 110-115.
- 38 Cf. ARELLANO, Michelle Janette Martínez. Transfer Pricing Changes under Recent Tax Reform. *International Transfer Pricing Journal*, v. 21, n. 5, Journals IBFD, 2014, pp. 377-380.
- 39 Cf. COTTANI, Giammarco. Transfer Pricing. Topical Analyses IBFD, dezembro de 2014, tópico 11.6.7.
- 40 Cf. JAIN, Ajit K. Prioritizing Transfer Pricing Methods: An Indian and Global Perspective. *International Transfer Pricing Journal*, v. 22, n. 3, Journals IBFD, 2015, p. 172.
- 41 Cf. CASTRO, Sophia. Current State of Transfer Pricing Rules in Central America and Dominican Republic, 23 *International Transfer Pricing Journal*, v. 23, n. 6, Journals IBFD, 2016, p. 499.
- 42 Cf. COOPER, Joel Lachlan. Adoption of Substantial Amendments to Transfer Pricing Legislation. *International Transfer Pricing Journal*, v. 22, n. 3, Journals IBFD, 2015, pp. 209-212.

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 verificar 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 argentina<sup>43</sup>, 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 partes<sup>44</sup>. Conforme 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-lo<sup>45</sup>. Afinal, com intuito claramente antiabusivo, buscando-se prevenir transferência de lucros para outros países por meio de operações intermediadas, tal regra ignora a realidade das empresas, pois não leva em conta nem o preço pactuado, tampouco o preço que duas partes independentes teriam adotado em situações e circunstâncias comparáveis<sup>46</sup>.

Da mesma forma, 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 internacionalmente<sup>47</sup>. Embora essa modificação na *Ley del Impuesto a la Renta* estabeleça a aplicação de preços cotados in-

- 43 Sobre as semelhanças e diferenças do Sexto Método argentino e uruguaio, cf. GOLDEMBERG, Cecilia E. Precios de Transferencia. ¿Que nos deje el sexto metodo? *Doctrina Tributaria ERREPAR*, XXXV, junho de 2014.
- 44 Cf. FRASCHINI, Juan Ignacio; e SARTORI, Eliana. Uruguai. *Cahiers de Droit Fiscal International*, v. 95A, Rotterdam: IFA, 2010, pp. 854-855.
- 45 Cf. FRASCHINI, Juan Ignacio; e SARTORI, Eliana. Uruguai. *Cahiers de Droit Fiscal International*, v. 95A, Rotterdam: IFA, 2010, p. 855. No mesmo sentido, cf. ARIAS, Cecilia; e CAMY, Federico. Uruguai. *Cahiers de Droit Fiscal International*, v. 99A, Rotterdam: IFA, 2014, p. 822.
- 46 Cf. FRASCHINI, Juan Ignacio; e SARTORI, Eliana. Uruguai. *Cahiers de Droit Fiscal International*, v. 95A, Rotterdam: IFA, 2010, p. 856.
- 47 Cf. CASTRO, Sophia. New Transfer Pricing Environment. *International Transfer Pricing Journal*, v. 21, n. 2, Journals IBFD, 2014, p. 114.

ternacionalmente 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 Método<sup>48</sup>. Entretanto, nota-se que, assim como o Sexto Método presente no Uruguai e na Argentina, essa “expansão do CUP” também 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*<sup>49</sup>.

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 celebração<sup>50</sup>.

Já na Ucrânia, dentre as alterações na legislação tributária ocorridas em 2014, houve a substituição do dispositivo que versava sobre a importação e exportação de *commodities* para uma regra, de caráter antiabusivo, “análoga” ao Sexto Método predominante na América Latina<sup>51</sup>. Conforme explicita JOEL COOPER, essa “medida especial” se aplica somente nos casos de importações e exportações referentes a *commodities* específicas em transações entre partes controladas, sendo uma delas não residente nos Estados listados pelo Conselho de Ministros<sup>52</sup>. Dessa forma, primeiramente parte-se do preço médio da *commodity* em um período de dez dias no mercado de *commodity* relevante para depois

se realizarem os ajustes necessários referentes ao volume, condições de pagamento e de fornecimento, e os custos de transporte da transação. Entretanto, esse método não é obrigatório, pois o contribuinte pode optar por outro método, desde que faça uma declaração escrita com o intuito de demonstrar, por meio de outras informações (e.g. desempenho financeiro) referentes a todas as partes relacionadas, a consistência desse outro método escolhido à luz do parâmetro *arm's length*<sup>53</sup>.

Nota-se, assim, que o Sexto Método não teve repercussão somente na América Latina, mas também alcançou nível global, como é o caso do método que foi adotado, ainda que de maneira análoga, pela Ucrânia.

Situação diversa é a da Índia. Conquanto se possa, numa leitura apressada, acreditar que também naquele país se adotou o Sexto Método, logo se nota que o que ali se fez difere bastante da prática difundida alhures.

### 2.1.3. O SEXTO MÉTODO INDIANO

Em 2012, a administração tributária da Índia introduziu um novo método que passou a ser denominado de “*sixth method*”, porém efetivamente tem como escopo fornecer elementos para que se possa determinar o preço *arm's length*, nos moldes tradicionalmente concebidos pela OCDE. Semelhante ao CUP, esse novo método compreende qualquer método que leve em conta o preço pago ou que teria sido pago em transações entre partes não relacionadas, sob as mesmas circunstâncias, considerando-se todos os fatores relevantes<sup>54</sup>.

Em outras palavras, esse método retira a necessidade do uso dos demais métodos dispostos nos *Guidelines* da OCDE e que também estão presentes na legislação da Índia, uma vez que possibilita ao contribuinte utilizar qualquer método que seja representativo do preço *arm's length*, contanto que isso possa ser demonstrado<sup>55</sup>. Assim, esse método compreende, por exemplo, a utilização de preços de *commodities* cotados no mercado, cotações do banco para juros e taxas de comissões de garantia, além de certificados de avaliação<sup>56</sup>. Dessa forma, o “*sixth method*” indiano fornece uma opção mais ampla àquelas transações internacionais que não puderam ser adequadamente cotejadas pelos ou-

48 Nesse sentido, cf. CASTRO, Sophia. New Transfer Pricing Environment. *International Transfer Pricing Journal*, v. 21, n. 2, Journals IBFD, 2014, p. 114. Em sentido contrário, cf. ESTEBAN, Isaac Gonzalo Arias. 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 15 de mar. de 2017; e COTTANI, Giammarco. Transfer Pricing. Topical Analyses IBFD, dezembro de 2014, tópico 11.6.7.

49 Cf. CASTRO, Sophia. New Transfer Pricing Environment. *International Transfer Pricing Journal*, v. 21, n. 2, Journals IBFD, 2014, p. 114.

50 Cf. ARELLANO, Michelle Janette Martinez. Transfer Pricing Changes under Recent Tax Reform. *International Transfer Pricing Journal*, v. 21, n. 5, Journals IBFD, 2014, pp. 379-380.

51 Cf. COOPER, Joel Lachlan. Adoption of Substantial Amendments to Transfer Pricing Legislation. *International Transfer Pricing Journal*, v. 22, n. 3, Journals IBFD, 2015, p. 211.

52 Cf. COOPER, Joel Lachlan. Adoption of Substantial Amendments to Transfer Pricing Legislation. *International Transfer Pricing Journal*, v. 22, n. 3, Journals IBFD, 2015, p. 211.

53 Cf. COOPER, Joel Lachlan. Adoption of Substantial Amendments to Transfer Pricing Legislation. *International Transfer Pricing Journal*, v. 22, n. 3, Journals IBFD, 2015, p. 211.

54 Cf. PATEL, Vispi T.; e PRADHAN, Yashodhan D. Recent Amendments to Transfer Pricing Regulations. *International Transfer Pricing Journal*, v. 19, n. 5, Journals IBFD, 2012, p. 341.

55 Cf. JAIN, Ajit K. Prioritizing Transfer Pricing Methods: An Indian and Global Perspective. *International Transfer Pricing Journal*, v. 22, n. 3, Journals IBFD, 2015, p. 169.

56 Cf. JAIN, Ajit K. Prioritizing Transfer Pricing Methods: An Indian and Global Perspective. *International Transfer Pricing Journal*, v. 22, n. 3, Journals IBFD, 2015, p. 169.

tros cinco métodos prescritos<sup>57</sup>. Verifica-se, portanto, que, pelas características desse novo método estabelecido na Índia, a denominação “*sixth method*” se dá não pelo fato de assemelhar àquele método desenvolvido na Argentina e que inspirou a adoção de métodos semelhantes por outros países, mas sim por ser um método distinto dos outros cinco já prescritos, muito embora abra a possibilidade do uso de preços cotados internacionalmente. Em razão disso, não deve ele ser levado em conta para a análise dos elementos comuns presentes nos “sextos métodos” introduzidos alhures.

## 2.2. OS ELEMENTOS COMUNS DO SEXTO MÉTODO

Em termos gerais, o Sexto Método, conforme observado na experiência internacional pode ser descrito como uma variação do método CUP, pelo qual o preço da transação é determinado sem que se levem em conta os fatos e as circunstâncias específicas da operação. Geralmente, 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 presentes<sup>58</sup>.

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. 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 muitas 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 apregoam<sup>59</sup>. Nesse sentido AJIT KUMAR JAIN afirma 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 independentes<sup>60</sup> (e.g. volume de mercadorias, prazos de entrega e circunstâncias do negócio<sup>61</sup>). 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.

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.

## 2.3. AS POSIÇÕES DA OCDE E DA ONU

Ao abordar o surgimento e difusão do Sexto Método, a OCDE relata os motivos pelos quais os países introduziram o referido método. Segundo a

57 Cf. GANDHI, Samir; CHHABRA, Vineet; e D'SOUZA, Osbert. India - Transfer Pricing. Topical Analyses IBFD, março de 2016, tópico 4.9.

58 Cf. COTTANI, Giammarco. Transfer Pricing. Topical Analyses IBFD, dezembro de 2014, tópico 11.6.7.

59 Cf. COTTANI, Giammarco. Transfer Pricing. Topical Analyses IBFD, dezembro de 2014, tópico 11.6.7.

60 Cf. JAIN, Ajit K. Prioritizing Transfer Pricing Methods: An Indian and Global Perspective. *International Transfer Pricing Journal*, v. 22, n. 3, Journals IBFD, 2015, p. 170.

61 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. GOLDEMBERG, Cecília E. Precios de Transferencia. ¿Que nos dejo el sexto metodo? *Doctrina Tributaria ERREPAR*, XXXV, junho de 2014.

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-americanos<sup>62</sup>.

Além de relatar esses problemas<sup>63</sup>, a ONU também aborda dificuldades mais abrangentes encaradas por países em desenvolvimento. De acordo com 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 – necessários para a comparabilidade – quanto limitações de recursos e de *know-how*<sup>64</sup>.

Já no que diz respeito a benefícios e vantagens desse novo método, a ONU argumenta que o Sexto Método, dada sua fácil aplicação, confere maior segurança jurídica e eficiência na arrecadação tributária<sup>65</sup>. A OCDE, por outro lado, 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 di-

vergir do parâmetro *arm's length*: transações podem ser sobre ou subtributadas e dupla tributação e “dupla não tributação” podem ocorrer<sup>66</sup>. 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 Método<sup>67</sup>.

Embora tenha a OCDE assim se posicionado, esta 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 antiabuso<sup>68</sup>. A respeito das desvantagens do Sexto Método e da sua utilização como instrumento antiabuso, a 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 jurídica<sup>69</sup>.

De qualquer modo, em 2014, a OCDE concordou que o Sexto Método pode ser concebido como uma abordagem antiabusiva adequada, ainda que presentes tais desvantagens<sup>70</sup>. No entanto, a adoção do Sexto Método como medida antiabuso, como se viu acima, não necessariamente é adotada por todos os países que introduziram o Sexto Método.

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 solução<sup>71</sup>. Essas sugestões levaram 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 comparabilidade<sup>72</sup>.

62 Cf. 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 março de 2017.

63 ONU. *Op. cit.*, p. 216, para. B.3.4.2.1.2.

64 ONU. *Op. cit.*, p. 214, para. B.3.4.1.2.

65 ONU. *Op. cit.*, p. 215, para. B.3.4.1.5.

66 Cf. 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 março de 2017.

67 ONU. *Op. cit.*, p. 215, para. B.3.4.1.5.

68 Cf. OCDE, *Transfer Pricing Comparability Data and Developing Countries*, *op. cit.*, p. 7.

69 ONU. *Op. cit.*, p. 219, para. B.3.4.2.1.5.

70 Cf. OCDE, *Transfer Pricing Comparability Data and Developing Countries*, *op. cit.*, p. 7.

71 Cf. OCDE, *BEPS Action 10: Discussion Draft on the Transfer Pricing Aspects of Cross-Border Commodity Transactions*, *op. cit.*, pp. 3-4.

72 Cf. OCDE, *BEPS Action 10: Discussion Draft on the Transfer Pricing Aspects of Cross-Border Commodity Transactions*, *op. cit.*, p. 4.

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 relacionadas<sup>73</sup>. 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 OCDE<sup>74</sup>.

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 elas<sup>75</sup>.

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 cotados<sup>76</sup>.

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: qualidades da *commodity*; 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 relaciona-

das 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 comparáveis<sup>77</sup>.

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 preços<sup>78</sup>.

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 mercadorias<sup>79</sup>.

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 transações<sup>80</sup>. 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 e na Ucrânia.

A esse respeito, a ONU explicita que o método CUP, para ser aplicado de maneira satisfatória, exige que os produtos comparados sejam suficientemen-

73 Cf. 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 março de 2017.

74 Cf. OCDE, *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*, op. cit., pp. 53-54.

75 Cf. OCDE, *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*, op. cit., p. 53.

76 Cf. OCDE, *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*, op. cit., p. 53.

77 Cf. OCDE, *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*, op. cit., p. 53.

78 Cf. OCDE, *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*, op. cit., pp. 53-54.

79 Cf. OCDE, *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*, op. cit., p. 54.

80 Cf. JAIN, Ajit K. Prioritizing Transfer Pricing Methods: An Indian and Global Perspective. *International Transfer Pricing Journal*, v. 22, n. 3, Journals IBFD, 2015, p. 172.

te 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 necessário<sup>81</sup>. Todavia, relata a ONU que 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 antiabuso<sup>82</sup>.

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*<sup>83</sup>.

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 controladas<sup>84</sup>.

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, em que a compatibilidade do Sexto Método com o parâmetro *arm's length* é amplamente questionada. Embora abordando o Sexto Método de maneira autônoma, a ONU seguiu, em grande parte, o entendimento da OCDE, ressaltando, porém, sua aplicação frente ao referido parâmetro.

Expostas essas noções gerais acerca do Sexto Método, cumpre examinar qual foi a solução adotada pelo legislador brasileiro acerca da exportação de *commodities*.

### 3. O SEXTO MÉTODO BRASILEIRO

A legislação brasileira de preços de transferência, desde seu advento, trouxe norma antiabuso que lida com operações realizadas com partes situadas em países de tributação favorecida. As normas de preços de transferência brasileiras, desde sua promulgação, em 1996, são aplicáveis não apenas a operações entre partes relacionadas, mas também às operações efetuadas por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, com qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada, residente ou domiciliada em país que não tribute a renda ou que a tribute a alíquota máxima inferior a vinte por cento<sup>85</sup>.

Assim, os problemas que, a princípio, surgem em países que optam pela adoção de legislação mais próxima aos *Guidelines* da OCDE, conforme narrado, não se fizeram evidentes na legislação brasileira. 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.

Curiosamente, entretanto, a singularidade da legislação brasileira acabou evidenciando a limitação dos métodos tradicionais de preços de transferência no caso de *commodities*. Em síntese, inexistindo qualquer disciplina específica para tais produtos, facultava-se aos contribuintes a escolha do método que mais lhes conviesse, nada restando à Administração, senão aceitá-los. Em consequência, embora o método CUP (no Brasil, PIC para as Importações e PVEx nas exportações) admitisse o recurso a publicações ou cotações internacionais, nada impedia que os contribuintes optassem pelos métodos de custo ou de preço de venda, valendo-se de margens predeterminadas. Bastava, assim, que o exportador de *commodities* agregasse a seu custo a margem predeterminada de 15%, para que estivesse cumprida a exigência da legislação de preços de transferência, ainda que o preço assim obtido fosse notoriamente inferior aos preços de cotações internacionais.

#### 3.1. O ADVENTO DOS MÉTODOS PCI E DO PECEX

Não causa surpresa, em tal cenário, que o Brasil tenha adotado um método de uso obrigatório para as operações envolvendo *commodities*. Foi o que se deu mediante a edição da Lei n. 12.715/12, e posterior regulamentação trazida pela Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil n. 1.312, de 28 de setembro de 2012 (“IN n. 1.312/12”). Criaram-se dois novos métodos para tran-

81 ONU. *Op. cit.*, p. 225, para. B.3.4.3.3.3.

82 ONU. *Op. cit.*, p. 224, para. B.3.4.3.3.1.

83 ONU. *Op. cit.*, pp. 224-225, para. B.3.4.3.3.1.

84 ONU. *Op. cit.*, p. 221, para. B.3.4.3.1.5.

85 BRASIL, Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, art. 24.

sações envolvendo *commodities*: o método do Preço sob Cotação na Importação ("PCI"), nas importações, e o método do Preço sob Cotação na Exportação ("PECEX"), nas exportações. Quando aplicáveis, tais métodos são obrigatórios<sup>86</sup>, constituindo regime de controle de preços de transferência alternativo aos métodos originais.

PCI e PECEX são obrigatórios no caso de *commodities* sujeitas à cotação em bolsas de mercadorias e futuros reconhecidas. Valem-se primariamente das cotações da data da transação, ajustadas pelo "prêmio médio de mercado", termo que restou sem definição na lei.

O parágrafo 6º do artigo 16 da IN n. 1.312/12 define-o como o "decorrente de avaliação de mercado, positiva ou negativa, a ser somado à cotação de bolsa internacional ou do instituto de pesquisa, devendo ser consideradas, inclusive, as variações na qualidade, nas características e no teor da substância do bem vendido". Além do prêmio, a referida Instrução Normativa admite que se considerem ajustes correspondentes às diferenças entre o valor líquido recebido pelo vendedor e às 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.

Na ausência das referidas cotações, o preço dos bens poderá ser comparado "com os obtidos a partir de fontes de dados independentes fornecidas por instituições de pesquisa setoriais internacionalmente reconhecidas", listadas pela Receita Federal do Brasil, e, no caso do PECEX, também com "os preços definidos por agências ou órgãos reguladores e publicados no Diário Oficial da União". A regulamentação da aplicação de ambos os métodos e a forma de divulgação das cotações pelas bolsas de mercadorias e futuros foram delegadas à Receita Federal do Brasil, o que se deu pela IN n. 1.312/12.

Numa primeira leitura, poder-se-ia acreditar que os dispositivos em questão alargariam a abrangência dos métodos PCI e PECEX, admitindo sua aplicação mesmo que não fossem *commodities* sujeitas à cotação em bolsa de mercadorias e futuros. Tal leitura deve, entretanto, ser afastada, tendo em consideração o fato de que os métodos PCI e PECEX, conforme acima exposto, não podem ser aplicados fora das hipóteses previstas nos artigos 18 e 19 da Lei n. 9.430/96, por isso mesmo apontados como "portas de entrada" para os referidos métodos.

86 Para posição questionando essa obrigatoriedade, cf. OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. "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)". In: SCHOUERI, Luis Eduardo (coord.), *Tributos e preços de transferência*, v. 4. São Paulo: Dialética, 2013, pp. 331-332.

Daí ser a melhor leitura considerar que os métodos PCI e PECEX não se aplicam exclusivamente a *commodities* que efetivamente tenham seus preços cotados em bolsas de mercadorias e futuros, mas sim que estejam *sujeitas* a tal cotação<sup>87</sup>.

Feitas breves considerações acerca do Sexto Método brasileiro, convém compreendê-lo à luz do contexto da sua edição, sobretudo, sob a perspectiva dos contornos das margens predeterminadas, bem como o comparando com a prática internacional.

### 3.2. REFLEXÕES À LUZ DAS MARGENS PREDETERMINADAS E DA PRÁTICA INTERNACIONAL

Embora munida das margens predeterminadas, constatou-se a limitação da legislação brasileira de preços de transferência no caso de *commodities*. A comparação imediata entre os preços utilizados pelos contribuintes e aqueles constantes em cotações internacionais evidenciou que era necessária medida específica para tais transações.

Conquanto a legislação brasileira tivesse sua eficácia garantida pelas margens predeterminadas, sua finalidade parecia não ser completamente observada para transações envolvendo *commodities*. Mais uma vez era necessário inovar. No entanto, era preciso continuar garantindo a praticabilidade e a segurança jurídica. De nada adiantava complexificar legislações e tornar ineficaz a legislação de preços de transferência mediante, por exemplo, o emprego da análise funcional.

Viu o legislador brasileiro uma luz ao verificar a prática internacional, em especial, dos nossos vizinhos. Diversos países latino-americanos e também a Ucrânia já tinham implementado método específico para lidar com transações envolvendo *commodities*. Deu-se, mais uma vez, nova cor ao parâmetro *arm's length*.

Foi nesse sentido que o legislador brasileiro incorporou em seu ordenamento o Sexto Método. Da mesma forma que presente em diversos países, houve a adoção como preço parâmetro de preços cotados internacionalmente por um mercado transparente em transações entre partes relacionadas envolvendo *commodities*. Ao se presumir que "operações de bolsa refletem" o que par-

87 No mesmo sentido, cf. FAJERSZTAJN, Bruno; e SANTOS, Ramon Tomazela. 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. 84, Belo Horizonte, nov./dez. 2016, p. 107.

tes independentes negociariam, deu-se “maior praticidade ao aplicador” frente aos métodos tradicionais, dada a utilização “de um parâmetro de fácil acesso”<sup>88</sup>.

Destaca-se, assim, que o mesmo raciocínio apresentado acerca das margens predeterminadas no ponto 1.2 deve ser empregado no caso do Sexto Método brasileiro. No lugar das margens predeterminadas, tem-se um preço (PECEX ou PCI), igualmente eleito pelo legislador sem consideração funcional. Por isso mesmo, se o legislador opta por um preço independente das condições da transação, a análise funcional torna-se tributariamente irrelevante. Ademais, o Sexto Método brasileiro, quando aplicável, é mandatório. Portanto, já se afasta da incorporação ao método CUP estabelecida pela OCDE.

Quanto aos ajustes, novamente se verifica que o Sexto Método brasileiro não segue a linha apregoada pela OCDE e pela ONU. Embora sejam os ajustes limitados pela Lei n. 12.715/12 de acordo com o “prêmio médio de mercado”, a IN n. 1.312/12 estendeu as possibilidades de ajustes<sup>89</sup>, afrontando a referida lei, ao dispor um rol taxativo que cobre desde prazo para pagamento até frete e seguro. De um modo ou de outro, o que se constata é que o Sexto Método brasileiro se aproxima mais do praticado alhures do que do disposto pelas referidas organizações. Nem mesmo aceitando que a IN n. 1.312/12 possa expandir os ajustes possíveis, não se alcançaria a abrangência da comparabilidade de todas as características econômicas relevantes das transações conforme estabelece a OCDE em seus parágrafos introduzidos no Capítulo II dos *Guidelines*.

Nota-se, por outro lado, que o legislador brasileiro não persistiu na completa rigidez estabelecida para as margens predeterminadas. Conquanto não tenha oferecido a total e plena possibilidade de contestação por parte do contribuinte<sup>90</sup>, conferiu ao Sexto Método maior compatibilidade ao parâmetro

88 NEDER, Marcos Vinícius; e JUNQUEIRA, Lavinia Moraes de Almeida Nogueira. “Análise dos Critérios para Aplicação dos Métodos de Preços de Transferência PCI e Pecex nas Operações com *Commodities*”. In SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.), *Tributos e preços de transferência*, v. 4. São Paulo: Dialética, 2013, p. 255. No mesmo sentido, cf. ASSEIS, Pedro Augusto do Amaral Abujamra. Os métodos PCI e Pecex: análise do critério “*arm's length*” à luz do princípio da praticabilidade. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 226, jul. 2014, p. 142.

89 No mesmo sentido, cf. OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. “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)”. In SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.), *Tributos e preços de transferência*, v. 4. São Paulo: Dialética, 2013, p. 344.

90 Sobre a falta de ajustes concernente aos custos de intermediação em contraposição ao disposto pela OCDE, cf. BARRETO, Paulo Ayres; e COSTA, Ugo Marcondes Rosestolato da Costa. “BEPS e o Plano de Ação n. 10: Considerações sobre serviços de baixo valor agregado, método de *commodities* e o método de divisão de lucros transnacionais”. In GOMES, Marcus Lívio; e SCHOUERI, Luís Eduardo Schoueri (orgs.). *A Tributação Internacional na era Pós BEPS: Soluções*

*arm's length*<sup>91</sup> ao assegurar ajustes de acordo com o “prêmio médio de mercado”. Assim, ao menos fatores como a região onde está o comprador ou o vendedor, o ano (safra) de produção e a quantidade negociada devem ser levados em conta.

Diante de tais considerações, verifica-se que o Sexto Método Brasileiro segue os elementos comuns desse método na prática internacional, diferenciando-se do disposto pela OCDE. Afinal, além de não permitir todos os ajustes de comparabilidade necessários, também não incorpora o Sexto Método no CUP, mas confere tratamento autônomo a ele, tanto que é obrigatório para as *commodities*.

O Sexto Método Brasileiro, porém, assemelha-se às novas orientações da OCDE e da ONU quanto à data de precificação. Enquanto se constatou que a maioria dos países adota como parâmetro o preço cotado internacionalmente na *data de (des)embarque* das mercadorias em transações entre partes relacionadas, a legislação brasileira refere-se à *data da transação*. Tanto para o PCI quanto para o PECEX, a Lei n. 12.715/12 dispôs que a comparação se dá com os “preços de cotação” dos bens em questão, “constantes em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas, na data da transação”. Somente na “ausência de identificação da data da transação” é que se considera, respectivamente, a “data do registro da declaração de importação de mercadoria” ou a “data de embarque dos bens exportados”. Embora essa escolha abra espaço para planejamento tributário referente à manipulação da data de precificação a ser utilizada, aproxima-se mais do parâmetro *arm's length*, uma vez que “não é razoável assumir que partes independentes” fixem “os preços de suas exportações sempre com base na cotação da *commodity* na data do embarque”. Pelo contrário, dadas as “flutuações dos preços das *commodities* nas bolsas de mercadorias e futuros”, partes independentes procurariam determinar o preço a ser adotado no momento da negociação.

Tendo isso em vista, constata-se que o Sexto Método brasileiro, embora se afaste da prática internacional no que se refere à data de precificação, distancia-se da OCDE por não o incorporar no CUP brasileiro e também por impor limitações a possibilidades de ajustes. Assim, conquanto MARCOS PEREIRA VALADÃO afirme em seu relatório sobre o Brasil no Manual Prático da ONU que o Sexto Método brasileiro esteja em consonância com a posição manifes-

*Globais e Peculiaridades de Países em Desenvolvimento*, v. II. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2016, pp. 207-210.

91 Em sentido parecido, ASSEIS, Pedro Augusto do Amaral Abujamra. Os métodos PCI e Pecex: análise do critério “*arm's length*” à luz do princípio da praticabilidade. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 226, São Paulo, jul. 2014, pp. 142-143.



tada pela OCDE no Relatório Final das Ações 8-10 do BEPS<sup>92</sup> (e seguida em grande parte pela ONU), fato é que diversos são os desvios da legislação de preços de transferência brasileira frente ao quanto disposto no Relatório Final do BEPS. A abordagem em relação ao Sexto Método é apenas mais um exemplo da peculiaridade da lei brasileira.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como escopo analisar o Sexto Método brasileiro (PCI e PECEX) à luz da prática internacional, sem, contudo, perder de vista a perspectiva interna da legislação de preços de transferência.

Verificou-se que, apesar da adoção de margens predeterminadas, viu o legislador brasileiro a necessidade de implementar método específico para lidar com transações envolvendo *commodities*. Ao seguir a tendência dos países em desenvolvimento, principalmente, os latino-americanos, conferiu-se, assim, nova feição ao parâmetro *arm's length*. Da mesma forma que estabelecido para as margens predeterminadas, o legislador afastou a análise funcional, tornando esta tributariamente irrelevante.

Não obstante contenha vários elementos comuns da prática internacional, o Sexto Método brasileiro distingue-se da posição exarada pela OCDE e seguida, em grande parte, pela ONU. Diferente do que apregoou aquela organização, o Sexto Método brasileiro não está incorporado ao CUP, mas constitui método autônomo, obrigatório para transações envolvendo *commodities* sujeitas à cotação de bolsas de mercadorias e futuros reconhecidas.

Ademais, o Sexto Método brasileiro limita a possibilidade de ajustes de comparabilidade aos contribuintes, não abrangendo todas as características econômicas relevantes das transações conforme estabelece a OCDE em seus parágrafos introduzidos no Capítulo II dos *Guidelines*. Todavia, o referido método afasta-se da prática internacional ao adotar como data de precificação a data de transação efetuada entre as partes controladas, conferindo à data de (des)embarque aplicação subsidiária, se ausente de identificação a primeira.

92 Cf. ONU. *Op. cit.*, p. 542, para. D.1.8.2.

## II. PREÇO DE TRANSFERÊNCIA E A DISTINÇÃO ENTRE "SERVIÇOS INTRAGRUPO", "CONTRATOS DE COMPARTILHAMENTO DE CUSTOS" E "CONTRATOS DE CONTRIBUIÇÃO DE CUSTOS"

Sergio André Rocha  
Doris Canen

### 1. INTRODUÇÃO

O tratamento tributário dos chamados Contratos de Compartilhamento de Custos tem gerado significativas controvérsias no Brasil<sup>1</sup>. A matéria se tornou ainda mais polêmica diante de recentes manifestações da Coordenação Geral do Sistema de Tributação ("COSIT") da Secretaria da Receita Federal do Brasil ("RFB").

Com efeito, em um curto espaço de tempo a COSIT proferiu uma série de decisões sobre o tema, as quais não se apresentam coerentes entre si, gerando significativa insegurança para os contribuintes.

A evolução dessas decisões iniciou-se em 2012, com a edição da Solução de Consulta n. 8. Esta decisão foi um avanço nas posições adotadas pela RFB sobre a tributação dos Contratos de Compartilhamento de Custos, tendo-se reconhecido que, atendidos certos requisitos, a empresa brasileira fazendo os pagamentos para o exterior poderia se apropriar das despesas incorridas pela entidade centralizadora, e não seria necessária a aplicação das regras de preços de transferência. Nesta mesma decisão, as autoridades fiscais manifestaram-se pela incidência do Imposto de Renda Retido na Fonte sobre reembolsos pa-

<sup>1</sup> Sobre o tema, ver: ROCHA, Sergio André; BARRETO, Ana Carolina. Tributação do Reembolso de Despesas e do Compartilhamento de Custos. In: ROCHA, Sergio André (Coord.). *Direito Tributário, Societário e a Reforma da Lei das S/A*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. P. 585-609; GALHARDO, Luciana Rosanova. *Rateio de Despesas no Direito Tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004; BRANCO, Vinicius. Convênios de rateio de despesas - disciplina tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 107, ago. 2004, p. 78-83; LONGO, José Henrique. Natureza jurídica do ressarcimento de despesas. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 77, fev. 2002, p. 68-73; MARTINS, Natanael. O Contrato de Rateio de Despesas e suas Implicações Tributárias. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *Direito Tributário: Homenagem a Alcides Jorge Costa*. São Paulo: Quartier Latin, 2003. v. II. p. 737-748; GERMANO, Livia de Carli. Regime Tributário dos Contratos de Compartilhamento de Custos e Despesas. In: TÓRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito Internacional Aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 791-831.