



**UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA**

RAFAEL DE SOUZA SILVA

**EFICACIA DO CONTROLE DOS PREÇOS DE
TRANSFERÊNCIA NO BRASIL**

Londrina
2011

RAFAEL DE SOUZA SILVA

**EFICACIA DO CONTROLE DOS PREÇOS DE
TRANSFERÊNCIA NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito para obtenção do título de mestre.

Orientadora: Professora Doutora Martha Asunción Enriquez Prado.

Londrina
2011

**Catálogo na publicação elaborada pela Divisão de Processos Técnicos da
Biblioteca Central da Universidade Estadual de Londrina.**

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

S586e Silva, Rafael de Souza

Eficácia do controle dos preços de transferência no Brasil. / Rafael de Souza Silva – Londrina, 2011.
114 f.

Orientador: Martha Asunción Enriquez Prado

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicado, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2011.

1. Preços de transferência - Brasil – Teses. 2. Princípio arm's length – Teses. 3. Métodos de controle-eficácia – Teses. I. Silva, Rafael de Souza. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicado. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 345.96(81)

RAFAEL DE SOUZA SILVA

**EFICÁCIA DO CONTROLE DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA NO
BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito para obtenção do título de mestre.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dra. Martha Asunción Enriquez Prado
UEL – Londrina - PR

Prof. Dra. Tânia Lobo Muniz
UEL – Londrina - PR

Prof. Dra. Maria De Fátima Ribeiro
UEL – Londrina - PR

Londrina, 20 de junho de 2011.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Deus pela força que me deu para escrever este trabalho.

Agradeço minha orientadora, ilustre Professora Doutora Martha Asunción Enriquez Prado, pelos valiosos ensinamentos passados, pela paciência e dedicação, pois foi peça chave para conclusão deste trabalho.

Aos meus pais, que de forma particular me deram confiança e motivação.

Aos amigos e colegas, pela força e pela vibração em relação a esta jornada.

Aos professores e colegas de Curso, pois juntos trilhamos uma etapa importante de nossas vidas.

A todos que, com boa intenção, colaboraram para a realização e finalização deste trabalho.

Aos que não impediram a finalização deste estudo.

SOUZA, Rafael de Souza Silva. **Eficácia do controle dos preços de transferência no Brasil**. 2011. 114 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2011.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo fornecer uma avaliação sobre a eficácia da Lei. n ° 9.430/96 criada para o controle dos *preços de transferência*, a partir do princípio *arm's length*. Inicialmente, são descritas as principais características históricas do desenvolvimento da disciplina no âmbito internacional. Em seguida, é apresentado o contexto histórico e a introdução do tema na legislação brasileira, buscando sempre comparar com a prática internacional. Configurado o cenário brasileiro, são analisados alguns mecanismos de aplicabilidade: aspecto subjetivo, exclusão de *royalties* e da transferência de tecnologia, restrições de comparabilidade e a margens de lucro predeterminadas. A partir dos resultados da análise, conclui-se que o regime brasileiro não é eficaz no controle dos preços de transferência e propugna por modificações na legislação.

Palavras-chave: Preços de transferência. Princípio *arm's length*. Métodos de controle - eficácia.

SOUZA, Rafael de Souza Silva. **Effectiveness of the legal control of transfer pricing in Brazil**. 2011. 114 f. Dissertation (Master Course in Law Negotiation) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2011.

ABSTRACT

This paper aims to provide an assessment of the effectiveness of the Law 9430/96 created for the control of transfer pricing from the arm's length principle. Initially, we describe the main features of the historical development of the discipline internationally. Then we present the historical context and the introduction of the theme in Brazilian legislation, seeking always compare with international practice. Set the Brazilian scenario, we analyze some mechanisms of applicability: the subjective aspect, excluding royalties and technology transfer restrictions comparability and profit margins predetermined. From the results of the analysis, we conclude that the Brazilian system is not effective in controlling the transfer prices and calls for changes in legislation.

Keyword: Transfer pricing. Arm's length principle. Methods of control. Effectiveness.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AP A -	Advanced Price Arrangement ou Auditoria de Preços Antecipada
APP -	Auditoria de Preços Posterior
A V A -	Acordo de Valoração Aduaneira
BACEN -	Banco Central do Brasil
BALRM -	Basic Arm 's Length Return Method
CAP -	Custo de Aquisição ou de Produção mais Tributos e Lucro
CC/MF -	Primeiro Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda
COPINS -	Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social
CPM -	Comparable Profits Method
CPL -	Custo de Produção mais Lucro
CUP -	Comparable Uncontrollerf Price
CUT -	Comparable Uncontrolled Transaction
CSLL -	Contribuição Social sobre o Lucro Líquido
CTN -	Código Tributário Nacional
DDL -	Distribuição Disfarçada de Lucros
DIPJ -	Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica
DRJ -	Delegacia da Receita Federal de Julgamento
GATT -	General Agreement on Tariffs and Trade
Glaxo -	GlaxoSmithKline
IASB -	International Accounting Standard Board
IBFD -	International Bureau of Fiscal Documentation
ICMS -	Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
IFA -	International Fiscal Association
TI -	Imposto de Importação
IN -	Instrução Normativa
IN/SRF -	Instrução Normativa da Receita Federal
INPI -	Instituto Nacional da Propriedade Industrial
IPI -	Imposto sobre Produtos Industrializados
IR -	Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza
IRC -	Internal Revenue Code
IRPJ -	Imposto de renda da Pessoa Jurídica
IRS -	Internal Revenue Service

MAP -	Mutual Agreement Procedures
MEMAP -	Manual on Effective Mutual Agreement Procedure
MF -	Ministério da Fazenda
OCDE -	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OMC -	Organização Mundial do Comércio
ONU -	Organização das Nações Unidas
P&D -	Pesquisa e Desenvolvimento
PIC -	Preços Independentes Comparados
PIS -	Contribuição para o Programa de Integração Social
PRL -	Preço de Revenda menos Lucro
PV A -	Preço de Venda por Atacado no País de Destino
PVEx -	Preço de Venda nas Exportações
PVL -	Preço de Venda menos Lucro
PVV -	Preço de Venda a Varejo no País de Destino
RFB -	Receita Federal do Brasil
SISCOMEX -	Sistema Integrado de Comércio Exterior
RF -	Secretaria da Receita Federal
STF -	Supremo Tribunal Federal
TNMM -	Transactional Net Margin Method

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I - A DISCIPLINA DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA NO ÂMBITO INTERNACIONAL	11
1.1 Do CONTEXTO HISTÓRICO.....	14
1.2 DA IMPORTÂNCIA DO CONTROLE DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA	25
1.3 DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA E SEU CONTROLE.....	34
1.4 DOS MÉTODOS PARA APURAÇÃO DO <i>ARM'S LENGTH</i>	38
1.4.1 Dos métodos de controle tradicionais.....	38
1.4.2 Dos métodos de controle baseados em lucros.....	41
1.5 Do PADRÃO <i>ARM'S LENGTH</i> NO ÂMBITO INTERNACIONAL.....	44
CAPÍTULO II - DO DESENVOLVIMENTO DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA NO BRASIL	52
2.1 Do CONTEXTO HISTÓRICO	53
2.2 DO REGIME BRASILEIRO DE CONTROLE DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA	56
2.3 DOS MÉTODOS DE CONTROLE PARA APURAÇÃO DO PREÇO PARÂMETRO	62
2.4 DA COMPARABILIDADE NO REGIME BRASILEIRO	69
2.5 DO PRINCÍPIO <i>ARM'S LENGTH</i> NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	71
CAPÍTULO III - DA ANÁLISE DO REGIME BRASILEIRO DE CONTROLE DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA	80
3.1 DO ASPECTO SUBJETIVO DOS MÉTODOS DE CONTROLE	82
3.2 DA EXCLUSÃO DOS ROYALTIES E DA TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA DO CONTROLE DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA.....	85
3.3 Das RESTRIÇÕES DA COMPARABILIDADE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	90
3.4 DAS MARGENS DE LUCROS PREDETERMINADAS.....	93
3.5 DA AVALIAÇÃO DA EFICÁCIA DO REGIME BRASILEIRO DE CONTROLE DOS PREÇOS DE TRANSFERENCIA.....	100
CONSIDERAÇÕES FINAIS	104
REFERÊNCIAS	108

INTRODUÇÃO

A globalização econômica é um fenômeno, que reflete necessariamente no campo tributário, preocupa os governos que procuram incrementar exportações e atrair investimentos estrangeiros, além de multinacionais que atuam em diversos países exportadores. Uma de suas consequências é a intensa movimentação de capitais que, em regra, tem a função de estabelecer o parâmetro monetário de troca dos diferentes fatores de produção. Todavia, muitas vezes, a manipulação desse parâmetro permite a transferência dos lucros auferidos no interior de grupos privados multinacionais.

Preocupado com esta transferência de lucros entre as multinacionais e suas consequentes perdas de receita, o governo norte americano em 1927 foi a primeira jurisdição a regulamentar os métodos de controle para as transferências de lucros dentro de grupos econômicos. Tais operações foram denominadas de *preços de transferência*, que são, resumidamente, aqueles preços praticados em operação de importação e exportação em que a contraparte estrangeira é vinculada à parte nacional.

O legislador brasileiro veio a introduzir no ordenamento jurídico a disciplina do controle dos *preços de transferência* com a publicação da Lei nº. 9.430, em 27 de dezembro de 1996. Não obstante, ter sido promulgada há mais de 15 anos, a disciplina ainda não tem recebido no país, seja pelos contribuintes, ou pela administração tributária, a mesma atenção a ela dispensada no cenário internacional, em especial por organismos como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a Organização das Nações Unidas (ONU), as quais perceberam a relevância da matéria, que supera o interesse isolado das nações, estando inseridas num amplo contexto macroeconômico e político.

Para a edição de suas normas, o Brasil teve a pretensão de inspirar-se no princípio “*arm’s length*” ou plena concorrência, que representa o critério de avaliação dos preços praticados em operações vinculadas. Contudo, o legislador brasileiro não escondeu o receio de trabalhar com a flexibilidade exigida pela disciplina internacional. Neste sentido, justificado pelas especificidades do sistema constitucional-tributário

brasileiro, preferiu instituir uma variedade de mecanismos de aplicabilidade para reduzir mencionada flexibilização, distanciando do padrão internacional e colocando a eficácia dos métodos de controle em dúvida.

Neste diapasão, o objetivo deste trabalho é fornecer uma avaliação sobre a eficácia da legislação criada para o controle dos *preços de transferência* no Brasil. O estudo realiza-se pela análise de mecanismos e critérios adotados pela legislação brasileira para dar aplicabilidade aos métodos de controle. No mesmo sentido, os mecanismos serão analisados sob a égide do princípio *arm's length*, ou seja, se eles estão em conformidade com o padrão internacional, essência do próprio controle.

Tal proposta será conduzida, principalmente por meio da investigação bibliográfica. Contudo, devido à carência de fontes específicas dos *preços de transferência*, o conteúdo dos estudos apresentados sobre o desenvolvimento da matéria no âmbito internacional será formulado a partir de fontes extraídas de contexto paradigmático da matéria, quais sejam, aquelas identificadas com o tratamento regulamentado pela OCDE e pelos Estados Unidos da América.

Será apresentado o contexto histórico em que se originou a disciplina, assim como as várias razões que justificam sua importância do tema. Após necessários esclarecimentos iniciais sobre a diferença entre "*preços de transferência*" e a disciplina que visa o "controle" destes preços, passará a expor a forma como padrão *arm's length* consolidou-se no cenário internacional e quais foram os métodos desenvolvidos para apuração do mesmo.

No âmbito nacional será apresentado o contexto histórico em que a disciplina foi inserida na legislação nacional, assim como os métodos criados para controlar a prática dos *preços de transferência*. Serão exploradas as principais características do regime brasileiro, dentre elas, o princípio *arm's length*.

A partir da constatação e dos aspectos relatados sobre o regime dos *preços de transferência* instituído no Brasil, cumpre investigar a técnica de alguns

mecanismos de aplicabilidade adotada pela Lei nº 9.430/96: aspecto subjetivo, exclusão dos *royalties* e da transferência de tecnologia, restrição da comparabilidade e as margens de lucro predeterminadas. Depois dos principais pontos controvertidos serem expostos nas análises individualizadas destes mecanismos selecionados, poderá atestar se o controle dos *preços de transferência* no Brasil está de acordo com o padrão *arm's length* e se é eficaz ou não para combater a elisão fiscal, destacando-se algumas sugestões ao legislador.

CAPÍTULO I – DA DISCIPLINA DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

Para compreender a disciplina dos *preços de transferência*, faz-se necessário relatar o desenvolvimento do tema e destacar alguns fatos históricos a partir de 1927, assim como, mencionar as pesquisas e os relatórios desenvolvidos pelos Estados Unidos, Liga das Nações e, posteriormente, Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)¹, pois esses entes colaboraram para a evolução internacional do tema.

O primeiro ato legislativo sobre o tema foi publicado pelo *International Revenue Service* (IRS) dos Estados Unidos em 1917. Após anos de estudos, o governo americano publicou em 1928, a Secção 45 do *International Revenue Code* (IRC), para tratar especificamente sobre *preços de transferência*. Em 1968 foi renumerado para Secção 482 do IRC, com uma nova regulamentação cujas normas sofreram algumas alterações em 1994, para tratar de métodos específicos para intangíveis.

A Liga das Nações iniciou seus trabalhos em 1927, com a elaboração da primeira Convenção-Modelo sobre a bitributação, sob a influência do Relatório CARROLL; em 1933 o Comitê Fiscal reuniu-se e elaborou uma proposta específica para tratar sobre *preços de transferência*. Com a dissolução da Liga das Nações em 1946, os trabalhos somente foram retomados no ano de 1963 pela OCDE cuja notoriedade sobre o tema veio com a publicação do mais importante relatório, o “*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises an Tax Administration*”, conhecido como *Guidelines*² no ano de 1995.

¹Em inglês: OECD (Organization for Economic Co-operation and Development). Trata-se de órgão internacional que congrega atualmente 30 países, dentre os mais desenvolvidos do mundo, visando a editar regras – de caráter consultivo – para a promoção da democracia e da economia de mercado. Possui forte atuação no ramo da tributação internacional, com a edição de convenções-modelo que, apesar de não serem de observância obrigatória nem mesmo para os países-membros da organização, são levadas em consideração pela quase totalidade dos países democráticos na positivação interna das normas sobre a tributação de operações transnacionais.

²OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, July 1995, Disponível em: < www.oecd.org>. Acesso em: 12. Jan. 2011. (Após 1995, publicou a OCDE diversas

O *Guidelines* confirmou a adesão da OCDE ao Princípio *Arm's Length*³ como padrão internacional, adotou os métodos tradicionais e os baseados em lucros, e consagrou-se como documento mais importante dos últimos 50 anos sobre os *preços de transferência*. Cabe lembrar que, diferente da Seção 482 do IRC, este documento não é um conjunto de prescrição normativa do dever ser, mas recomendações para auxiliar os países membros a encontrar soluções para problemas relacionados à disciplina.

Os *preços de transferência* passaram a ter mais destaque a partir do momento, que o comércio intramultinacionais deixou de representar apenas 25% do comércio internacional e ultrapassou os 60% nesta década. Pois a criação de um mercado interno dentro de uma governança corporativa, somado a concentração dos fatores de produção e *know how*, passou a ser utilizado para suprir a inexistência ou imperfeições de um mercado externo, sendo uma grande vantagem competitiva.

Neste contexto os “*preços de transferência*” tornaram-se um importante instrumento internacional, o mais determinante na repartição da base tributária das multinacionais entre diversas jurisdições. Tanto que 59 países, em 2006, se apresaram para criar suas próprias regras para o tratamento da matéria. Devido às altas cifras envolvidas, este período ficou conhecido como “corrida dos milhões”, citado como caso emblemático, o litígio entre a farmacêutica GLAXO e o IRS dos Estados Unidos cujas cifras ultrapassaram o valor de 7,7 bilhões de dólares⁴.

Pesquisas realizadas confirmaram a relevância do tema. Em 2004 a Comissão Européia questionou 700 grandes empresas em 14 Estados Membros sobre os custos para manter conformidade sobre a matéria, 82% relataram que estavam com

revisões de suas orientações. Em abril de 1996, foram adicionados novos capítulos sobre intangíveis e serviços. Em agosto de 1997, foi publicado um novo capítulo sobre custos de contribuições, freqüentemente destinadas à pesquisa e desenvolvimento. Em fevereiro de 1998, foram publicados anexos contendo exemplos práticos e procedimentos para monitoramento da implementação de suas recomendações).

³A expressão *arm's length* pode ser traduzida, literalmente, como “à distância de um braço”, significando, assim, que o preço praticado não sofre interferência de fatores estranhos ao mercado, como a vinculação entre as partes e a existência de sistema fiscal mais benéfico em outro país.

⁴Jornal Times UK Online Sept 12 2006. “GSK settles largest tax dispute in history for \$3.1bn”. Disponível em: <http://www.timesonline.co.uk/tol/life_and_style/health/article635994.ece>. Acessado em: 01 Mai. 2011.

problemas relacionados ao *preço de transferência*. Em 2007/2008 a empresa de consultoria internacional Ernst & Young publicou sua pesquisa, na qual coletou a opinião de 850 empresas multinacionais em 24 países, das quais 39% elegeram o controle dos *preços de transferência* como questão tributária mais relevante e 52% já sofreram auditoria⁵.

De uma forma genérica é possível conceituar *preços de transferência* como valores monetários atribuídos pelas empresas relacionadas às transações internacionais. Trata-se de uma matéria interdisciplinar, com abordagem econômica, gerencial e administrativa financeira, que ganhou contornos jurídicos em função da possibilidade de gerar efeitos no campo tributário. Todavia, nada impede seus efeitos atigirem outros ramos do direito, como jurídico cambial e societário.

No Brasil o tema tem recebido dupla acepção, ora refere-se ao conceito acima, ora faz atribuição às normas de seu controle, as quais ficariam corretamente expressas pelo termo “*controle dos preços de transferência*” cuja definição é a disciplina jurídica, que visa contornar os efeitos na tributação de renda causada pela prática da manipulação de preços. O controle ganha formulação uma vez verificada a ocorrência de pressuposto subjetivo (empresas relacionadas) e objetivo (prática dos *preços de transferência*).

Para promover o controle foram necessários anos de maturação para perceber a necessidade de desenvolver uma metodologia específica para obter o padrão *arm's length*⁶, essência e objetivo maior do controle dos *preços de transferência*. Atualmente os métodos estão previstos no IRC dos Estados Unidos e no *Guidelines*, divididos em métodos tradicionais e métodos baseados em lucro.

⁵Ernst & Young. *Global Transfer Pricing Survey 2007-2008*. Disponível em: <www.ey.com>. Acesso em: 10 Jan. 2011. .

⁶ O padrão *arm's length* consiste em aceitar as condições de negociação entre empresas associadas sempre que essa negociação se processe nas mesmas condições em que negociariam empresas independentes, vale dizer, sem que condições especiais tenham sido estipuladas ou impostas.

1.1. DO CONTEXTO HISTÓRICO

Para contar a história do nascimento e desenvolvimento da disciplina dos *preços de transferência* é necessário traçar um paralelo entre os acontecimentos ocorridos nos Estados Unidos e nas instituições internacionais que cuidaram do assunto. Pois esta simbiose marcou a evolução internacional do tema em torno destes dois contextos.

O primeiro ato legislativo, que tratou do controle dos *preços de transferência* foi nos Estados Unidos, impulsionado pelos reflexos da Primeira Grande Guerra Mundial. Em 1917⁷, o Comissário do *Internal Revenue Service* (IRS) foi autorizado a exigir que empresas relacionadas declarassem resultados consolidados sempre que necessário para a determinação mais igualitária da renda tributável.

Posteriormente, em 1921, com a constatação de que havia ainda espaço para elisão, já que empresas estrangeiras não poderiam ser obrigadas a prestar declarações ao Departamento de Impostos Americano, o Comissário foi autorizado a consolidar a contabilidade das empresas relacionadas. Em 1928, a autorização foi reformulada na Seção 45 do *Internal Revenue Code* (IRC) para garantir uma maior amplitude hipotética à autorização concedida ao IRS com a finalidade de prevenir a elisão e alcançar a "verdadeira" responsabilidade tributária⁸.

Enquanto isso, em 1927, sob a égide da Liga das Nações, era erigida uma proposta de "Convenção-Modelo" destinada a evitar a bitributação internacional. Em seu artigo 5º, o controle dos *preços de transferências* surgia no âmbito das trocas internacionais entre os estabelecimentos permanentes de uma mesma empresa⁹. Na

⁷ 1917 War Revenue Act, Regulation 41, Arts. 77-78, Disponível em: <<http://www.archive.org/details/regulationsrelat00unit>>. Acessado em: 11. Ago. 2010.

⁸ AVI-YONAH, Reuven S. "The Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of D.S. International Taxation". In: *The Joel M. Olin Center for Law & Economics Working Paper Series nº 73*, 2007: Disponível em: <<http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1074&context=umichlwps>>. Acesso em: 11. Ago. 2010.

⁹ HAMAEEKERS, Hubert, todavia, revela que nesta proposta o conceito de "estabelecimento permanente" era ainda confuso porque incluía os *head offices* e as *affiliated companies*, os quais transmitem a ideia de

opinião de Eduardo Schoueri¹⁰, por ainda não trazer a idéia da comparação com os preços que empresas independentes praticariam, o tema dos *preços de transferência* passava a se confundir com a temática da repartição dos lucros. O dispositivo previa que cada Estado-Contratante deveria tributar a porção da renda produzida separadamente em seu território. Contudo, na ausência de registros apropriados que contabilizasse a renda separadamente produzida, as administrações competentes deveriam chegar a um acordo sobre fórmulas predeterminadas para a alocação da renda total produzida¹¹.

Em 1928, num encontro geral de representantes das administrações tributárias dos países membros da Liga, a proposta de 1927 foi adotada em três versões de Convenções-Modelo¹². Neste ponto, cumpre registrar a abordagem dicotômica estabelecida com a incorporação dos mecanismos tributários supramencionados. De um lado, a adoção preferencial de um sistema inspirado na teoria da separação contábil (*separate accounting theory*). De outro, a adoção subsidiária de um mecanismo inspirado na teoria das fórmulas predeterminadas (*proportional apportionment theory*). Essa dicotomia permeia a essência das mais substantivas discussões que até hoje trataram da temática do controle dos *preços de transferência*. Daí a importância de sua compreensão histórica.

Depois da adoção das Convenções-Modelo de 1928, a partir das respostas de um questionário realizado pelo Comitê-Fiscal da Liga das Nações, o americano Mitchell B. Carroll¹³ elaborou o conhecido relatório (*Carroll Report*) que se tornou um marco no desenvolvimento do conselho internacional sobre o tratamento da alocação de lucros nas convenções-modelo elaboradas para o alívio da bitributação internacional.

empresas associadas. "Arm's Length - How Long?". In: *International Transfer Pricing Journal*, Mar/Apr, 2001. Amsterdam: IBFD, p. 32.

¹⁰ SCHOURI, Luiz Eduardo. *"Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro"*, São Paulo: Dialética, 1999, p. 23

¹¹ Ernst & Young's Transfer Pricing 2001 Global Survey, *"Making informed decisions in turbulent times"*. Disponível em: < www.nera.com/image/6465.pdf>. Acessado em: 09.Dez. 2010.

¹²OCDE, *"Transfer pricing and multinationals Enterprises: Report of OCDE Committed on Fiscal Affairs, Paris: OCDE, 1979*. Disponível em: < www.oecd.org>. Acessado em: 12. Jan. 2011.

¹³ Report on Methods of Allocating Taxable Income (1933) by Mitchell B. Carroll, Disponível em: <<http://biblio-archive.unog.ch/detail.aspx?ID=105269>>. Acessado em: 20. Nov. 2010.

Em seu relatório, Michell B. Carroll identificou três métodos usados pelas administrações tributárias de 35 países para a alocação de lucros de estabelecimentos permanentes¹⁴. O *método da separação contábil* tinha a preferência da maioria das jurisdições pesquisadas e consistia na apuração do resultado de cada estabelecimento permanente a partir dos preços com que os bens transferidos tivessem sido faturados ou nos valores cobrados pelos serviços ou despesas gerais internamente compartilhados. O *método empírico* consistia na estimativa da renda com base em empresas similares localizadas no mesmo país e era utilizado quando havia razão para crer que a declaração de rendas baseada na contabilidade de uma empresa era insuficiente ou falsa. O *método das fórmulas predeterminadas* era comumente a alternativa subsidiária à separação contábil e consistia na alocação do lucro total apurado pela empresa numa razão proporcional ao critério estabelecido por fórmulas, que levavam em conta a quantificação de certos fatores existentes em cada estabelecimento permanente, tais como ativo, receita ou folha de pagamentos¹⁵.

Apesar das pesquisas terem sido realizadas com dados que tratavam da alocação de lucros no âmbito de estabelecimentos permanentes de uma mesma empresa; Carroll ampliou suas conclusões para o contexto de empresas associadas e revelou sua preferência pelo método da separação contábil. No entanto, a única justificativa declarada por ele para esta preferência era o fato de que *"a separação contábil era o método preferido pela grande maioria dos governos, por empresas representadas na Câmara Internacional de Comércio e por outros grupos renomados"*¹⁶.

Em 1933, o Comitê-Fiscal elaborou uma nova proposta de Convenção-Modelo na qual a disciplina da alocação de lucros foi fortemente inspirada no *Carroll Report*¹⁷. Todavia, a proposta adicionava um novo ingrediente: a comparação com

¹⁴ Economic Comitê by Mitchell B. Carroll, Disponível em: < [http://biblio-archive.unog.ch//archivpla nsu che.aspx?ID=106282](http://biblio-archive.unog.ch//archivpla%20nsu%20che.aspx?ID=106282)>. Acessado em: 20. Nov. 2010.

¹⁵ OCDE, *"Transfer Pricing Guidelines for Multinational Entreprises and Taxitations."* Paris: OCDE, 2001. Disponível em: < [www. oecd.org](http://www.oecd.org)>. Acessdo em: 12. Jan. 2011.

¹⁶ *Discusion Draft on the Transfer Pricing Aspects od Busines Restructurings*. Disponível em: < [www. oecd.org](http://www.oecd.org)>. Acessdo em: 12. Jan. 2011.

¹⁷ A proposta de 1933 não chegou a se transformar em uma convenção-modelo. David L. P. Francescucci Coordenação Internacional Tributário para um Mundo Melhor, Segundo (Parte 3). In: *World Tax Journal (2009) p.67*. Disponível em: < <http://www.deloitte.com>>. Acesso em: 10. Nov. 2010

empresas independentes. Neste sentido, o artigo 30 da proposta, aplicado à hipótese de estabelecimentos permanentes de uma mesma empresa, previa que deveria ser atribuído a cada estabelecimento permanente o lucro, que seria auferido se ele fosse uma empresa independente, operando em atividades e condições idênticas ou similares. Se não existisse contabilidade ou se ela não fosse confiável, o dispositivo antevia a aplicação alternativa de métodos empíricos ou das fórmulas predeterminadas. Este último, no entanto, desde que o resultado apurado fosse o mais próximo possível do que seria atingido com a separação contábil.

Por sua vez, o artigo 5º da proposta surgiu como uma novidade ao prever o tratamento apartado da matéria na hipótese de empresas associadas. A teoria da separação contábil acrescida da comparação com empresas independentes (formando a idéia da *separate entity theory*¹⁸), novamente apareceu configurando a permissão para as autoridades tributárias ajustarem o lucro apurado na contabilidade de uma empresa, sempre que eles desconhecem de transações praticadas com empresas associadas em condições, que fossem diferentes das que seriam observadas entre empresas independentes.

A formulação da proposta em 1933 conteve uma expressão que não se repetiu em nenhuma das Convenções-Modelo que se seguiram. O artigo 3º previa em um de seus parágrafos que:

“Ao executar o parágrafo precedente, as autoridades fiscais dos Estados Contratantes, quando necessário, deverão retificar a contabilidade produzida, notavelmente para corrigir erros ou omissões ou re-estabelecer os preços ou remunerações inseridas nos livros para o valor que prevaleceria entre pessoas independentes atuando em bases *arm's length*.”¹⁹

¹⁸ *World Tax Journal* (2010) p.65. Disponível em: <<http://www.deloitte.com>>. Acessado em: 10.03.2010 (Schoueri revela que na doutrina alemã esta teoria recebeu o nome de "ficção de independência" (Selbstsfindigkeitsfiktion). Op. cit., p. 24).

¹⁹ No original: "The fiscal authorities of the Contracting States shall when necessary, in executing the preceding paragraph, rectify the accounts produced, notably to correct errors or omissions or to re-establish the prices or remuneration entered in the books at the value which would prevail between independent persons dealing at arm's length". A rigor, Hubert Hamaekers aponta que referências expressas foram feitas ao *arm's length principle* nos protocolos das Convenções-Modelo elaboradas no México (1943) e Londres (1946) para enfatizar a comparação com empresas independentes. HAMAEEKERS, Hubert, *Arm's Length – How Long?* In: *International Transfer Price Journal*. Mar/Apr. 2001. Amsterdam: IBFD, p.32.

Hubert Hamaekers divulga que a nova expressão "*atuando em bases arm's length*" (*dealing at arm's length*) apareceu sem maiores explicações. Provavelmente, sua inclusão na proposta de Convenção-Modelo foi obra de Carroll, o qual pretendia introduzir um conceito que àquela época vinha sendo desenvolvido no Departamento do Tesouro dos Estados Unidos²⁰. Apesar de sua ausência nos textos convencionais, a expressão *arm's length* se tornou a mais célebre forma de se referir às idéias difundidas pela *separate entity theory* e se transformou na abordagem padrão para o tratamento do controle dos *preços de transferência*.

Afora a menção expressão *arm's length*, os preceitos da proposta de 1933 figuraram com poucas alterações em uma proposta de convenção multilateral apresentada em 1935²¹. Depois disso, o Comitê-Fiscal realizou duas conferências no México (1940 e 1943), que resultaram na elaboração da Convenção-Modelo de 1943. No último encontro, realizado no ano de 1946, em Londres, foi editada a última Convenção-Modelo sob os auspícios da Liga das Nações. Ambas também incorporaram, com poucas alterações, a formulação de 1933²².

Enquanto isso, nos Estados Unidos, o problema girava em torno de se encontrar um padrão que permitisse atingir o objetivo previsto na Seção 45 do IRC, o qual pretendia alcançar a "verdadeira" responsabilidade tributária. Neste sentido, o IRS editou uma regulamentação sobre o tema em 1935. Com esta iniciativa, articulava-se o padrão *arm's length* pela primeira vez na história daquele país nos seguintes termos:

²⁰ HAMAEEKERS, Hubert, *Arm's Length – How Long?* In: International Transfer Price Journal. Mar/Apr. 2001. Amsterdam: IBFD, p.33.

²¹ HAMAEEKERS, Hubert. *Op.cit.*, p. 33.

²² No original: "*The standard to be applied in every case is that of an uncontrolled taxpayer dealing at arm's length with another uncontrolled taxpayer*". AVI-YONAH, Reuven S., disponível em www.law.bepress.com, acessado em 11.01.2011. CARROLL, Mitchell B. *League of Nations, "Taxation of Foreign and National Enterprises, Vol.4, Methods of Allocating Taxable Renda", 2 Income*", 2 nd Ed. Ed. (1933). Disponível em: <http://www.sbs.ox.ac.uk/centres/tax/CONFERENCES/Documents>. Acessado em: 15 Mar.2011.

(...) o padrão que deve ser aplicado em qualquer caso é o de um contribuinte não-controlado atuando em bases *arm's length* com outro contribuinte não-controlado.”²³

A regulamentação, contudo, não explicava quais métodos deveriam ser utilizados para se chegar ao padrão *arm's length*. Diante da lacuna metodológica, os tribunais assumiram este papel em diversos julgamentos que se seguiram, nos quais, invariavelmente, o IRS era derrotado sob a justificativa de argumentos pouco controláveis, tais como preço justo (*fair price*), valor completamente justo (*full fair value*) e retorno justo e razoável (*fair and reasonable return*)²⁴.

No cenário internacional, os trabalhos da Liga das Nações foram retomados pela OCDE que, em 1963, editou a sua primeira Convenção-Modelo. As disposições referentes à alocação de lucros, na hipótese de estabelecimentos permanentes de uma mesma empresa foram transpostas para o artigo 7°. Por sua vez, para a hipótese de empresas associadas, o tema passou a figurar no artigo 9°. Esta ordenação não mais se alterou nas convenções-modelos subsequentes.

Cumprir destacar que a possibilidade de adoção subsidiária do método empírico, que constava nas propostas e Convenções-Modelo erigidas a partir de 1933, foi excluída. Porém, como alternativa, o método das fórmulas predeterminadas, foi mantido. Esta previsão permanecia possível apenas na hipótese de estabelecimentos permanentes de uma mesma empresa. Com isso, as fórmulas predeterminadas se tornaram um padrão secundário de alocação de lucros previsto no parágrafo 4° do artigo 7° das Convenções-Modelo editadas a partir de 1963²⁵.

Aumentavam as preocupações, em Washington, com as práticas elisivas adotadas com apoio na manipulação de *preços de transferência* com empresas estabelecidas em paraísos fiscais. O Departamento do Tesouro argumentava que as

²³ AVI-YONAH, Reuven S. *The Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of D.S. International Taxation*. Disponível em: <www.law.bepress.com>. Acessado em: 11 Ago. 2010.

²⁴ *Testimony of Prof. Reuven S. Avi-Yonah Hearing on Transfer Pricing Issues Committee on Ways And Means*. Disponível em: <http://waysandmeans.house.gov/media/pdf/111/2010Jul22_AviYonah_Testimony.pdf>. Acessado em: 10. Fev. 2011.

²⁵ *Ibid.* Op. cit.,

disposições vigentes não eram suficientes para efetivamente proteger a jurisdição americana. Depois de uma mal sucedida tentativa de introduzir no Congresso um projeto de lei, que permitia a utilização alternativa do padrão das fórmulas predeterminadas, o IRS se concentrou na pesquisa de métodos, que pudessem tornar mais efetiva a aplicação do padrão *arm's length*²⁶.

A previsão contida no IRC havia sido renumerada para a Seção 482, quando em 1968, nova regulamentação²⁷ foi editada incorporando os chamados métodos tradicionais para a apuração do padrão *arm's length*, na seguinte ordem de prioridade: o *Comparable Uncontrolled Price* (CUP), o *Resale Price Method* e o *Cost Plus Method*. Além destes, abriu-se possibilidade para a utilização de qualquer outro método (quarto método), desde que ele chegasse a resultados considerados como se praticados entre empresas independentes.

Os métodos apresentados eram, fundamentalmente, baseados na comparabilidade entre transações realizadas pelas empresas relacionadas (*controlled transactions*) e transações realizadas por empresas independentes (*comparable transactions*). O CUP comparava os preços das transações, o *Resale Price* as margens brutas a partir dos preços de revenda (*resale margins*) e o *Cost Plus* comparava margens brutas a partir dos custos de produção (*mark ups*).

Os métodos foram desenvolvidos para o tratamento preferencial de transações envolvendo bens tangíveis. Para os serviços, a regulamentação repetiu o padrão *arm's length* sem maiores recomendações quanto ao que fazer na ausência de comparáveis. Sobre os intangíveis, apenas admitiu-se as dificuldades para encontrar comparáveis²⁸.

A Convenção-Modelo da OCDE foi revisada em 1977, e a partir de 1992, passou a seguir o formato de folhas soltas de modo a permitir seguidas atualizações.

²⁶ AVI-YONAH, Reuven S., *The Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of D.S. International Taxation*. Disponível em: <www.law.bepress.com>. Acessado em: 11 Ago. 2010. .

²⁷ 1968 US Treas' Regulations under Section 482. Disponível em: <www.gpo.gov>. Acesso em: 09 Jan. 2011

²⁸ AVI-YONAH, Reuven S., *The Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of D.S. International Taxation*. Op. cit.

Paralelamente, em 1980, a Organização das Nações Unidas (ONU), para atender aos interesses de países em desenvolvimento que não pertenciam à OCDE, divulgou também uma Convenção-Modelo. Em todas elas, praticamente repetiram-se as disposições dos artigos 7º e 9º existentes na Convenção-Modelo de 1963. O que houve de novidade no contexto internacional foi a elaboração, em 1979, pelo Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE, de um relatório²⁹ recomendando que os Estados-Membros seguissem uma abordagem no tratamento do controle dos *preços de transferência*, bastante similar àquela prevista na regulamentação americana de 1968.

Em 1984, a OCDE ampliou sua abordagem em outro relatório³⁰ que tratou, entre outros assuntos, dos serviços intragrupo. Importante destacar que neste relatório foi previsto em muitas situações em que os custos relativos aos serviços deveriam ser rateados indiretamente entre os participantes do grupo segundo critérios de alocação (*allocation keys*) que em muito se pareciam com fórmulas predeterminadas³¹.

Nos Estados Unidos, o período entre 1968 e 1986 foi marcado pela insistência do IRS e dos tribunais americanos em afirmar a consistência dos métodos estabelecidos na regulamentação da Seção 482. Contudo, os casos difíceis (*hard cases*) submetidos às cortes daquele país pareciam demonstrar que a ausência de comparáveis, principalmente para intangíveis, era uma realidade muito mais frequente que se poderia supor³². Reuven Avi-Yonah relata no “*Testimony of Prof. Reuven S. Avi-Yonah Hearing on Transfer Pricing Issues Committee on Ways And Means*” que, em alguns casos, o próprio IRS parecia querer abandonar o padrão *arm's length* a fim de obter decisões que o beneficiassem³³. Nesse rumo, o começo dos anos 80 revelou-se

²⁹OCDE, Disponível em: <www.ocde.gov>. Acessado em: 08.Jan. 2011

³⁰ Transfer Pricing and Multinational Enterprises. Paris: OCDE, 1984. Disponível em: <www.ocde.gov>. Acessado em: 08.Jan. 2011

³¹1994 US Treasury Regulations under Section 482. Disponível em: <www.gpo.gov>. Acessado em: 09. Jan. 2011.

³²Na proposta de regulamentação de 1992, o BALRM já havia sido rejeitado. Em seu lugar, a proposta elaborou o *Comparable Profits Interval* (CPI). Depois de algumas poucas modificações, o CPI se transformou no CPM, incorporado na regulamentação de 1994.

³³“*Testimony of Prof. Reuven S. Avi-Yonah Hearing on Transfer Pricing Issues Committee on Ways And Means*”. Disponível em: <http://waysandmeans.house.gov/media/pdf/111/2010Jul22_AviYonah_Testimony.pdf>. Acessado em: 10. Fev. 2011

desastroso para aquele serviço governamental, com casos relevantes em que as decisões lhe foram invariavelmente desfavoráveis.

Depois de muitas críticas e de um conjunto de propostas e regulamentações temporárias, em 1994, foi editada a regulamentação da Seção 482 que está até hoje vigente³⁴. Consolidou-se o método *Comparable Profits Method* (CPM), que compara margens líquidas entre partes controladas e não controladas apropriadamente selecionadas, somado aos métodos tradicionais na condição de aptos para a apuração do padrão *arm's length*. A possibilidade de utilização de métodos não especificados (não mais tratados na condição de quarto método) foi também contemplada.

Neste sentido, a regulamentação assevera que uma transação controlada atende ao padrão *arm's length* se os resultados da transação são consistentes com os resultados, que seriam alcançados se empresas não controladas participassem de uma mesma transação com verossímeis circunstâncias³⁵. E para acentuar ainda mais esta determinação, o regulamento elimina qualquer tipo de prioridade ou hierarquia, instituindo-se a "regra do melhor método" (*best method rule*): o resultado deve ser determinado pelo método que, diante dos fatos e circunstâncias, produza a medida mais confiável³⁶. Estas determinações romperam com a exigência de comparabilidade, pois se a metodologia aplicada atingir o mesmo resultado que seria alcançado por empresas independentes sem recorrer a parâmetros (preços ou margens) comparáveis, ele será compatível com o padrão *arm's length* e poderá, desta forma, ser aplicado³⁷.

A nova regulamentação também inovou ao apresentar um método específico para o tratamento de intangíveis que muito se assemelha com o CUP

³⁴1994 US Treasury Regulations under Section 482. Disponível em: <www.gpo.gov>. Acessado em: 09 Jan. 2011.

³⁵Este reconhecimento foi declarado após votação realizada pelos participantes da conferência "*Transfer Pricing and Treaties in a Changing World*" promovida em 2008 pela OCDE. Informação colhida em: <www.oecd.org>. Acessado em: 14 Jan. 2011.

³⁶OCDE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. par. 15 do Prefácio. Disponível em: <www.oecd.org>. Acessado em: 14 Jan. 2011.

³⁷OCDE, *Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. pars. 10 e 16 do Prefácio. Disponível em: <www.oecd.org>. Acessado em: 14 Jan. 2011

(utilizado para os tangíveis). Trata-se do *Comparable Uncontrolled Transaction* (CUT). Além disso, reservou também tratamentos específicos para os acordos de compartilhamento de custos (*Cost Sharing Arrangements*), para os empréstimos e para os serviços intragrupos.

Diante dos avanços na legislação americana, o Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE aprofundou seus estudos sobre o tema do controle de *preços de transferência*. Em 1995, a partir dos relatórios que haviam sido publicados em 1979 e 1984 e das novas idéias inseridas nas propostas e na regulamentação final da Seção 482 do IRC, foi publicado o relatório *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Depois da própria Convenção-Modelo, os *Guidelines*, como ficaram conhecidos os relatórios, transformaram-se no mais importante desenvolvimento da OCDE, na área tributária nos últimos 50 anos³⁸.

A ideia dos *Guidelines* foi confirmar a adesão da OCDE ao padrão *arm's length* estabelecido nos artigos 7º e 9º de sua Convenção-Modelo. Sua função é ajudar as administrações tributárias (de países membros ou não-membros da OCDE) e os grupos multinacionais a encontrar soluções mutuamente satisfatórias para o controle dos *preços de transferência*³⁹.

Não se trata de formulações estruturadas como prescrições normativas do dever ser. Trata-se, na verdade, de um conjunto de recomendações por meio das quais a OCDE encoraja a aceitação, em variadas situações, de interpretações comuns que visam à efetivação do padrão *arm's length*⁴⁰.

Neste sentido, as recomendações dos *Guidelines* têm o mesmo peso dos Comentários à *Convenção-Modelo*. Diferem-se, assim, da regulamentação americana que é autoaplicável, e das legislações estabelecidas em outros países, as quais normalmente têm estrutura normativa.

³⁸ Última atualização em 15.09.2009. Disponível em: <www.oecd.org>. Acesso em: 10. Dez. 2010.

³⁹ É de se notar a ênfase conferida pela OCDE à ideia de que os métodos por ela adotados são métodos "transacionais". Isto fica claro nas denominações genéricas escolhidas tanto para os métodos tradicionais quanto para os métodos baseados em lucros. A razão não pode ser outra senão reformar qualquer aproximação com métodos que dividem os lucros globais com base em fórmulas predeterminadas.

⁴⁰ Há, entretanto, diferenças conceituais importantes. O assunto será retomado neste Capítulo.

A estrutura dos *Guidelines* foi dividida em capítulos. A atualização e consolidação, tal qual a *Convenção-Modelo*, é feita em folhas soltas⁴¹. Seu Capítulo inicial é dedicado a confirmar a adesão ao padrão *arm's length* e a demonstrar sua conexão com os dispositivos previstos na *Convenção-Modelo*. Além disso, este apresenta diretrizes essenciais, como a questão da comparabilidade, para a aplicação dos métodos que são discutidos em seus capítulos seguintes.

O segundo capítulo trata dos métodos tradicionais (*traditional transaction methods*), os quais já haviam sido recomendados nos relatórios anteriores: o CUP, o *Resale Price* e o *Cost Plus*. Depois, no terceiro capítulo, tal qual a regulamentação americana de 1994, os *Guidelines* inovam com a apresentação de novos métodos. Denomina-os, genericamente, como *Transactional Profit Methods*⁴²; especificamente, são dois, o *Profit Split Method* e o *Transactional Net Margin Method* (TNMM). O primeiro é bastante similar ao homônimo americano e o segundo é inspirado no CPM americano. No mesmo capítulo, os *Guidelines* apresentam ainda uma série de razões pelas quais a OCDE entende que quaisquer métodos baseados em fórmulas predeterminadas não podem ser tolerados⁴³.

Os capítulos quarto e quinto apresentam recomendações de natureza diversa e visam à adequada abordagem administrativa da matéria, com destaque para os acordos de preços antecipados (*Advanced Price Arrangements - APAs*). Todavia, por não fazer parte da análise do presente trabalho, este ponto em específico não será abordado.

Por fim, os capítulos remanescentes, que foram introduzidos posteriormente, em 1996 e 1997, seguem a estratégia utilizada na regulamentação americana de 1994, e dedicam considerações especiais para o tratamento dos

⁴¹ US Regs. § 1.482-1 (c)(l). Disponível em: < http://www.irs.gov/irb/2005-40_IRB/ar13.html>. Acesso em: 10 Jan. 2010

⁴² Contudo, as empresas detêm a liberdade de utilizar métodos não mencionados nos *Guidelines*, desde que mantenham documentação necessária para provar que seus preços satisfazem ao padrão *arm's length*. OCDE, TP *Guidelines*, par. 1.68.

⁴³ Esta posição foi assumida em 200 I, no II Encontro do Comitê, que, na época, era denominado *Ad Hoc Grollp of Experts*. SCHOUERI, Luís Eduardo. "Tributação e Cooperação Internacional". In: Revista Fórum de Direito Tributário n° 7. Belo Horizonte, Fórum, 2004, p. 51.

intangíveis, dos serviços intragrupos e dos acordos de compartilhamento de custos (*Cost Contribution Arrangements*).

1.2. DA IMPORTÂNCIA DO CONTROLE DE PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

A concentração da titularidade e da localização dos fatores de produção, bem como a estrutura internalizada, contribuem para tornar o arranjo institucional das multinacionais uma forma mais eficiente de organização empresarial para a produção internacional. Este arranjo facilita o acesso à tecnologia, ao *know-how* e permite prática de políticas monopolistas e de governança corporativa. O crescimento dos conglomerados multinacionais no mundo atual é um fenômeno marcante, enquanto nos anos 80 o comércio intramultinacionais representava apenas 25% do total do comércio internacional, nesta década já ultrapassa 60% do total⁴⁴.

A concentração da localização dos fatores de produção favorece o aproveitamento de incentivos e vantagens econômicas, socioculturais e políticas oferecidas pelos diversos países. A estrutura internalizada aproveita a existência de um "mercado interno" para suprir a inexistência ou as imperfeições dos mercados externos.

No caso das montadoras de veículos instaladas no país, boa parte dos fatores utilizados para a produção dos automóveis foi fornecida por outras empresas pertencentes ao grupo multinacional situadas no exterior. O valor agregado no exterior deve ser remunerado por meio do respectivo *preço de transferência* estabelecido. Por sua vez, as empresas no exterior também utilizam fatores de produção de outras empresas do grupo (até mesmo da empresa brasileira). Enfim, os *preços de transferência* se multiplicam numa rede incontável de transações. A remuneração adequada de cada empresa no grupo multinacional dependerá dos fatores de

⁴⁴OCDE, "Tax Administration in OECD and Selected Non-OECD Countries: Comparative Information Series (2008)" Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/57/23/42012907.pdf>>. Acessado em: 21. Dez. 2010.

produção, com os quais ela contribui para cada transação. Isso está diretamente relacionado com os inúmeros preços praticados.

Nesse contexto, o controle dos *preços de transferência* tornou-se relevante ao ponto de ser identificado como o instrumento internacional mais determinante na repartição da base tributária das multinacionais entre as diversas jurisdições fiscais⁴⁵. Formou-se uma espécie de "*corrida dos milhões*"⁴⁶. Os diferentes países do mundo, 59 em 2006, apressaram-se em criar suas próprias regras para o tratamento do tema⁴⁷. Boa parte apenas adaptou as principais recomendações divulgadas pela OCDE. Mas, há países como o Brasil, que optaram por erigir regras bastante diferentes⁴⁸. Toda essa movimentação não tardou a gerar preocupação no âmbito empresarial.

A empresa de consultoria Ernst & Young realizou a pesquisa sobre o tema dos *preços de transferência*, "*2007-2008 Global Transfer Pricing Survey. Global Transfer Pricing Trends, Practices and Analysis*". Colheu opiniões de 850 empresas multinacionais em 24 países em que a maioria das empresas transnacionais considerava a questão como o tópico mais relevante do direito tributário internacional. O resultado revelou que:

"(...) 39% dos entrevistados elegeram o controle dos *preços de transferência* como a questão tributária mais relevante; 52% dos entrevistados sofreram auditorias, a partir de 2003, que resultaram em ajustes na base tributável em 28% das matrizes dos grupos multinacionais e 23% das suas subsidiárias; 78% dos entrevistados acreditavam que sofreriam auditorias nos dois anos subsequentes; Por isso, 74% dos entrevistados que trabalham nas matrizes e 81% dos que trabalham nas subsidiárias consideraram que o controle dos

⁴⁵Ernst & Young, "*2007-2008 Global Transfer Pricing Survey. Global Transfer Pricing Trends, Practices and Analysis*". Disponível em: <www.ey.com>. Acesso em: 10 Jan. 2011.

⁴⁶A expressão "*rat race in transfer pricing regulations*" vem sendo regularmente utilizada para referir o fenômeno mencionado.

⁴⁷Pesquisa efetuada em 2006 revelava a existência de pelo menos 59 países que adotam o controle dos preços de transferência. *KPMG's Global Transfer Pricing Review*, Disponível em: <www.us.kpmg.com/services>. Acesso em: 10 Jan. 2011.

⁴⁸O tratamento do tema no Brasil e sua dissonância com o padrão internacional serão apresentados neste Capítulo 2.

preços de transferência nestes anos seria muito importante ou absolutamente crítico.”⁴⁹

O receio das auditorias realizadas pelos fiscos nacionais tem sua razão. Mesmo uma mudança relativamente pequena no preço pode resultar num ajuste de grandes efeitos fiscais⁵⁰.

O caso da empresa *GlaxoSmithKline* (Glaxo) é emblemático. Ele ficou notório por envolver números nunca antes vistos numa disputa tributária. Mais de 7,7 bilhões de dólares foram lançados pelo *Internal Revenue Service* (IRS) dos Estados Unidos referentes ao período entre 1989 e 1996. Mas, ampliado até o ano de 2005, o valor discutido nos tribunais já totalizava perto de 15 bilhões quando, em 2006, a empresa e o IRS chegaram a um acordo no qual a Glaxo concordou em pagar, aproximadamente, 3,4 bilhões de dólares para encerrar a discussão⁵¹. Logo após o acordo, o Comissário Mark Everson do IRS declarou:

(...) “Temos sempre dito que os preços de transferência é um dos desafios mais significativos para nós, na administração do imposto sobre as sociedades. A resolução deste caso envia uma forte mensagem de nossa determinação de continuar a lidar com essa questão.”⁵²

⁴⁹Ernst & Young Global Transfer Pricing Survey 2007-2008. Disponível em: <www.ey.com>. Acesso em: 10 Jan. 2011.

⁵⁰LYONS, Susan M. “*Transfer Pricing, in Internacional Tax Glossary, Amsterdã: Internacional Bureau of Documentation*” In: SCHOURI, Luiz Eduardo. “*Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro*”. 3ª. ed. São Paulo: Dialética, 1999, p. 13.

⁵¹Jornal Times UK Online Sept 12 2006. “*GSK settles largest tax dispute in history for \$3.1bn*”. Disponível em: <http://www.timesonline.co.uk/tol/life_and_style/health/article635994.ece>. Acessado em: 01 Mai. 2011.

⁵²*No original: “We have consistently said that transfer pricing is one of the most significant challenges for us in corporate tax administration,” Mark Everson, the IRS commissioner, said. “The settlement of this case sends a strong message of our resolve to continue to deal with this issue.”* Informação retirada do Jornal Times UK Online Sept 12 2006. “*GSK settles largest tax dispute in history for \$3.1bn*”. Disponível em: <http://www.timesonline.co.uk/tol/life_and_style/health/article635994.ece>. Acessado em: 01 Mai. 2011.

Para os Estados Unidos, que inauguraram a "*corrida dos milhões*", o tema permanece tão vivo que David Rosenbloom⁵³ não reluta em afirmar que o controle dos *preços de transferência* é e será, no futuro previsível, um tópico extremamente importante naquele país⁵⁴.

Não muito diferente na Europa, uma pesquisa da Comissão Européia, realizada em 2004, questionou 700 grandes empresas em 14 Estados-Membros, sobre os seus custos de conformidade (*compliance costs*) em matéria tributária. O resultado apontou que, 82% dos problemas estão relacionados com exigências nacionais correlatas com o controle dos *preços de transferências*⁵⁵. No intuito de remover os obstáculos tributários que prejudicam o desenvolvimento do mercado interno, desde 2002 já havia sido estabelecido o *EU Joint Transfer Pricing Forum*. A criação desta instituição teve por objetivo declarado mitigar as disputas envolvendo os Estados-Membros em questões relativas ao controle dos *preços de transferência*.

Marcelo Huck constata que o prejuízo maior decorrente da manipulação dos *preços de transferência* é sofrido pelos países em desenvolvimento. Segundo o autor, nestes países, a participação das multinacionais é significativa e seu poder de barganha notável, porque estas sabem que aqueles precisam manter a atração para os investimentos estrangeiros. Isso faz com que um rigoroso controle dos *preços de transferência* possa funcionar como publicidade negativa com potencialidade de afastar futuros investimentos⁵⁶.

Se por um lado, não é razoável que estes países, com tantos problemas socioeconômicos, assistam passivamente à erosão de suas bases tributárias. Por outro lado, os países em desenvolvimento devem saber que as corporações multinacionais

⁵³ H. David Rosenbloom, membro do Conselheiro Fiscal Internacional e Diretor do Escritório de Assuntos Fiscais Internacionais e do Departamento do Tesouro dos Estados Unidos (1978-1981), atual professor de Tributação Internacional da Universidade de Nova York.

⁵⁴ ROSENBLOOM, H. David, "*The U.S. Approach to Transfer Pricing: Benchmarks and Hallmarks*". In: Tax Notes International, Jan. 30, 2006, p. 345. Disponível em: <[http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/detail.aspx?g=a 128b894-163d-4881-850b-112f53f01473](http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/detail.aspx?g=a%20128b894-163d-4881-850b-112f53f01473)>. Acessado em: 05 Mai. 2011

⁵⁵ European Commission Taxation e Cust Unio. "*EU Joint Transfer Pricing Forum held its eight meeting on 10 June 2004*". Disponível em: <http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/transferpricing/forum/article_396_en.htm>. Acessado em: 05 Mai. 2011.

⁵⁶ HUCK, Marcelo, *Evasão e Elisão Rotas Nacionais e Internacionais* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1996, pp. 301 e 302.

estabelecem sua política de *preços de transferência*, também considerando o risco de ajustes e respectivas punições em cada jurisdição.

No Brasil, conquanto o regramento legal tenha renunciado a significativa parcela da base tributável em prol da aplicabilidade, a fiscalização parece não querer atenuar o rigor do controle. Na Divisão de Preços de Transferência da Delegacia Especial de Assuntos Internacionais da Receita Federal (DEAIN)⁵⁷, localizada na cidade de São Paulo, uma equipe com apenas 12 auditores-fiscais lançou, de janeiro a outubro de 2008, o equivalente a 4,8 bilhões de reais em créditos tributários⁵⁸.

Espera-se, contudo, que a totalidade destes créditos seja questionada inicialmente, no âmbito administrativo, depois, no judiciário. Estima-se que, se bem-sucedidos ao final de toda discussão, tais créditos levarão cerca de aproximadamente 15 anos para ingressar nos cofres públicos. Eis aí um sinal de que, apesar do controle dos *preços de transferência* ter uma disciplina tão diferente no país, seus efeitos caminham aos mesmos passos que alhures. Os valores são altos, por isso, aqui assim como lá, há pretensão das administrações em exaurirem cada aspecto da matéria lançada.

Diante da complexidade do tema e dos riscos financeiros envolvidos, a maioria das multinacionais prefere contratar os serviços das grandes empresas de consultoria, que atuam no mercado oferecendo profissionais altamente especializados no assunto. Na mesma pesquisa da Ernst & Young feita em 2007, 74% dos

⁵⁷ A Delegacia Especial de Maiores Contribuintes (Demac), que fiscaliza em todo país as grandes empresas, com faturamento anual superior a R\$ 90 milhões, a fiscalização na importação também tomou mais espaço. Instalada em maio de 2009, a Demac sucedeu a antiga Delegacia de Assuntos Internacionais, cujas ações de fiscalização eram baseadas quase que totalmente em pagamento do Imposto de Renda por empresas com estabelecimentos no exterior, em preços de transferência e em planejamento tributário. E no primeiro quadrimestre de 2010 houve 33 ações fiscais que resultaram em autuações de R\$ 154,3 milhões. Informação retirada do artigo: “*Cresce autuação dos grandes contribuintes*”. Marta Watanabe - De São Paulo, Fonte: VALOR ECONÔMICO – BRASIL. Disponível em: <<http://www.alexandrebarros.com.br/boletins-semanais/visualizar/945,Cresce-autuacao-dos-grandes-contribuintes>>. Acesso em: 13 Mai. 2011.

⁵⁸ “DEAIN fecha o cerco a paraísos fiscais”. In: Integração Unafisco, ano I, Ed. 5, dez. 2008. Brasília: Unafisco Sindical, p.11.

entrevistados responderam que pretendiam atender ao esperado aumento do controle dos *preços de transferência* com a ajuda de consultores externos⁵⁹.

Não sem razão, que as empresas internacionais de assessoria contábil-fiscal como Deloitte, Price Cooper WatherHouse, KPMG, Ernest Young e outras, comemoram quando constatarem, que as administrações tributárias estão incrementando suas auditorias com o intuito de motivar a conformação espontânea às regras de controle dos *preços de transferência*.

O trabalho destes profissionais é facilitado pela dimensão global de suas empresas. A experiência adquirida pelo convívio com a variedade de regras nos diversos países em que atuam permitiu o desenvolvimento de rotinas, que se tornaram parâmetro para as auditorias realizadas pelos diferentes fiscos. Neste sentido, o tópico controle dos *preços de transferência* envolve rotinas desenvolvidas em cinco estágios bem definidos: 1) coleta de informações para a análise funcional (objetiva uma profunda compreensão dos negócios empreendidos pelo grupo multinacional); 2) seleção dos métodos a serem aplicados (tem por finalidade à apuração dos *preços de transferência* das diversas transações internas do grupo); 3) análise comparativa (vislumbra a pesquisa de parâmetros de mercado a serem utilizados nos métodos selecionados); 4) documentação (visa ao registro dos procedimentos adotados para possíveis auditorias); 5) permanente atualização (objetiva a consolidação de uma política de *preços de transferência* e sua sucessiva documentação).

As estruturas empresariais desenvolvidas pelos conglomerados multinacionais são bastante variáveis. Há estruturas que contam com uma empresa centralizadora das políticas, riscos e estratégias, enquanto que as demais são meras provedoras de serviços que suportam a participação do negócio nos mercados locais. A análise funcional identifica certos modelos, que se repetem nas diferentes estruturas centralizadas e que devem operar com *preços de transferência* definidos segundo o método apropriado para cada caso. Por exemplo, empresas comerciais preponderantemente distribuidoras (*Stripped Distributors*) têm um método para a

⁵⁹Ernst & Young Global Transfer Pricing Survey 2007-2008. Disponível em: <www.ey.com>. Acessado em: 10. Jan. 2011.

apuração dos *preços de transferência* de suas transações. Do mesmo modo, empresas industriais com a produção preponderante vinculada a contratos de encomenda (*Contract Manufacturers*) tem seus preços definidos por outro método.

Outras estruturas operam com políticas mais descentralizadas, em que as empresas colaboram mais efetivamente para o esforço do empreendimento com suas próprias políticas, riscos e estratégias e dividem os lucros na medida desta cooperação.

O atual estágio da globalização tem incentivado a desconcentração do processo produtivo, privilegiando estes tipos de arranjos empresariais. Há uma crescente fuga de plantas industriais e prestação de serviços para países com menores encargos trabalhistas. Além disso, percebe-se, também, a crescente transferência de algumas atividades de *Pesquisa e Desenvolvimento* (P&D). Neste diapasão, para as multinacionais, a livre movimentação dos intangíveis entre as empresas do grupo é uma importante vantagem competitiva. O fato de que isto pode significar a potencial fuga das fontes de riqueza tem levado os países mais ricos a reconhecer na propriedade intelectual uma importância nunca antes percebida⁶⁰.

O papel dos intangíveis no desenvolvimento recente da economia global é decisivo. Marco Aurélio Greco ressalta que a tributação encontra espaço para crescer no campo dos intangíveis, porque estes são a razão diferencial da competição que se instalou na economia contemporânea⁶¹. A riqueza produzida, nos últimos 100 anos, está muito mais relacionada com o desenvolvimento de novas tecnologias do que com o aparecimento de novos fatores de produção. Basta pensar, por exemplo, na capacidade de armazenamento de informação de um chip eletrônico fabricado a partir da combinação de alguns miligramas de metais.

O controle atenua, então, o rigor nos controles das operações de bens e serviços produzidos para se concentrar nos *preços de transferência* dos intangíveis

⁶⁰Andrew Casley e Peter Hohtoulas, "*Transfer Pricing and technology*". In: Tax Planning International Transfer Pricing, v. 9 (2008), n. 3. Londres, pp. 17 a 20.

⁶¹GRECO. Marco Aurélio, "*Sobre o Futuro da Tributação: a Figura dos Intangíveis*". In: Revista Direito Tributário Atual n. 20. São Paulo: IBDT - Dialética, 2006, pp. 169 e 170.

desenvolvidos. Discute-se, neste cenário, a legitimidade que dispõem as jurisdições nacionais, de reivindicar para si os benefícios auferidos com o uso de certos intangíveis, na medida em que os custos com os investimentos para sua geração nas atividades de P&D tenham sido deduzidos da base de cálculo da tributação em suas respectivas jurisdições. Daí a importância que vem sendo atribuída ao controle dos *preços de transferência* de uso dos intangíveis.

Consciente desta realidade, o 61º *Congresso Anual da International Fiscal Association* (IFA), realizado em 2007, em Kyoto, no Japão, tratou do tema "*Preços de Transferência e Intangíveis*". Na ocasião, o presidente do painel salientou que é necessária uma abordagem mais consistente e balanceada, em face dos países em desenvolvimento, no controle dos *preços de transferência* dos intangíveis. A idéia é evitar que um tratamento discriminatório possa influenciar ou desestimular a estruturação legítima de transações que envolvem intangíveis⁶².

Uma questão diretamente relacionada com os intangíveis que tem preocupado as administrações tributárias de diversos países é a reestruturação empresarial dos grupos multinacionais. A liberdade de criação, fusão, incorporação, cisão e extinção de empresas são inerentes ao capitalismo. No âmbito das atuais corporações multinacionais, isto é uma viva realidade. Entretanto, o espaço para o planejamento fiscal envolvendo a manipulação dos *preços na transferência* de intangíveis nessas situações pode ser considerado extraordinário⁶³.

O reconhecimento da importância do assunto motivou a OCDE a iniciar estudos específicos, que visam a um adequado tratamento do tema e que, por enquanto, resultaram na divulgação, em setembro de 2008, de um relatório preliminar para discussão⁶⁴. O objetivo principal do relatório é assegurar que o controle dos *preços de transferência*, das transações resultantes das reestruturações empresariais receba

⁶² "Transfer Pricing and Intangibles: Summary of Discussions at the 61 st IFA Congress in Kyoto" In: International Transfer Pricing Journal, Jan/Feb, 2008. Amsterdam: IBFD, p. 58.

⁶³ Perceba a discussão sobre a possível manipulação do preço da marca no relato do Caso GHL. SCHOUERI, Luís Eduardo. "*Preços de Transferência no direito brasileiro*", 2ª Ed.. Ver. E atual. São Paulo: Dialética, 2006, pp. 23 e 24.

⁶⁴ *Discussion Draft on the Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings*. Disponível em: <www.ocde.org>. Acessado: em 11. Jan. 2011.

um tratamento padronizado nos diferentes países do globo e alerta para o fato de que há várias razões legítimas⁶⁵, que justificam a reestruturação das empresas de um grupo multinacional e elas, necessariamente, não têm como objetivo a economia de tributos.

A relevância do estudo do controle dos *preços de transferência* em transações envolvendo negociação global pelos conglomerados empresariais, neste sentido, resta comprovada, seja sob o ponto de vista econômico, porque as operações globais crescem de forma exponencial e envolve um número cada vez maior de empresas, que necessitam destes instrumentos para atuar na economia globalizada, seja sob o ângulo do direito tributário internacional, constantemente desafiado pelas situações inovadoras e complexas existentes neste terreno de negócios internacionais.

Estas inovações trazem tanto desafio para as empresas quanto para as administrações tributárias. Estas últimas importam o fato de que se os *preços de transferência* em geral são aptos a deslocar uma quantidade imaginável de lucros tributáveis para países sem ou com baixa tributação da renda. Sob a perspectiva das empresas, há elevado nível de insegurança jurídica na medida em que as metodologias disponíveis para a comprovação dos seus *preços de transferência* normalmente não são adequadas a estas espécies de transações intragrupo; teme-se na prática, arbitramentos abusivos pelas autoridades, em virtude da impossibilidade de aplicação das regras vigentes.

Um debate mais profundo sobre o tema evitaria tanto a ausência de tributação pelo fisco brasileiro, de renda auferida por entidade estabelecida no país, quanto à tributação excessiva de contribuintes, que praticam atividades cuja adequação beira o impossível. A solução das controvérsias relacionadas ao controle dos *preços de transferência* apresenta-se importante para a administração tributária assim como para os contribuintes.

⁶⁵ Heleno Tôres compartilha este entendimento. TÔRES, Heleno. “Direito Tributário Internacional: planejamento tributário e operações transacionais”. São Paulo, Ed: Revista dos Tribunais, 1999, p. 163.

1.3. DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA E SEU CONTROLE

A propriedade de tangíveis não é o único bem que pode ser transferido entre empresas relacionadas. Mais do que as entidades independentes, aquelas transacionam também o direito de uso (aluguéis) de bens tangíveis, a transferência da propriedade e o direito de uso (*royalties*) de bens intangíveis, a prestação de serviços, contratos de mútuo, rateios de custo e garantias. Pela capacidade de reunirem transações com tal conteúdo, sobressaem, neste contexto, as criações, reorganizações e dissoluções societárias. Tudo isso envolve a atribuição de *preços de transferência*.

A matéria dos preços de transferência envolve a idéia da valoração, que deve ser fixada em moeda nas transações realizadas entre duas empresas relacionadas⁶⁶. Os *preços de transferências* têm potencial que para transferir a renda tributável entre jurisdições fiscais⁶⁷. Outros casos poderiam ser relatados⁶⁸, inclusive no sentido inverso, ou seja, em operações de importação.

Se os fiscos nacionais não puderem contornar tais planejamentos, não é difícil imaginar a perda de receita que a manipulação dos *preços de transferência* pode representar para seus cofres públicos. Contudo, não necessariamente os *preços*

⁶⁶ É bastante variável nos diversos países o critério escolhido para definir o nível necessário de relacionamento que duas empresas devem ter para que os preços das transações que praticam entre si sejam tratados como *preços de transferência*. Além disso, o relacionamento pode se dar também entre distintos estabelecimentos da mesma empresa ou entre a empresa e uma pessoa física situados em diferentes países. O tema será retomado neste Capítulo 2.

⁶⁷ Como exemplo, uma empresa brasileira “X” é produtora de uma marca de bebida internacionalmente apreciada e que a grande maioria da produção de “X” é comercializada no exterior por meio de sua subsidiária “Y”, estabelecida em um dos países que oferecem tributação favorecida (os conhecidos paraísos fiscais). Fixa-se que cada garrafa custa \$1,00 para ser produzida no Brasil e que possa ser vendida no mercado internacional a um preço equivalente a \$5,00. Se a subsidiária “Y” é totalmente controlada pela empresa “X”; esta pode manipular o preço da transferência de seus produtos para a subsidiária “Y” de tal modo que a maior parte do lucro total da transação seja apurada no paraíso fiscal. No caso em tela, o preço da transferência pode ser estipulado em \$1,25 a cada garrafa comercializada. Desta forma, \$0,25 de lucro é oferecido à tributação no Brasil, enquanto que \$3,75 é oferecido à tributação no “paraíso fiscal”.

⁶⁸ A doutrina relata, por exemplo, a existência de planejamentos fiscais que usam a manipulação de preços de transferência para que o grupo multinacional se beneficie da existência em certas jurisdições de técnicas de integração para o alívio da tributação econômica ou do aproveitamento de prejuízos fiscais. KOBETSKY, Michael, “*Transfer Pricing Measures and Emerging Developing Economies*”. In: *Asia-Pacific Tax Bulletin*, Sep/Oct 2008. Amsterdam: IBFD, pp. 364 a 365. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/57/23/42012907.pdf>>., Acessado em: 23.12.2010.

de *transferência* entre empresas relacionadas são estabelecidos com o propósito de economizar tributos.

A fixação dos preços e a conseqüente alocação de lucros podem ser motivadas pela presença de incentivos financeiros, restrições cambiais, pressões salariais e pela própria exigência da performance administrativa no âmbito das organizações multinacionais, tais como necessidades de fluxo de caixa ou de lucratividade nos seus diferentes níveis⁶⁹.

Portanto, há tantas razões que influenciam a valoração dos *preços de transferência* que sequer é possível afirmar preliminarmente que eles serão manipulados⁷⁰. Por isso, a OCDE transmite:

(...) as administrações tributárias não devem assumir automaticamente que as empresas associadas procuraram manipular seus lucros 'nem que' as condições estabelecidas entre empresas associadas irão invariavelmente desviar daquelas que seriam demandadas no mercado aberto"⁷¹.

Neste sentido, o tema dos *preços de transferência* é uma matéria interdisciplinar, com abordagens econômicas e gerenciais inerentes à fixação dos preços nos grupos multinacionais. Trata-se de um assunto de administração financeira⁷², que ganhou contornos jurídicos em função da possibilidade de gerar efeitos no campo tributário. A matéria, entretanto, pode interessar a outros ramos do direito. Não é impossível que a manipulação dos preços venha a ser objeto de controle por um regime jurídico-cambial⁷³. Igualmente, a transferência de lucros para outras

⁶⁹ No mesmo sentido, TÔRRES. Heleno, "*Direito Tributário Internacional: Planejamento Tributário e Operações Transnacionais*". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 164; e XAVIER. Alberto, "*Direito Tributário Internacional do Brasil*", 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 364.

⁷⁰ XAVIER. Alberto. "*Direito Tributário Internacional do Brasil – Tributação das Operações Internacionais*". 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 301.

⁷¹ SCHOUERI. Luís Eduardo, "*Preços de transferência no direito brasileiro*". 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2006, pp. 23 e 24.

⁷² No âmbito brasileiro está previsto artigo 117, § 1º, "a", da Lei nº 6.404/76 (Lei de Sociedades Anônimas).

⁷³ MOSQUERA. Roberto Quiroga, "*O Regime Jurídico-Tributário dos Preços de Transferência e a Lei nº 9.430/96*". In: ROCHA. Valdir de Oliveira (coord.). "*Tributos e Preços de Transferência*". São Paulo: Dialética, 1997, pp. 90 e 91.

sociedades pode ensejar abuso de poder do acionista controlador e se submeter aos contornos de legislação pertinente ao direito societário⁷⁴.

De forma genérica é possível conceituar os "*preços de transferência*", termo que corresponde à expressão inglesa "*transfer price*", como os valores monetários atribuídos pelas empresas relacionadas às transações internacionais de transferências de propriedade ou de direito de uso de bens, tangíveis ou intangíveis e de prestações de serviços⁷⁵. Percebe-se, ademais, que não é apropriado utilizá-lo para mencionar as transações internacionais realizadas entre empresas independentes.

No relatório do "*Internacional Tax Glossary*" encontra-se o conceito de "*preço de transferência*" sendo:

(...) a determinação dos preços a serem cobrados entre empresas relacionadas, particularmente pelas companhias internacionais, relativamente a transações entre vários membros de seu grupo (vendas de bens, prestação de serviços, transferência e uso de tecnologia e patentes, mútuos, etc)⁷⁶.

No Brasil, o termo "*preços de transfência*" tem recebido duplo sentido, ora como acima referido, ora faz atribuição às normas de controle. Esta atribuição pode decorrer da própria política de preços imposta internamente no grupo multinacional ou pode ser consequência da disciplina legal interna exigida para contornar os efeitos dos *preços de transferência* na tributação da renda, a qual ficaria mais esclarecida pela expressão "*controle dos preços de transferência*"⁷⁷. Neste particular, os textos de língua inglesa são mais claros porque diferenciam esta peculiaridade pela expressão *transfer pricing*.

⁷⁴SCHOUERI. Luís Eduardo, "*Preços de transferência no direito brasileiro*". 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2006, pp. 26 a 27.

⁷⁵ Com conceitos semelhantes: TÔRRES, Heleno Taveira. "*Pluritributação Internacional sobre as Rendas das Empresas*". São Paulo: RT, 1997, p. 264.

⁷⁶ *Internacional Tax Glossary*. 3º ed, Amsterdam: IBDF, 1996 In: TÔRRES, Heleno, *Direito Tributário Internacional: planejamento tributário e operações transacionais*, São Paulo, Ed: Revista dos Tribunais, 1999, p. 163.

⁷⁷ Há quem prefira, todavia, a expressão "apreçamento de transferência". TAVOLARO. Agostinho Toffoli "*Tributos e Preços de Transferência*". In: SCHOUERI. Luís Eduardo e ROCHA. Valdir de Oliveira (coords.). *Tributos e Preços de Transferência*. v. 2. São Paulo: Dialética, 1999, p. 31.

Assim sendo, é conveniente distinguir os "*preços de transferência*" do "*controle dos preços de transferência*". Este último pode ser definido como a disciplina jurídica, que visa a contornar os efeitos na tributação da renda causados pela prática dos *preços de transferência*⁷⁸. A submissão a este controle pode ser vista como um preço a ser pago por uma empresa, por fazer parte de um grupo multinacional e poder se beneficiar de diversas vantagens competitivas.

O controle dos *preços de transferência* exercido por um país pode ou não resultar em reajustamento da base de cálculo dos tributos incidentes sobre os lucros⁷⁹ da empresa relacionada submetida a sua jurisdição fiscal⁸⁰. As regulamentações internas⁸¹ da disciplina normalmente impõem o controle sempre que se verifiquem as circunstâncias necessárias para existência de preços transferidos, ou seja, a ocorrência de transações internacionais entre uma empresa local e uma empresa relacionada situada no exterior.

O controle ocorre independentemente de haver a intenção da empresa em evadir ou elidir tais tributos⁸². O procedimento ganha, então, uma formulação segundo a qual uma vez verificada a incidência de pressupostos subjetivos (empresas relacionadas) e objetivos (prática de *preços de transferência*) deve-se promover o seu controle.

⁷⁸Mencionam-se os efeitos causados na tributação da renda, porque a prática dos *preços de transferência* pode também causar efeitos na tributação aduaneira, que é objeto da disciplina denominada valoração aduaneira, bem como na tributação incidente sobre as vendas, que, no Brasil, é objeto da previsão concorrente de vários tributos como o IPI, o ICMS, o PIS e a COPINS.

⁷⁹No Brasil, incidem o imposto de renda da pessoa jurídica (IRPJ) e a contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL).

⁸⁰Alberto Xavier enumera quatro requisitos essenciais para que o controle resulte no reajustamento: elemento de estraneidade, nexos de interdependência, vantagem anormal e nexos causal. XAVIER, Alberto. *Op. cit.*, p. 391.

⁸¹Gianmarco Cottani relata que a grande maioria dos países trata o controle dos *preços de transferência* por meio de circulares ou resoluções administrativas porque facilita as alterações. *Transfer Pricing and Intangibles: Summary of Discussions at the 6 1st IFA Congress in Kyoto*. In: *International Transfer Pricing Journal*, Jan/Feb. 2008. Amsterdam: IBFD, p. 58. In Ernst & Young Global Transfer Pricing Survey 2007-2008. Disponível em: < www.ey.com >. Acessado em: 10. Jan. 2011

⁸²US Treasury Regulations, § 1.482-1 (f)(1)(i). Disponível em: < http://www.irs.gov/irb/2005-40_IRB/ar13.html >. Acesso em: 10 Jan. 2010.

1.4 DOS MÉTODOS PARA APURAÇÃO DO *ARM'S LENGTH*

No contexto histórico da disciplina nos Estados Unidos, foi possível perceber as dificuldades vivenciadas por aquele país, quando tentou implementar o controle dos *preços de transferência* a partir da mera enunciação de cláusulas genéricas que apenas declaravam a existência de um padrão, o *arm's length*, para o trato da matéria. Foram necessários alguns anos de maturação para se perceber que era necessário o desenvolvimento de uma metodologia específica.

Nas palavras de Luis Eduardo Schoueri⁸³, "o princípio *arm's length* escorrega pelas mãos daquele que, sem outras ferramentas de apoio, pretende usá-lo". Apesar da exigência de se aprofundar o conhecimento destes métodos, os mesmos serão apresentados em consonância com a disposição da matéria nos *Guidelines* em breves considerações.

1.4.1 Dos métodos de controle tradicionais

Conforme relatado no item 1.1 de capítulo, os primeiros métodos desenvolvidos foram denominados *Comparable Uncontrolled Price* (CUP), *Resale Price* e *Cost Plus*. Eles surgiram na regulamentação americana de 1968 e continuam previstos, com poucas alterações estruturais, na regulamentação vigente de 1994. A OCDE incorporou estes métodos em seus *Guidelines* de 1995 nas condições de métodos preferenciais⁸⁴. Classificou-os, genericamente, na categoria de métodos transacionais tradicionais (*traditional transaction methods*). Na sequência, destacam-se as principais características de cada um.

A OCDE apresenta uma singela definição para o CUP: é o método que compara o *preço de transferência* de uma transação controlada com o preço de

⁸³SCHOUERI. Luís Eduardo, Op. cit., p. 36.

⁸⁴OCDE. "Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations". Paris: OCDE, 1996.p. 17 a 15.

uma transação não controlada em circunstâncias comparáveis. A constatação de que há alguma diferença entre os dois preços, pode indicar que o relacionamento das empresas não é *arm's length*. Por isso, poderá ser necessário substituir o preço da transação controlada pelo preço da transação não controlada. Trata-se de uma comparação direta, ou seja, comparam-se preços. Por isso, a OCDE não tem dúvidas em afirmar que, quando for possível encontrar transações não controladas comparáveis, o CUP é o mais confiável e preferível dos métodos⁸⁵.

A grande vantagem do método é que o resultado *arm's length* observado em transações não controladas serve para comparação nos dois lados da transação controlada (*two-sides analysis*), ou seja, no controle do preço de transferência das duas empresas relacionadas.

O método *Resale Price* tem como ponto de partida o preço de revenda para uma empresa independente de um bem ou serviço adquirido de uma empresa relacionada. Deste "*preço de revenda*" deduz-se um lucro bruto apropriado para se chegar ao preço padrão que servirá de parâmetro para a transação controlada. O lucro bruto apropriado é calculado em função da margem de lucro (margem de revenda) *arm's length*⁸⁶.

A margem de lucro *arm's length* deve ser suficiente para gerar um lucro bruto capaz de cobrir os custos e despesas operacionais da revenda, considerando as funções⁸⁷ realizadas, os ativos, os empregados e os riscos⁸⁸

⁸⁵ OCDE. "Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration. Paris. OCDE. 2001".pars. 2.6 e 2.7.

⁸⁶ A lógica de mercado funciona também para as margens brutas de lucro. Se, para dois produtos que requerem o mesmo custo e esforço para serem revendido, um deles apresentasse melhor margem, o revendedor favoreceria este último. Como resultado, o fornecedor do primeiro seria obrigado a diminuir o preço que o revendedor adquire seu produto a um nível tal que as margens de lucro dos dois produtos se equilibrassem. Por exemplo, se o preço de revenda de uma mercadoria é \$10 e a margem de lucro *arm's length* é de 20%, o lucro bruto apropriado será \$2 (20% x \$10) e o preço *arm's length* será \$8.

⁸⁷ A regulamentação americana enuncia uma lista exemplificativa do que deve ser tratado como "funções" no âmbito da legislação de controle dos preços de transferência. Esta lista inclui as funções de P&D; engenharia de projeto e produto; engenharia de fabricação, produção e processo; fabricação, produção e montagem de produtos; compras e administração de materiais; marketing e distribuição; transporte e armazenamento; serviços administrativos, jurídicos, contábeis e financeiros; treinamento; e recursos humanos. 1994 *US Treasury Regulations under Section 482*, § 1.482-1 (d)(3)(i). Disponível em: <www.gpo.gov>. Acessado em: 12. Jan. 2011

⁸⁸ A regulamentação americana enuncia uma lista exemplificativa do que deve ser tratado como "riscos" no âmbito da legislação de controle dos *preços de transferência*. Esta lista inclui os riscos de mercado,

assumidos e, ainda assim, conferir um lucro líquido apropriado para o revendedor⁸⁹. Esta margem de lucro deve ser determinada com base em margens verificadas em operações de revenda realizadas em circunstâncias comparáveis. Trata-se de tomar como referência as margens praticadas quando bens e serviços adquiridos em transações não controladas são revendidos para independentes. Os preços são calculados, portanto, a partir de margens *arm's length*. Estas, por sua vez, são constituídas sobre uma base de preços praticados em operações de revenda para empresas independentes.

Cumprido destacar que o método poderá ser utilizado no controle do *preço de transferência* exercido sobre a empresa que representa a parte testada (empresa revendedora importadora), ou no controle do preço exercido sobre a outra parte da transação controlada (empresa relacionada exportadora). Entretanto, o resultado *arm's length* observado nas margens de lucro das transações não controladas só pode ser utilizado para o cálculo do preço *arm's length* a partir do preço de revenda da empresa revendedora. Por isso, somente um dos lados da transação controlada corresponde à parte testada. Em regra, será o lado que desempenha funções menos complexas e que configure a utilização típica do método, ou seja, operações de revenda.

O método *Cost Plus* parte dos custos incorridos pelo fornecedor de um bem ou serviço alienado para uma empresa relacionada. A estes custos incorridos é adicionado um lucro bruto apropriado para se chegar ao preço *arm's length*, que servirá de parâmetro para a transação controlada. O lucro bruto apropriado é calculado em função da margem de lucro (*mark up*) *arm's length*. A diferença em relação ao cálculo previsto no método *Resale Price* é que neste a margem é calculada a partir do preço de

incluindo flutuantes nos custos, demandas, preços e estoques; os riscos associados ao sucesso ou insucesso das atividades de P&D; os riscos financeiros, incluindo as flutuantes de taxas de câmbio e de juros; os riscos das operações de crédito; os riscos de garantia; e os riscos sobre a propriedade dos ativos empresariais. 1994 US Treasury Regulations under Section 482, § 1.482-1 (d)(3)(iii)(A). Disponível em: <www.gpo.gov>. Acessado em: 12 Jan. 2011

⁸⁹ OCDE, *TP Guidelines*, Op. cit., par. 2.28; e US Reg. Op. cit., §1.482-3 (c)(3)(iii)(B).

revenda, enquanto que no *Cost Plus* é calculada a partir do valor total dos custos incorridos⁹⁰.

A margem de lucro *arm's length* deve ser suficiente para gerar um lucro bruto para cobrir as despesas operacionais, considerando as funções realizadas, os ativos, empregados e os riscos assumidos; e ainda assim, auferir um lucro líquido apropriado para o fornecedor⁹¹. Esta margem de lucro deve ser determinada com base nas margens verificadas em transações realizadas em circunstâncias comparáveis. Trata-se de tomar como referência as margens praticadas por fornecedores de bens e serviços alienados em transações não controladas. Desta forma, os preços *arm's length* são calculados a partir de margens *arm's length*. Estas, por sua vez, são constituídas sobre uma base de custos incorridos por fornecedores independentes.

1.4.2 Dos métodos de controle baseados em lucros

A utilização apenas dos métodos tradicionais no histórico dos primeiros anos de uso nos Estados Unidos, revelaram ser bastante difícil atingir a consistência do controle dos *preços de transferência*⁹². Por isso, a regulamentação americana de 1994 marcou a introdução de dois novos métodos para o tratamento da matéria: o *Comparable Profits Method* (CPM) e o *Profit Split*.

A OCDE admitiu estes métodos em seus *Guidelines* de 1995 na condição de serem utilizados como último recurso (*last resort*)⁹³. Classificou-os genericamente na categoria de métodos transacionais baseados em lucros (*Transactional Profit Methods*). Além disso, fez algumas alterações no CPM a ponto de resolver tratá-lo como *Transactional Net Margin Method* (TNMM). Na sequência, destacam-se as principais características das duas espécies de métodos baseados em lucros.

⁹⁰Por exemplo, se o custo de produção de um serviço é \$500 e a margem de lucro *arm's length* é de 30%, o lucro bruto apropriado será de \$150 (30% x \$500) e o preço *arm's length* será \$650.

⁹¹Conforme relatado no capítulo I, item 01.

⁹²OCDE, TP *Guidelines*, par. 2.32. Disponível em: <www. ocde.org>. Acesso em: 12. Jan. 2011.

⁹³OCDE, TP *Guidelines*, ibid. Op. cit. Disponível em: <www. ocde.org>. Acesso em: 12. Jan. 2011.

Os métodos TNMM e CPM têm como referência um indicador de nível de lucro (*profit level indicator*) capaz de aferir a margem líquida de lucro da transação. Eles operam de maneira semelhante aos métodos *Resale Price* e *Cost Plus* pelo fato de que o preço padrão, que servirá de parâmetro para a transação controlada, deve ser determinado em função da margem líquida *arm's length*.

Estes métodos necessitam também de um teste de comparabilidade envolvendo as circunstâncias das transações. Os indicadores de nível de lucro das transações não controladas aprovados no teste da comparabilidade irão compor uma amostra que consubstanciará o resultado *arm's length*. As mesmas considerações efetuadas quanto à qualidade e ao tamanho da amostra de preços no método CUP podem ser aplicadas para a amostra de indicadores de nível de lucro nos métodos TNMM e CPM.

Outra importante observação é que são métodos em que também só um dos lados da transação controlada corresponde à parte testada (*one-side analysis*)⁹⁴. Podem ser utilizados no controle do *preço de transferência* exercido sobre qualquer das empresas que praticam a transação controlada. Entretanto, o resultado *arm's length* observado nos indicadores de nível de lucro das transações não controladas deve ser utilizado na parte testada para o cálculo do preço *arm's length*. A empresa que corresponde à parte testada em regra é a que desempenha funções menos complexas e não possui intangíveis valiosos ou ativos exclusivos⁹⁵.

A preocupação com a consistência contábil entre as variadas fontes supridoras dos indicadores de nível de lucro é menor do que a observada nos métodos *Resale Price* e *Cost Plus* em relação às margens brutas. Isto se deve ao fato de que aqueles indicadores normalmente são calculados levando em conta o lucro operacional, diversamente do lucro bruto considerado nas margens brutas. Como o lucro operacional representa apenas a remuneração da operação, depois de excluídos os custos e despesas operacionais, não há que se ter a mesma atenção com os tratamentos diferenciados destes itens contábeis nos diversos países. Por isso, inclusive, há uma maior facilidade para a obtenção dos indicadores de nível de lucro do

⁹⁴OCDE, TP *Guidelines*, par. 3.31. Disponível em: <www.ocde.org>. Acesso em: 12. Jan. 2011.

⁹⁵OCDE, TP *Guidelines*, par. 3.43. Disponível em: <www.ocde.org>. Acesso em: 12. Jan. 2011.

que das margens brutas. Isso, no entanto, não afasta a eventual necessidade de pequenos ajustes⁹⁶.

Há situações em que as transações realizadas entre empresas são tão intimamente relacionadas que não podem ser separadamente avaliadas⁹⁷. As duas partes da transação controlada realizam funções complexas ou possuem intangíveis valiosos ou ativos exclusivos. Essa configuração impede que margens ou indicadores de nível de lucros comparáveis sejam encontrados. Para contornar estas dificuldades, o método *Profit Split* foi desenvolvido partindo de uma abordagem completamente diferente dos métodos anteriormente apresentados. A ideia é dividir o lucro operacional total do empreendimento que origina a transação controlada (ou transações controladas que sejam integradas) entre as duas empresas relacionadas segundo um critério de alocação que leve em conta a contribuição relativa de cada parte para a obtenção deste lucro⁹⁸.

Uma situação típica de aplicação do método pode ser ilustrada quando duas empresas estão associadas num empreendimento que tem por objetivo, por exemplo, a produção de um tipo específico de computador. Uma das partes produz o chip e a outra os demais componentes. Ambas desenvolvem intangíveis valiosos em suas respectivas áreas de atuação. Nestas condições, o preço *arm's length* do chip, por ter tecnologia exclusiva e ser um componente fundamental no produto final, pode ser mais adequadamente definido pelo *Profit Split*. Divide-se o lucro operacional obtido na venda do computador de acordo com a contribuição agregada pelo produtor do *chip* possível, então, afirmar que o *Profit Split* atribui a cada participante da transação controlada o adequado nível de remuneração de acordo com a contribuição revelada pelos respectivos intangíveis empregados.

A grande vantagem do método *Profit Split* é a sua aplicação na difícil alocação da parcela dos lucros obtidos como consequência do desenvolvimento de ativos intangíveis. Com o crescimento da competitividade internacional propiciada pela

⁹⁶OCDE, TP Guidelines, par. 3.40. Op. cit.; e US Regs. §1.482-5 (c)(3)(ii).Disponível em: <www.gpo.gov>. Acessado em: 12 Jan. 2011

⁹⁷OCDE, TP Guidelines, par. 3.5. Op. cit.

⁹⁸US Reg. § 1.482-6 (a). Disponível em: <www.gpo.gov>. Acessado em: 12 Jan. 2011

globalização, ocasionou um número de grupos multinacionais significativos, que estão dispersando também o desenvolvimento de intangíveis. Com isso, as transações praticadas entre as empresas integrantes destes grupos cada vez mais se caracterizam pela presença multilateral de intangíveis.

Uma abordagem que pressupõe o reconhecimento da ausência de comparáveis neste contexto, não necessariamente inspirada no critério que unicamente leva em conta os custos capitalizados, parece ser inevitável. Outra vantagem do método é o fato de que a divisão do lucro entre as duas partes da transação controlada permite a determinação de um resultado *arm's length* que pode ser utilizado no controle do preço de transferência das empresas que atuam em qualquer dos dois lados da transação (*two-sides analysis*).

1.5 Do PADRÃO *ARM'S LENGTH* NO ÂMBITO INTERNACIONAL

Conforme explicitado anteriormente, o contexto histórico demonstra a contundente preferência pelo padrão *arm's length* como critério de alocação de lucros nas transações realizadas entre empresas relacionadas. Não só a *Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico* (OCDE), mas também a *Organização das Nações Unidas* (ONU), por meio de seu Comitê de Especialistas (*Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters*), já deixou claro sua posição favorável ao *arm's length* ao rechaçar qualquer discussão sobre a possibilidade de adoção do chamado *Método Unitário* (que envolve a utilização de fórmulas predeterminadas)⁹⁹. Além disso, fora dos Estados Unidos, o *arm's length* paulatinamente está sendo incorporado, explícita ou implicitamente, na legislação interna dos diversos países.

Como já ressaltado, o padrão *arm's length* não figura explicitamente nos textos convencionais vigentes. O denominado princípio *arm's length* é indiretamente depreendido do que está estipulado no parágrafo 1º do artigo 9º da Convenção-Modelo da OCDE, da ONU e dos Estados Unidos. Confira-se:

⁹⁹Schoueri exemplifica esta presença na Itália, Alemanha, Argentina, França e Japão. SHOUERI. Op. cit., pp. 30 a 36.

(...) as duas empresas (associadas), nas suas relações comerciais ou financeiras, estiverem ligadas por condições aceitas ou impostas que difiram das que seriam estabelecidas entre empresas independentes, os lucros que, se não existissem essas condições, teriam sido obtidos por uma das empresas, mas não o foram por causa dessas condições, podem ser incluídos nos lucros dessa empresa e tributados em conformidade.”¹⁰⁰

O item 01 dos Comentários ao artigo 9º da Convenção-Modelo da OCDE afirma que este dispositivo é a declaração autorizada (*authoritative statement*) do princípio *arm's length*¹⁰¹. Os “*Guidelines*” não deixam dúvidas quanto ao fato de que o *arm's length* e a *Separate Entity Theory* são duas faces da mesma moeda. Neste sentido, informa que, para assegurar a correta aplicação desta teoria, que se baseia no lucro que seria apurado entre empresas independentes, os países membros da OCDE adotaram o princípio *arm's length*, por meio do qual devem ser eliminados os efeitos causados nos lucros em decorrência de condições especiais existentes nas transações efetuadas entre empresas relacionadas¹⁰².

O objetivo geral das Convenções-Modelo é evitar a *bitributação jurídica* internacional. Esta ocorre quando determinada parcela da renda de um mesmo contribuinte é concomitantemente alcançada pela tributação de um país, segundo o critério da fonte de produção ou pagamento, pela tributação de outro país, pelo da residência do contribuinte. Para eliminar as diversas hipóteses de bitributação jurídica, especificamente previstas em seus artigos 7º a 22, as *Convenções-Modelos*, em seu artigo 23, dispõem de mecanismos da isenção e do crédito e prevê a faculdade de escolha dos métodos aos países contratantes.

Entretanto, o fenômeno que pode ser causado pela pretensão tributária concomitante de dois países em face da prática de *preços de transferência* entre empresas associadas é a “*bitributação econômica*”¹⁰³. Esta ocorre quando um país promove o reajustamento nos lucros da empresa associada, residente em território sob sua jurisdição, como resultado do controle dos *preços de transferência*. Em outras

¹⁰⁰ O texto, no vernáculo, consta da síntese “*Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais*”. Disponível em: <www.oecd.org>. Acessado em: 14 Jan. 2011.

¹⁰¹ Esta afirmativa é repetida nos *Guidelines*.

¹⁰² OCDE, Disponível em: <www.oecd.org>. Acessado em: 14 Jan. 2011

¹⁰³ Esta afirmação não se aplica aos *preços de transferência* praticados entre estabelecimentos permanentes de uma mesma empresa. Neste caso, ocorre a bitributação jurídica.

palavras, como consequência da previsão contida no parágrafo 1 ° do artigo 9° da Convenção-Modelo da OCDE acima reproduzidos¹⁰⁴. Este reajustamento nos lucros é denominado “ajuste primário”¹⁰⁵.

A bitributação ocorre porque a mesma parcela do lucro já foi tributada no âmbito patrimonial da empresa associada residente no outro país. Ela é econômica e não jurídica, porque não se trata do mesmo contribuinte sendo duplamente tributado, mas sim do mesmo fato econômico sendo duplamente tributado na esfera patrimonial de dois contribuintes diferentes.

Para eliminar a hipótese de “*bitributação econômica*” prevista no parágrafo 1 ° do artigo 9°, não seria possível recorrer aos mecanismos da isenção e do crédito, os quais foram idealizados para as hipóteses de bitributação jurídica. Surgiu, então, a previsão contida no parágrafo 2° do artigo 9° da Convenção-Modelo da OCDE. Leia-se:

(...) Quando um Estado Contratante incluir nos lucros de uma empresa deste Estado - e tributar nessa conformidade - os lucros pelos quais uma empresa do outro Estado Contratante foi tributada neste outro Estado, e os lucros incluídos deste modo constituírem lucros que teriam sido obtidos pela empresa do primeiro Estado se as condições acordadas entre as duas empresas tivessem sido as condições que teriam sido estabelecidas entre empresas independentes, o outro Estado procederá ao ajustamento adequado do montante do imposto ao cobrado sobre os lucros referidos, se este outro Estado considerar o ajustamento justificado. Na determinação deste ajustamento, serão tomadas em consideração as outras disposições desta Convenção e as autoridades competentes dos Estados Contratantes consultar-se-ão, se necessário.”¹⁰⁶

O referido ajustamento adequado é conhecido como “ajuste correlativo” e deve ser conduzido no âmbito dos procedimentos amigáveis (*mutual agreement procedures*) previstos no artigo 25 das Convenções-Modelo. As discussões

¹⁰⁴Neste sentido, o artigo 9° da Convenção-Modelo da OCDE foi projetado para evitar a bitributação econômica.

¹⁰⁵O “ajuste primário” é a média aritmética da comparação do preço parâmetro com a média aritmética do preço praticado pela empresa, resultando assim, na diferença, se houver, onde procederá o ajuste, obedecendo às observações constantes na IN n.º 243/02.

¹⁰⁶OCDE. Disponível em: <http://www.oecd.org/document/41/0,3746,en_2649_33753_37685737_1_1_1,00.,>. Acessado em: 12. Mar. 2011.

conduzidas nestes procedimentos, invariavelmente acabam tendo que tratar da verificação da metodologia em que se baseou o país, que procedeu ao ajuste primário para apurar os parâmetros (preço ou margem) *arm's length*. Se não houver concordância com a metodologia, o ajuste correlativo poderá deixar de ser efetuado¹⁰⁷.

Mas, ao invés disso, os *Guidelines* recomendam que os países contratantes recorram a procedimentos de arbitragem internacional. No contexto europeu, uma das mais significativas atuações do *EU Joint Transfer Pricing Forum* vem sendo a divulgação de diretrizes, no sentido de conferir maior efetividade à implementação de ajustes correlativos por intermédio das disposições previstas na Convenção de Arbitragem da União Europeia (*EU Arbitration Convention*)¹⁰⁸.

Relativamente ao controle dos *preços de transferência* praticados entre os estabelecimentos permanentes de uma mesma empresa, o padrão *arm's length* também pode ser extraído dos textos convencionais vigentes. Neste caso, o parágrafo 2º do artigo 7º das Convenção-Modelo dispõem que:

(...) Observado o que dispõe o parágrafo 3, quando uma empresa de um Estado Contratante exercer sua atividade no outro Estado Contratante por intermédio de um estabelecimento permanente ali situado, serão atribuídos, em cada Estado Contratante, a esse estabelecimento permanente os lucros que auferiria se fosse uma empresa distinta e independente, exercendo atividades distintas ou similares em condições idênticas ou similares, e transacionando com absoluta independência com a empresa de que é um estabelecimento permanente.”¹⁰⁹

Uma discussão vem sendo travada na doutrina sobre uma tensão inerente à utilização do padrão *arm's length* neste contexto. Afinal, se por um lado deve-se assumir que o “*estabelecimento permanente*” é uma empresa separada, por outro, há o fato real de que os estabelecimentos que praticam o *preço de transferência* são

¹⁰⁷ Item 6 dos Comentários ao artigo 9º da Convenção-Modelo da OCDE.

¹⁰⁸ TERRA, Bem J. M. e WATTEL, “*European Tax Law. 4ª Ed. The Netherlands Law International*”, 2005, p. 580. In: TÔRRES, Heleno. *Direito Tributário Internacional: planejamento tributário e operações transacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 184.

¹⁰⁹ O texto, no vernáculo, consta do acordo para evitar a bitributação celebrada entre o Brasil e a China. Disponível em: <www.receitafazenda.gov.br>. Acessado em: 14. Jan.2011.

apenas partes da mesma empresa¹¹⁰. A *Separate Entity Theory* parece mais irreal quando aplicada para estes casos. Para lidar com o problema, muitos países tem utilizado uma abordagem que apura o lucro considerando apenas as atividades relevantes da empresa nas quais o estabelecimento permanente tem participação.

A OCDE está consciente desta tensão e há algum tempo, vem trabalhando na formulação de novas regras para tratar da atribuição de lucros entre os estabelecimentos permanentes de uma empresa. Neste sentido, o recente relatório sobre o assunto indica a preferência por uma abordagem (*Jointly Separate Entity Approach*) que reforça a ficção de que o estabelecimento permanente é uma empresa separada¹¹¹.

A tendência é que um novo texto seja formulado para o artigo 7°. A proposta apresentada até agora, em consonância com a abordagem preferida, mantém os contornos do qual se depreende o padrão *arm's length* no parágrafo 2° deste artigo¹¹².

Outra característica marcante do padrão *arm's length* é a exigência de “*comparabilidade*”. Como ressaltado na regulamentação americana, a transação controlada atenderá ao padrão se seus resultados forem consistentes com os que seriam alcançados em transações e condições idênticas, por empresas independentes. Mas, reconhecendo que nem sempre será possível encontrar transações e condições com atributos de identidade, admite-se o atendimento ao padrão caso sejam encontradas com atributos comparáveis.

Há também que se esclarecer que o padrão *arm's length* nem sempre exigirá que as empresas relacionadas pratiquem *preços de transferência* nos níveis observados pelas empresas independentes, pois em certas ocasiões estas não praticam os preços ou margens do mercado, justamente porque querem aumentar sua participação. A subjetividade do preço ou margem *arm's length*, a distingue do preço ou

¹¹⁰ OCDE. *International Fiscal Association*. 2006. Disponível em: <www.oecd.org>. Acessado em: 12. Jan. 2011.

¹¹¹ OCDE. *Report on Attribution of Profits to Permanent Establishments, Jul 2008, p.26*. Disponível em: <www.oecd.org>. Acessado em: 14. Jan. 2011

¹¹² OECD, *Discussion draft on a new article 7 (Business Profits) of the OECD Model Tax Convention*. DEc. 2008, p. 3. Disponível em: <www.oecd.org>. Acessado: em 14. Jan. 2011

margem de mercado¹¹³. Portanto, correta a percepção, segundo a qual as transações não controladas estão sujeitas ao "completo" jogo das forças. Este jogo por definição é *arm's length* e não, propriamente, o mercado.

A subjetividade presente na definição do *arm's length* é também o contraponto para o estabelecimento do aspecto subjetivo da disciplina. Em outras palavras, a aferição do grau de relação entre duas empresas capaz de exigir que as transações por elas praticadas submetam-se ao controle dos *preços de transferência* é uma decisão de natureza subjetiva marcada pela percepção de que este relacionamento é potencialmente suficiente para afastar o preço praticado do padrão *arm's length*.

No contexto da OCDE, as instruções previstas no parágrafo 1º do artigo 9º de sua Convenção-Modelo e respectivos comentários estabelecem a exigência do controle de preços para as transações praticadas entre "empresas associadas". Há associação quando "uma empresa de um Estado Contratante participa direta ou indiretamente da direção, controle ou capital de uma empresa do outro Estado Contratante" ou "as mesmas pessoas participarem direta ou indiretamente da direção, controle ou capital de uma empresa de um Estado Contratante e de uma empresa do outro Estado Contratante".

Conforme demonstrado por Luís Eduardo Schoueri, não há um critério seguro para definir a partir de que grau de "participação" haverá associação¹¹⁴. Este critério deve ser buscado na própria declaração do *arm's length* expressa no mesmo dispositivo da Convenção-Modelo, ou seja, haverá participação quando as empresas "*estiverem ligadas por condições aceitas ou impostas que difiram das que seriam estabelecidas entre empresas independentes*". Novamente, sobressai a necessidade de uma interpretação subjetiva para aferir se as "condições aceitas ou impostas" são suficientemente capazes de afetar o comportamento *arm's length*.

Quando reunidas estas três características, é importante ressaltar, a abordagem transacional, a comparabilidade e a subjetividade, revela-se a natureza

¹¹³SCHOUERI. Luís Eduardo, Op. cit., p. 29

¹¹⁴SCHOUERI. Luís Eduardo, Op. cit., p. 47 e 48.

fluida do padrão *arm's length*. É bastante conhecida a complexidade encontrada na prática para se identificar quais as transações que devem ser controladas, quais as transações e condições que podem ser comparadas e a possível presença subjetiva de razões que podem afastar os parâmetros de mercado.

Não sem motivos, a própria OCDE, depois de listar algumas das muitas dificuldades práticas inerentes à aplicação do padrão *arm's length*, declara que "o controle dos preços de transferência não é uma ciência exata, por isso requer o exercício de julgamento de ambas as partes: administração tributária e contribuintes"¹¹⁵.

Existem autores, tais como Reuven S. Avi-Yonah e Brauner Yariv¹¹⁶, que há algum tempo, propõem a existência de um regime tributário internacional (*International Tax Regime*). Tal idéia consiste na percepção de que algumas regras nucleares do direito tributário internacional chegaram a um nível de estabilização suficiente para serem consideradas integrantes do direito internacional. Enquanto regras presentes apenas na rede de tratados internacionais e nas legislações domésticas, elas não estariam aptas a vincular todos os países, mas apenas os diretamente alcançados nas situações concretas.

Entretanto, na medida em que se integra ao direito internacional, a implicação prática da consolidação do regime será o fato de que os países não estarão livres para adotar as regras de direito tributário internacional que quiserem. Ao contrário, deverá se guiar pelas regras do regime, alterando suas regulamentações internas na mesma medida das mudanças nele verificadas¹¹⁷. Por conseguinte, apesar de possível, a adoção unilateral de regras divergentes não ocorrerá sem que algum constrangimento seja causado tanto interna quanto externamente.

¹¹⁵ OCDE, *TP Guidelines*. par. 1.12. Disponível em: <http://www.oecd.org/document/41/0,3746,en_2649_33753_37685737_1_1_1_1,00.,>. Acessado em: 12. Mar. 2011.

¹¹⁶ BRAUNER, Yariv. "*International Tax Regime in Crystallization - Realities, Experiences, and Opportunities*", In: Public Law and Legal Theory Working Paper N°. 43. NYU School of Law - Working Draft, 2002, e AVI-YONAH, Reuven S. "*International Tax and International Law: Na Analysis of the International Tax Regime*". New York: Cambridge University Press, 2007. Disponível em: <www.ssrn.com>. Acessado em: 14. Nov. 2010.

¹¹⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. Op. cit., pp. 47 e 48.

Na visão de Reuven Avi-Yonah, o controle dos *preços de transferência* está no coração do *International Tax Regime*, porque este é baseado na distinção entre residentes e não-residentes e a manipulação dos *preços de transferência* é a maneira mais fácil de evitar a tributação segundo a conexão pela residência¹¹⁸.

Nesta matéria, o padrão *arm's length* já está bastante difundido e vem sendo aceito internacionalmente. Tal consenso é inclusive, um forte ponto de apoio na defesa da consolidação do regime. Apesar de Reuven Avi-Yonah ser um dos maiores defensores de uma tributação unitária segundo os métodos das fórmulas predeterminadas, em direta oposição ao *arm's length*, isto não o impede de reconhecer que a adoção deste padrão é uma regra nuclear do regime¹¹⁹.

¹¹⁸ AVI-YONAH, Reuven S. *“International Tax and International Law: Na Analysis of the International Tax Regime”*. New York: Cambridge University Press, 2007. p.19. Disponível em: <www.ssrn.com>, Acessado em: 14.Jan 2011.

¹¹⁹ AVI- YONAH, Reuven S., *“The Rise and Fall of Arm’s Length: A Study in the Evolution for U.S. International Taxation”*. Disponível em: <Law.bepress.com>. Acesso em: 11 Abr. 2011

CAPÍTULO II – DO DESENVOLVIMENTO DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA NO BRASIL

A preocupação com a manipulação de preços entre pessoas ligadas no Brasil existe na legislação desde 1964, com a introdução das regras que visam a impedir a Distribuição Disfarçada De Lucros (DDL). Todavia, o controle sobre *preços de transferência* é um tema recente, pois foi regulamentado pela Lei nº 9.430/96, com modificações feitas por Instruções Normativas da Secretaria da Receita Federal. A legislação de 1996 difere da DDL ao passo que, enquanto esta trata de empresas ligadas situadas dentro do território nacional, aquela regulamenta operações realizadas entre empresas ligadas situadas em diferentes jurisdições tributárias.

A exposição de motivos da legislação brasileira sobre o tema deixou claro o desejo de combater a elisão fiscal, evitar a prática lesiva aos cofres públicos, de transferência de recursos para o exterior mediante a manipulação de preços pactuados em operações comerciais entre pessoas vinculadas, residentes e domiciliadas no exterior.

Para a lei ganhar tratamento e credibilidade internacional, apesar do Brasil não ser membro da OCDE, nota-se que o legislador utilizou como pretexto às recomendações do *Guidelines*, em especial a adoção do padrão *arm's length*, que corresponde aos Princípio da Livre Concorrência previsto no artigo 170 da Constituição Federal. Neste sentido, percebe-se o nítido objetivo do legislador combater a elisão fiscal e, concomitantemente efetivar o princípio *arm's length*, principal objetivo da Lei de Controle dos *preços de transferência*.

Todavia, verifica-se que a legislação nacional, ao passo que criou métodos de controle próprios (*métodos específico para importação e exportação*) e mecanismos de aplicabilidade distintos (*taxatividade do aspecto subjetivo, exclusão de royalties e transferência de tecnologia, margens de lucro pré-determinadas, liberdade de escolha de métodos*) afastou-se da prática internacional.

Ao analisar este distanciamento da disciplina internacional, percebe-se uma clara mitigação ao princípio *arm's length*. Todavia, não há elementos suficientes neste capítulo para concluir a eficácia do regime de controle dos *preços de transferência* no Brasil, o qual será analisado no próximo capítulo.

2.1 Do CONTEXTO HISTÓRICO

O controle dos preços de transferência no Brasil é um tema recente. Todavia, antes de sua introdução em nosso sistema tributário nacional, já havia algumas legislações voltadas ao controle da manipulação de preços em transações praticadas entre pessoas ou estabelecimentos ligados. Estas prescrições permanecem ainda presentes, com algumas alterações, as quais tratam da tributação sobre o consumo e da tributação sobre a renda. Oportuno perceber que nestas legislações se mantém idéia semelhante à que inspira o princípio *arm's length*, isto é, os preços praticados entre as pessoas coligadas deveriam corresponder ao que seria praticado entre pessoas independentes.

Na tributação sobre o consumo, no campo do *Imposto sobre Produtos Industrializados* (IPI), desde 1964, há previsão de que o valor tributável não pode ser inferior ao preço normal de venda por atacado a outros compradores ou destinatários ou, na sua falta, ao preço corrente no mercado atacadista quando o produto for remetido ao estabelecimento de terceiro com o qual o contribuinte mantenha relação de interdependência¹²⁰.

Por sua vez, para o *Imposto sobre Circulação de Mercadorias e de Serviços* (ICMS), os primeiros cuidados com o controle de preços focaram na saída de mercadorias para estabelecimentos do mesmo titular, localizados em diferentes estados da federação. Neste sentido, o entendimento vigente determina que a base de

¹²⁰ Artigo 15, I, da Lei nº 4.502/64. Esta prescrição, depois de algumas alterações, ainda se encontra vigente e está alteração regulamentada no artigo 136, I, do Decreto nº 4.544/02 (Regulamento do IPI).

cálculo do imposto deve ter como valor mínimo o preço da saída mais recente, o custo da mercadoria produzida ou o preço corrente no mercado atacadista¹²¹.

Quando as transações são praticadas na forma de operações de importação, a preocupação com o controle dos preços migra para as previsões contidas na lei que disciplina o *Imposto de Importação* (II). Isto porque as bases de cálculo do IPI e do ICMS são formadas a partir do mesmo valor que serve de referência para o II. Por isso, desde 1986, todos estes tributos tem suas bases de cálculo em operações de importação, dependentes do valor aduaneiro estabelecido em consonância com as disposições previstas no *Acordo de Valoração Aduaneira* (AVA)¹²².

Este acordo incorporado no sistema tributário pátrio com o *status* de tratado internacional constitui um conjunto de métodos criados com a finalidade de apurar o valor, que deverá ser considerado apto a mensurar o preço da importação para fins de dimensionamento das bases de cálculo dos tributos aduaneiros e outras medidas de caráter comercial. A valoração aduaneira, que se aplica a todas as importações, independentemente da existência de vínculo entre importador e exportador, inclui previsões expressas para aferir o preço que seria praticado no mercado nos casos em que a vinculação poderia afastar este comportamento.

Na área da tributação sobre a renda, a preocupação com a manipulação dos preços entre pessoas ligadas existe na legislação do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza (IR) desde 1964, com a introdução das regras que visam a impedir a Distribuição Disfarçada de Lucros (DDL)¹²³. O objetivo originário

¹²¹Para exemplos de dispositivos que cuidaram da saída de mercadorias para estabelecimentos do mesmo titular localizado em diferentes estados da Federação. Artigo 26 da Lei n° 6.374/89 do Estado de São Paulo e o artigo 8° da Lei n° 1.423/89 do Estado do Rio de Janeiro. A existência de entendimentos semelhantes em várias legislações estaduais foi posteriormente consolidada no artigo 13, §4°, da Lei Complementar n° 87/96 (Lei Kandir).

¹²²Em 1986, o Decreto n° 92-030 promulgou o AVA 1979, o qual foi elaborado para atender a determinação do artigo VII do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT) de 1979. Em 1994, o Decreto n° 1.355 determinou a execução e o cumprimento da Ata Final da Rodada Uruguai do GATT, a qual incorpora, em seu anexo I A ao Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio (OMC), o Acordo sobre a implementação do Artigo VII do GATT 1994 (que ficou conhecido simplesmente como AVA).

¹²³Depois de um período de experiência administrativa e jurisprudencial que seguia a tendência internacional de controlar a manipulação de preços entre pessoas ligadas, as regras de DDL foram introduzidas no Brasil com o artigo 72 da Lei n° 4.506/64. Depois disso, a matéria recebeu tratamento

era evitar que, utilizando-se de algumas hipóteses casuisticamente definidas em lei, o sócio ou acionista (ou alguma outra pessoa ligada) e a sociedade auferissem algumas vantagens fiscais pela prática da manipulação dos preços.

Foi diante deste quadro que, a partir de 1995, o tratamento dispensado pelo Brasil à tributação dos rendimentos auferidos pelas empresas nas situações internacionais passou a ser mais expressivo. Com efeito, naquele ano, com a edição da Lei n° 9.249, o Brasil passou a adotar o critério da universalidade para tributar a renda das pessoas jurídicas residentes no Brasil. Independente da localização da fonte de produção ou pagamento, a riqueza auferida no exterior pela empresa brasileira passou a ser tributada no Brasil. Era o início de uma aproximação com a tendência internacional que privilegia a tributação em bases¹²⁴. O passo seguinte daquela virada ocorreu em 1996, com a introdução dos artigos 18 a 24 na Lei n° 9.430, que inaugurou de maneira mais decisiva o controle dos *preços de transferência* no país.

Diante da criação de tais regras surgiu um aparente conflito com o tratamento dispensado pela DDL¹²⁵, o qual não foi revogado, uma vez que este abrange algumas hipóteses que configuram transações efetuadas entre pessoas ligadas

adicional nos artigos 60 a 62 do Decreto-Lei n° 1.598/77 e artigo 20 do Decreto-Lei n° 2.065/83. In: SCHOUERI, Luís Eduardo. *"Distribuição disfarçada de lucros"*. São Paulo: Dialética, 1996, pp. 7 a 96

¹²⁴Neste particular, discute-se o excesso da lei interna por ter incluído na tributação em bases universais os lucros auferidos por controladas ou coligadas da empresa brasileira. Enquanto, no exterior, a tributação de lucros antes da distribuição só é admitida quando estes lucros são proporcionados por rendimentos passivos (tais como, aluguéis, dividendos, juros, royalties e ganhos de capital) auferidos em paraísos fiscais, no Brasil, o artigo 74 da Medida Provisória n° 2.158-35/01 tributou os lucros antes da distribuição sem qualquer reserva de conteúdo ou de localização da fonte. O excesso estaria no fato de que o padrão internacional, em regra, tributar somente os dividendos distribuídos. In: BIANCO, João Francisco. *"Transparência fiscal internacional"*. São Paulo: Dialética, 2007.

¹²⁵Adverte XAVIER que "a transferência indireta de lucros através da manipulação dos *preços de transferência* distingue-se da distribuição disfarçada de lucros do direito brasileiro, pois embora tenha de comum com ela a atribuição de uma vantagem patrimonial, por via oblíqua, esta só corre nas relações entre uma pessoa jurídica e seus sócios, ou pessoas ligadas, enquanto a transferência indireta de lucros através da manipulação dos preços de transferência é mais ampla, porquanto também abrange a atribuição de vantagens a terceiros. Por outro lado, o instituto da transferência indireta através dos preços de transferência foi moldado tendo em vista as relações internacionais, enquanto a distribuição disfarçada de lucros contempla apenas as relações internas, ao menos como se encontra desenhada entre nós" (XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil: tributação das operações internacionais*. 5° ed. atualizada, Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 259).

indistintamente em situações internas ou internacionais. A solução para esta antinomia é corretamente explicada por Ricardo Mariz de Oliveira¹²⁶.

As regras de *preços de transferência* têm caráter especial e devem prevalecer sobre as regras de caráter geral estabelecidas para a DDL. Além disso, esta prevalência não é reversível, ou seja, as transações internacionais entre partes ligadas se submeterão somente às regras de *preços de transferência*, mesmo que os critérios intrínsecos a estas últimas dispensem a transação do controle de preços¹²⁷.

2.2 DO REGIME BRASILEIRO DE CONTROLE DE PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

O item 12 da exposição de motivos, que acompanhou o projeto que resultou na Lei nº 9.430/96, foi claro sobre os objetivos pretendidos com a inserção da nova matéria em nosso sistema tributário. Leia-se:

“12. As normas contidas nos artigos 18 a 24 representam significativo avanço da legislação nacional face ao inerente processo de globalização experimentado pelas economias contemporâneas. No caso específico, em conformidade com as regras adotadas da OCDE. São propostas normas que possibilitem o controle dos denominados ‘Preços de Transferência’, de forma a evitar a prática, lesiva aos interesses nacionais, de transferências de recursos para o Exterior, mediante a manipulação dos preços pactuados nas importações ou exportações de bens, serviços ou direitos, em operações com pessoas vinculadas, residentes ou domiciliadas no Exterior.”¹²⁸

Observa-se que a intenção expressamente declarada na exposição de motivos para introduzir os dispositivos sobre *preços de transferência* na Lei nº 9.430/96, é para evitar a prática lesiva aos interesses nacionais - as transferências de resultados para o exterior. Esta preocupação parece em sintonia com as raízes, que

¹²⁶ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de, “*Fundamentos do Imposto de Renda*.” São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 777 e 778.

¹²⁷ Isto pode acontecer, por exemplo, quando os critérios de aferição de um dos safe harbours previstos na legislação de *preços de transferência* são satisfeitos. Nestes casos, o controle dos *preços de transferências* é dispensado e não há que se falar em submetê-los à disciplina da DDL.

¹²⁸ SCHOUEIRI, Luís Eduardo. “*Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro*”. São Paulo: Dialética, 1999, p. 196.

impulsionaram a organização da comissão no âmbito da Receita Federal do Brasil (RFB), responsável pela elaboração do projeto.

Para Heleno Tôrres, havia uma percepção de que empresas estrangeiras alocadas no Brasil não vinham oficialmente remetendo lucros para o exterior, o que levava a crer que a manipulação dos *preços de transferência* era a forma por elas adotada para remeter os resultados para suas matrizes¹²⁹. Por conseguinte, fica clara a motivação antielisiva da introdução do controle de *preços de transferência* no país¹³⁰. Isto vem a confirmar o entendimento que qualifica as regras consubstanciadas pela Lei nº 9.430/96 com cláusulas específicas antielisivas¹³¹.

Percebe-se também a insinuação de que a legislação que acompanhava a exposição de motivos se apresentava em conformidade com regras adotadas nos países integrantes da OCDE. Apesar do Brasil não ser um país integrante daquela organização, há que se notar que suas recomendações serviram como pretexto pelo legislador. Pois, àquela época, os *Guidelines* haviam sido recentemente divulgados¹³². Eram, portanto, o instrumento com maior autoridade para exprimir o pensamento dos países integrantes da OCDE em matéria de *preços de transferência*. Era previsível que a lei brasileira seguisse de perto as recomendações contidas nos *Guidelines*. Isto, todavia, não foi o que aconteceu¹³³. Assim, vejamos a seguinte análise.

Para iniciar a análise do regime brasileiro dos *preços de transferência*, cumpre investigar a técnica adotada pela Lei nº 9.430/96 para obter o controle dos preços praticados nas transações controladas. Preliminarmente, muito importante

¹²⁹TORRES, Heleno. *"Direito Tributário Internacional: Planejamento Tributário e Operações Transacionais."* São Paulo. Revista dos Tribunais, 2001, p. 165 e 166.

¹³⁰ Alberto Xavier menciona que antes mesmo da regulamentação dos preços de transferência, já eram consideradas presunções de distribuição disfarçada de lucro prevista no artigo 10 Lei nº 9.249/65, nas operações de importação e exportação de bens entre pessoas ligadas, quando o preço praticado (valor pactuado) era divergente do preço praticado no mercado entre pessoas independentes. In, XAVIER, Alberto. *"Direito Tributário Internacional do Brasil"*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.367.

¹³¹BARRETO, Paulo Ayres, "O Tratamento Transacional nos Preços de Transferência e seus Limites Constitucionais". In: SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *"Tributos e Preços de Transferência."* v. 3. São Paulo: Dialética, 2009, p. 138;

¹³² Capítulo I, item 1.1.

¹³³TORRES, Heleno. *"Direito Tributário Internacional: Planejamento Tributário e Operações Transacionais."* São Paulo. Revista dos Tribunais, 2001. e BARRETO, Paulo Ayres, "O Tratamento Transacional nos Preços de Transferência e seus Limites Constitucionais". In: SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *"Tributos e Preços de Transferência."* v. 3. São Paulo: Dialética, 2009, p. 138.

esclarecer que os dispositivos da lei que tratam dos *preços de transferência* foram sucessivamente regulamentados por alguns atos administrativos. Com algumas pequenas alterações em seu texto original, a regulamentação preponderante está atualmente prevista na Instrução Normativa SRF (IN/SRF) n° 243/02¹³⁴. Nesta regulamentação que se encontram mais claramente algumas características particularmente desenvolvidas pelo regime brasileiro.

Entre elas, destacam-se as idéias de "*preço praticado*" e "*preço parâmetro*". Apesar dos textos normativos serem ambíguos e gerarem dúvidas. É possível dizer que a interpretação administrativa sustenta que "*preço praticado*" é a média aritmética ponderada dos preços efetivamente praticados nas transações controladas no período de apuração do tributo¹³⁵. Por sua vez, o "*preço parâmetro*" sejam aqueles calculados segundo um dos métodos previstos na legislação.

Neste ponto, cabe mencionar a lição de Luis Eduardo Schoueri, o qual identifica na técnica criada pela lei brasileira a existência de uma ficção jurídica¹³⁶. Esta muito comum no direito tributário, nada mais faz do que atribuir certo antecedente ao conseqüente de norma diversa. Assim, a legislação de *preços de transferência* instituiu a seguinte ficção: se o "*preço praticado*" é superior nas importações ou inferior nas exportações ao "*preço parâmetro*" deve-se "*tributar a renda auferida*". Ou seja, verificada uma hipótese normativa prevista na Lei n° 9.430/96, deve-se dar conseqüência à prescrição normativa contida na norma de incidência da tributação sobre a renda. Trata-se do ajuste primário consagrado pela matéria em âmbito internacional. O mecanismo utilizado para operacionalizar este ajuste é a figura da adição ao lucro real prevista na legislação do IR.

¹³⁴A regulamentação preponderante esteve inicialmente a cargo da IN/SRF n° 38/97 e, depois, da IN/SRF n° 32/01. Nada obstante, em função das alterações introduzidas na Lei n° 9.430/96 pelos artigos 9° e 10 da Medida Provisória n° 478/09, publicada em 30.12.09, ainda, provável que RFB edite nova regulamentação para substituir a IN/SRF n° 243/02.

¹³⁵Seria possível também sustentar que o preço praticado devesse ser o verificado em cada transação controlada e, nesta condição, ser comparado com o preço referência. Esta, contudo, não é a interpretação da Administração. Cf. Receita Federal do Brasil, Perguntas e Respostas - Pessoa Jurídica - PIR 2009, disponível em www.receita.fazenda.gov.br. acesso em 08.01.11. Capítulo XIX, Pergunta 016, p. 13.

¹³⁶SCHOUERI, Luís Eduardo, Op. cit., p. 72 e 73.

Ainda, mostram-se necessárias fazer algumas observações importantes. Destaca-se que nas operações de importação o impacto do ajuste primário recai sobre os itens de custos na apuração do lucro; enquanto que nas operações de exportação este impacto recai sobre os itens de receita. Por tal motivo, diferentemente do regime de apuração do IR pelo lucro real, no caso dos lucros presumidos e arbitrados, o ajuste primário somente tem sentido nas de operação de exportação¹³⁷.

Salienta-se que o controle dos *preços de transferência* no Brasil deve ser aplicado indistintamente às bases de cálculo do Imposto de Renda (IR) e da - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL). Ainda, este controle não tem qualquer influência nas legislações dos tributos incidentes sobre o consumo, como o Imposto sobre Produto Industrializado (IPI), o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), a Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS)¹³⁸.

A técnica brasileira trabalha com a idéia de que o preço praticado deve ser ajustado para retratar o “*preço parâmetro*”, e que estes preços representam valores fixos (o praticado apurado por média aritmética ponderada e o parâmetro calculado em conformidade com os métodos definidos na legislação); está correta a observação de Ricardo Mariz de Oliveira, o qual defende que a lei estabelece limites de preços máximos na importação e mínimos na exportação¹³⁹. Neste caso não se trata, como explica o autor, de pautas fixas ou arbitramento de valores.

A idéia de pautas fixas deve ser considerada, pois os métodos previstos na legislação não trabalham com preços parâmetros fixos. O arbitramento de valores é hipótese especialmente prevista na lei tributária para as situações em que a contabilidade é imprestável ou não sejam idôneos os documentos ou informações que a

¹³⁷Apesar de os regimes de apuração do lucro presumido e do lucro arbitrado serem trimestrais, a regulamentação administrativa determina que se faça um controle anual dos preços de transferência cujo ajuste primário, se necessário, seja efetuado no final do ano-caleário. In: Receita Federal do Brasil, Perguntas e Respostas - Pessoa Jurídica - PIR 2009, disponível em www.receita.fazenda.gov.br. acesso em 08.01.11. Capítulo XIX, Pergunta 016, p. 13.

¹³⁸Recurso CC/MF n° 140608,

¹³⁹ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de, “*Métodos de Apuração dos Preços Transferência no Brasil: Efeitos da Escolha de um Método e Possibilidade de Indicação de Métodos Diversos. Consequências da Falta de Indicação de Métodos*”, In: Luís Eduardo Schoueri (coord.). *Tributos e Preços de Transferência*. v. 3. São Paulo: Dialética, 2009, pp. 156 a 159.

sustentam. Estas limitações estabelecidas pela lei, conforme Ricardo Mariz de Oliveira, resultam em um lucro tributável mínimo sempre favorável ao fisco porque, se o preço praticado for inferior na importação e superior na exportação, o contribuinte não deixará de oferecer a diferença à tributação¹⁴⁰.

Pode-se afirmar que o regime brasileiro diferenciou-se da prática internacional na definição do “*aspecto subjetivo*”¹⁴¹ alcançado pelo controle dos *preços de transferência*. Neste particular, o artigo 23 da Lei n° 9.430/96 fixou o conceito de “*pessoa vinculada*”, o qual diverge bastante das noções mais flexíveis empregadas no aspecto subjetivo da disciplina na esfera internacional.

Foram definidas na lei dez hipóteses de vinculação¹⁴², as quais incluem até a possibilidade de que pessoas físicas sejam consideradas vinculadas a uma empresa e, conseqüentemente, transações efetuadas entre estas pessoas e a empresa sejam também controladas pelas regras de *preços de transferência*. Além disso, o artigo 14 da Lei n° 11.281/06 incluiu uma nova hipótese ao prever que deve ser verificada a vinculação não só do importador, mas também do encomendante em operações de importação sob encomenda.

Uma peculiaridade do aspecto subjetivo¹⁴³ da legislação brasileira é a previsão contida no artigo 24 da Lei n° 9430/96. Este dispositivo prescreve que as operações efetuadas pelo contribuinte (pessoa física ou jurídica) brasileiro com qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada, residente em “*paraísos fiscais*”¹⁴⁴ sujeitam-se ao controle dos *preços de transferência*. As dificuldades que os contribuintes e a própria Administração poderiam ter para “*paraísos fiscais*” foram afastadas pela enunciação taxativa destes países (ou dependências territoriais) em atos administrativos¹⁴⁵.

¹⁴⁰ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de, Op. cit., pp. 156 a 159.

¹⁴¹ O “pressuposto subjetivo” ou “aspecto subjetivo” ocorre quando uma empresa efetua uma transação internacional com uma pessoa vinculada, residente em outra jurisdição tributária, paraíso fiscal ou beneficiada por um regime fiscal privilegiado.

¹⁴² Previsto nos artigos 18 e 23 da Lei n° 9.430/96.

¹⁴³ O último ato editado com este objetivo é a IN/SRF n° 188/02.

¹⁴⁴ Paraísos Fiscais são países com tributação favorecida, definidos como os países que tributam a renda à alíquota máxima inferior a vinte por cento ou tenha sigilo a composição societária da empresa.

¹⁴⁵ O último ato editado com este objetivo é a IN/SRF n° 188/02.

Mais recentemente, o artigo 23 da Lei n° 11.727/08 inseriu o artigo 24-A na Lei n° 9.430/96, o qual prevê a aplicação do controle de *preços de transferência* também às operações realizadas em regime fiscal privilegiada. O parágrafo único deste artigo define de forma alternativa¹⁴⁶, as hipóteses em que se verifica a ocorrência deste regime. São situações que pretendem alcançar as operações realizadas com aquelas pessoas residentes domiciliadas no exterior beneficiadas por: (a) tributação favorecida dos rendimentos diferidos dentro ou fora de seu território, (b) vantagens de natureza fiscal independente da realização de atividade econômica substantiva ou (c) não divulgação de informações de natureza societária, comercial ou econômica. Diante da novidade, discute-se agora a necessidade de que um ato administrativo seja editado para também enunciar taxativamente as situações em que se verifica o regime privilegiado.

Outra característica importante do regime brasileiro é o “*aspecto objetivo*”¹⁴⁷ do controle. A Lei n° 9430/96, em seus artigos 18 e 19 definiram que o controle se aplica aos bens, serviços e direitos importados ou exportados. Percebe-se, assim, a intenção de que por meio desta definição genérica seja atingido todo o conjunto de transações praticadas entre empresas relacionadas capazes de envolver o pagamento de um preço, como pela vantagem obtida com a aquisição da propriedade de um bem, a prestação de um serviço ou a fruição de um direito¹⁴⁸.

O aspecto objetivo do regime brasileiro, apesar de parecer semelhante à abordagem transacional prevista no âmbito internacional, difere numa questão bastante sensível. O parágrafo 9° do artigo 18 da Lei n° 9.430/96 expressamente excluiu do controle dos *preços de transferência* as transações, que envolvem os pagamentos de royalties e transferência de tecnologia para o exterior, remetendo o assunto à pré-existentes limitações de dedutibilidade previstas desde 1958, quando o artigo 74 da Lei n° 3.470 foi editado. Além disso, a doutrina entende que o fisco não pode exercer este controle também quanto às transações que envolvem o recebimento

¹⁴⁶A natureza alternativa da definição foi esclarecida pela Lei n° 11.941/09.

¹⁴⁷O último ato editado com este objetivo é a IN/SRF n° 188/02

¹⁴⁸Neste sentido, entre os bens, incluem-se os tangíveis e intangíveis. Entre os serviços, os prestados entre as partes relacionadas (intragrupo) e os estabelecidos em contratos de compartilhamento de custos. Entre os direitos, incluem-se os diferentes direitos de uso de propriedades alheias, os quais acarretam distintas formas de remuneração como, por exemplo, os aluguéis, juros e os prêmios.

de *royalties* e transferência de tecnologia porque todas as regulamentações administrativas até agora editadas implicitamente ampliaram para as exportações o escopo daquela a exclusão¹⁴⁹.

2.3 DOS MÉTODOS DE CONTROLE PARA A APURAÇÃO DO PREÇO PARÂMETRO

Conforme mencionado, "*preço parâmetro*" é uma idéia criada pelas regulamentações administrativas para indicar o preço apurado a partir dos métodos previstos na Lei n° 9.430/96¹⁵⁰, o qual deverá ser confrontado com o "*preço praticado*" calculado como a média aritmética ponderada dos preços efetivamente praticados nas transações controladas no período de apuração do tributo.

Estes métodos foram pretensamente inspirados nos métodos tradicionais desenvolvidos para a apuração do *arm's length* na disciplina internacional dos *preços de transferência*. Contudo, no exterior o enfoque dos métodos tradicionais reside na comparabilidade de preços (CUP) ou margens brutas (*Cost Plus* e *Resale Price*); enquanto que no Brasil o legislador preferiu manter a comparabilidade apenas para os métodos inspirados no CUP. No que tange aos métodos inspirados no *Cost Plus* e no *Resale Price*, o legislador inovou ao predeterminar as margens brutas que deverão ser aplicadas.

A lei brasileira criou diferentes métodos caso eles se apliquem à importação ou à exportação. Diante desta particularidade, as relações dos métodos a seguir transcrevem um correspondente internacional, na medida em que a descrição legal dos respectivos métodos tem inspiração no CUP. Para a importação, foi criado o método PIC (artigo 18, I, da Lei n° 9.430/96):

"Art. 18. (...)

¹⁴⁹SCHOUERI, Luís Eduardo. Op. cit., p. 229; e TORRES, Heleno. Op. cit., p.259.

¹⁵⁰Entretanto, em diversos dispositivos, as alterações introduzidas na Lei n° 9.430/96 pelos artigos 9° e 10 da Medida Provisória n° 478/09, publicada em 30.12.09, parecem pretender conferir status legal à ideia criada administrativamente.

I - Método dos Preços Independentes Comparados - PIC: definido como a média aritmética dos preços de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, apurados no mercado brasileiro ou de outros países, em operações de compra e venda, em condições de pagamento semelhantes.”¹⁵¹

Com inspiração no CUP, para a exportação foi criado o método PVEx (artigo 19, L. §3º, I, da Lei nº 9.430/96):

“Art. 19. (...)

I - Método do Preço de Venda nas Exportações - PVEx: definido como a média aritmética dos preços de venda nas exportações efetuadas pela própria empresa, para outros clientes, ou por outra exportadora nacional de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, durante o mesmo período de apuração da base de cálculo do imposto de renda e em condições de pagamento semelhantes.”¹⁵²

Com inspiração no *Resale Price*, para a importação foi criado o método PRL (artigo 18, II, da Lei nº 9.430/96):

“Art. 18. (...)

II - Método do Preço de Revenda menos Lucro - PRL: definido como a média aritmética dos preços de revenda dos bens ou direitos, diminuídos:

- a) dos descontos incondicionais concedidos;
- b) dos impostos e contribuições incidentes sobre as vendas;
- c) das comissões e corretagens pagas;
- d) da margem de lucro de: (Redação dada pela Lei nº 9.959, de 2000)
 1. sessenta por cento, calculada sobre o preço de revenda após deduzidos os valores referidos nas alíneas anteriores e do valor agregado no país, na hipótese de bens importados aplicados à produção; (Incluído pela Lei nº 9.959, de 2000)
 2. vinte por cento, calculada sobre o preço de revenda, nas demais hipóteses. (Incluído pela Lei nº 9.959, de 2000)”¹⁵³

¹⁵¹O artigo 9º da Medida Provisória nº 478/09, publicada em 30.12.09, pretende introduzir pequena alteração nesta redação para esclarecer o caráter ponderado da média aritmética e a impossibilidade de se utilizar preços praticados entre empresas vinculadas na amostra de comparáveis.

¹⁵²Lei Nº 9.430, de 27 de Dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/L_e_s/L9430.htm>. Acessado em: 20. Fev. 2011.

¹⁵³ O artigo 9º da Medida Provisória nº 478/09, publicada em 30.12.09, substitui método PRL pelo Método do Preço de Venda menos Lucro (PVL). Trata-se de Conferir status legal à sistemática introduzida pelos parágrafos 10 e 11 do artigo 12 da IN/SRF nº 243/02 para a aplicação do método PRL

Com inspiração no *Resale Price*, para a exportação foram criados dois métodos, o PVA e o PVV (artigo 19, §3º, II e III, da Lei nº 9.430/96):

“Art. 19. (...)

II - Método do Preço de Venda por Atacado no País de Destino, Diminuído do Lucro - PVA: definido como a média aritmética dos preços de venda de bens, idênticos ou similares, praticados no mercado atacadista do país de destino, em condições de pagamento semelhantes, diminuídos dos tributos incluídos no preço, cobrados no referido país, e de margem de lucro de quinze por cento sobre o preço de venda no atacado.

III - Método do Preço de Venda a Varejo no País de Destino, Diminuído do Lucro - PVV: definido como a média aritmética dos preços de venda de bens, idênticos ou similares, praticados no mercado varejista do país de destino, em condições de pagamento semelhantes, diminuídos dos tributos incluídos no preço, cobrados no referido país, e de margem de lucro de trinta por cento sobre o preço de venda no varejo.”¹⁵⁴

Com inspiração no *Cost Plus*, para a importação foi criado o método CPL (artigo 18, III, da Lei nº 9.430/96):

“Art. 18. (...)

III - Método do Custo de Produção mais Lucro - CPL: definido como o custo médio de produção de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, no país onde tiverem sido originariamente produzidos, acrescido dos impostos e taxas cobrados pelo referido país na exportação e de margem de lucro de vinte por cento, calculada sobre o custo apurado.”¹⁵⁵

Com inspiração no *Cost Plus*, para a exportação foi criado o método CAP (artigo 19, §3º, IV, da Lei nº 9.430/96):

na hipótese de bens importados aplicados à produção. A diferença é que, no PVL, esta sistemática deverá ser aplicada com margem de lucro única de 35%, indistintamente, nas hipóteses de bens importados aplicados à produção ou destinados à revenda.

¹⁵⁴Lei Nº 9.430, de 27 de Dezembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9430.htm. Acessado em: 20. Fev. 2011.

¹⁵⁵O artigo 9º da Medida Provisória nº 478/09, publicada em 30.12.09, ipretendia introduzir pequena alteração nesta redação para esclarecer o caráter ponderado da média aritmética. Todavia, a MP 478 não foi convertida em lei em 2009, o método PVL não poderia entrar em vigor no ano de 2010 e, conseqüentemente, majorar o IRPJ.

Art. 19. (...)

IV - Método do Custo de Aquisição ou de Produção mais Tributos e Lucro - CAP: definido como a média aritmética dos custos de aquisição ou de produção dos bens, serviços ou direitos, exportados, acrescidos dos impostos e contribuições cobrados no Brasil e de margem de lucro de quinze por cento sobre a soma dos custos mais impostos e contribuições.¹⁵⁶

Conforme acima mencionado, cumpre notar que a idéia do teste de comparabilidade, presente em todos os métodos desenvolvidos no âmbito internacional¹⁵⁷, somente foi mantida para os métodos PIC e PVEx.

No PIC os preços comparáveis devem ser buscados em transações que envolvem bens, serviços ou direitos, *"idênticos ou similares"*, realizadas no *"mercado brasileiro ou de outros países"* em *"condições de pagamento semelhantes"*.

No PVEx, os preços comparáveis devem ser buscados em transações que envolvem bens, serviços ou direitos, *"idênticos ou similares"*, realizadas *"pela própria empresa, para outros clientes, ou por outra exportadora nacional"*, *"durante o mesmo período de apuração da base de cálculo do imposto de renda"* em *"condições de pagamento semelhantes"*.

Como se pode observar, mesmo mantendo a comparabilidade para estes métodos, a lei brasileira a restringiu. No PVEx só podem ser inseridas na amostra do teste as transações realizadas pela própria empresa e por exportadoras nacionais durante o mesmo período de apuração. Nos dois métodos só podem ser incluídas nas amostras realizadas em condições *"de pagamentos semelhantes"*. Além disso, as regulamentações administrativas criaram uma série de outras restrições.

Nos demais métodos há que se perceber o afastamento do teste da comparabilidade, como consequência da opção do legislador brasileiro pela predeterminação das margens brutas em valores percentuais fixos¹⁵⁸. Na metodologia

¹⁵⁶Lei Nº 9.430, de 27 de Dezembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9430.htm. Acessado em: 20. Fev. 2011.

¹⁵⁷Capítulo 1

¹⁵⁸Os artigos 20 e 21, §2º, da Lei nº 9.430/96, flexibilizaram a predeterminação das margens brutas mediante a previsto da possibilidade de que estas sejam alteradas. Entretanto, a regulamentação administrativa daqueles dispositivos criou um procedimento que praticamente inviabiliza a realização de testes de comparabilidade e a consequente alteração das margens predeterminadas.

internacional as margens, que formam as amostras de transações não controladas em circunstâncias comparáveis, comportam um intervalo de preços *arm's length*, que será cotejado com o “*preço praticado*” na transação controlada.

Os métodos brasileiros que utilizam margens, por outro lado, determinam o cálculo de médias aritméticas ponderadas de preços de revenda (PRL, PV A e PVV) ou de custos (CPL e CAP) que constituirão bases a partir das quais devem ser aplicadas as respectivas margens brutas predeterminadas com o intuito de encontrar um valor único representativo do preço parâmetro.

As referências a preços idênticos ou similares, no PVA e PVV, e a custos idênticos ou similares, no CPL, são meras concessões do legislador em virtude da eventual dificuldade de se encontrar, nas próprias empresas vinculadas e situadas no exterior, os preços e custos que formarão as médias que servirão de base para a aplicação das margens brutas.

Os métodos antes descritos aplicam-se a todas as transações abrangidas no aspecto objetivo do regime brasileiro, quais sejam, bens, serviços e direitos. Contudo, o artigo 22 da Lei n° 9.430/96 preferiu dar um tratamento diferente para os juros.

Neste caso, a lei brasileira também predeterminou uma margem bruta para a remuneração dos valores negociados a título de empréstimo. Não se trata de uma margem percentual fixa, como nos métodos inspirados no *Resale Price* e *Cost Plus*, mas de uma margem calculada em função da taxa de juros básica usada como referência no sistema financeiro internacional, acrescida de três pontos percentuais a título de *spread*. Neste sentido, assim dispuseram o mencionado artigo e seu § 1°:

“Art. 22. Os juros pagos ou creditados a pessoa vinculada, quando decorrentes de contrato não registrado no Banco Central do Brasil, somente serão dedutíveis para fins de determinação do lucro real até o montante que não exceda ao valor calculado com base na taxa Libor, para depósitos em dólares dos Estados Unidos da América pelo prazo de seis meses, acrescida de três por cento anuais a título de *spread*, proporcionalizados em função do período a que se referirem os juros.

§ 1 ° No caso de mútuo com pessoa vinculada, a pessoa jurídica mutuante, domiciliada no Brasil, deverá reconhecer, como receita financeira

correspondente à operação, no mínimo o valor apurado segundo o disposto neste artigo.”¹⁵⁹

Apesar da pretensa inspiração em métodos internacionais, não foi estabelecido nenhum critério para a escolha dos métodos brasileiros. Assim que, diferentemente do que acontece nos *Guidelines*, não há uma hierarquia que determine a prevalência dos métodos inspirados no CUP (PIC ou PVEx). Outrossim, diferentemente do que está previsto na regulamentação americana, não há a imposição de alguma regra semelhante ao “*best method rule*”¹⁶⁰. Há na verdade, uma total liberdade de escolha do método a ser aplicado.

Neste sentido, o artigo 18 da Lei nº 9.430/96, ao anunciar os métodos a serem aplicados na importação, dispõe que:

“Art. 18. Os custos, despesas e encargos relativos a bens, serviços e direitos, constantes dos documentos de importação ou de aquisição, nas operações efetuadas com pessoa vinculada, somente serão dedutíveis na determinação do lucro real até o valor que não exceda ao preço determinado por um dos seguintes métodos.”¹⁶¹ (grifos nosso)

Por sua vez, o artigo 19, § 3º, da mesma lei, ao anunciar os métodos a serem aplicados na importação, estipula que:

“Art. 19. (...)

§ 3º - Verificado que o preço de venda nas exportações é inferior ao limite de que trata este artigo, as receitas das vendas nas exportações serão determinadas tomando-se por base o valor apurado segundo um dos seguintes métodos: (...)”¹⁶² (grifos nosso)

¹⁵⁹Lei Nº 9.430, de 27 de Dezembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9430.htm>. Acessado em: 20. Fev. 2011.

¹⁶⁰Capítulo 1, item 1.1.

¹⁶¹Lei Nº 9.430, de 27 de Dezembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9430.htm>. Acessado em: 20. Fev. 2011.

¹⁶²Lei Nº 9.430, de 27 de Dezembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9430.htm>. Acessado em: 20. Fev. 2011.

Esta liberdade de escolha foi confirmada pelas regulamentações administrativas, mas há na doutrina quem entenda¹⁶³ que existe na lei a exigência de que o método que traduza o resultado mais favorável ao contribuinte deva ser o adotado¹⁶⁴. Segundo esta interpretação, o fisco, por estar vinculado à lei nos lançamentos de ofício, deve perquirir todos os métodos para verificar qual deles chegam a um resultado mais favorável ao contribuinte¹⁶⁵ pendente de estar ou não correta esta interpretação. O fato é que há uma plena liberdade para o contribuinte escolher o método que lhe garanta o resultado mais benéfico.

A pretensa inspiração nos métodos tradicionais revela outra face da iniciativa brasileira. Não houve transigência para com os métodos baseados em lucros. Nem mesmo houve a abertura para um possível "*quarto método*". Esta decisão foi, por um lado, conservadora e, por outro, perigosa. Isto porque, na época da edição da Lei nº 9.430/96, como se pode aduzir do contexto histórico da disciplina no âmbito internacional, já havia um consenso de que os métodos tradicionais não eram suficientes para lidar com o controle dos *preços de transferência*. Por esta razão, tanto a regulamentação americana quanto os *Guidelines* já haviam superado a fase histórica em que isto foi contemplado com a incorporação dos métodos baseados em lucros.

Há também na legislação brasileira alguns dispositivos que têm o objetivo de simplificar o controle dos *preços de transferência*. Luís Eduardo Schoueri, ao perceber a semelhança destes dispositivos com a conceituação internacional reservada à expressão "*safe harbour*"¹⁶⁶, assim os denominou. Trata-se de regras voltadas à simplificação das exigências tributárias, as quais, no controle dos *preços de*

¹⁶³HUCK, Hermes Marcelo. *Elisão e Evasão: Rotas Nacionais e Internacionais do Planejamento Tributário*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 291., TÔRRES, Heleno Taveira. *Pluriributação Internacional sobre as Rendias das Empresas*.p.265

¹⁶⁴SCHOUERI, Luís Eduardo, Op. cit., pp. 98 e 99.

¹⁶⁵ O artigo 10 da Medida Provisória nº 478/09, publicada em 30.12.09, pretendia introduzir o artigo 19-B, § 1º, na Lei nº. 9.430/96, com a finalidade de afastar esta interpretação.

¹⁶⁶ "*safe harbour*", chamado de "porto seguro" consiste no estabelecimento, antecipadamente, de uma margem para os preços de transferência de forma que os preços que estiverem no intervalo predefinido, serão aceitos sem questionamentos. A OCDE não recomenda, todavia, a adoção dessa sistemática por entender que os preços assim estabelecidos podem não coincidir com a multiplicidade de circunstâncias com que defrontam cada empresa em suas operações, ainda que operando sob condições semelhantes, o que resultaria em distorções no preço assim preestabelecido.

transferência, por constituírem exceção ao *arm's length*, devem ser utilizadas de forma moderada¹⁶⁷.

No regime brasileiro, a própria Lei nº 9.430/96 criou alguns dispositivos desta natureza ao permitir que, no artigo 22, §4º, os juros dos contratos de mútuo registrados no Banco Central do Brasil (BACEN) e, no artigo 19, as transações de empresas que pratiquem um preço médio em suas exportações superior a 90% do preço médio praticado para as mesmas transações no mercado interno, sejam dispensados do controle.

Outros “*safe harbours*” foram inicialmente criados pela regulamentação administrativa e depois ratificados pelo artigo 45 da Lei nº 10.833/03. É o que se verifica com a margem de divergência criada para dispensar o ajuste primário quando o “*preço parâmetro*” difere em função até do “*preço praticado*”¹⁶⁸.

E com as hipóteses de dispensa do controle, especialmente projetadas para as exportações de empresas que apresentem: plano de exportação com o objetivo de conquista de novos mercados; lucro referente àquelas operações para empresas vinculadas superiores a 5% da receita proveniente destas exportações; e receita líquida das exportações inferior a 5% da receita líquida total¹⁶⁹.

2.4 Da COMPARABILIDADE NO REGIME BRASILEIRO

Uma questão primordial, quando se aborda o tratamento metodológico do controle dos *preços de transferência* é a comparabilidade. Ela é a própria essência do *arm's length*. Por isso, na descrição de todos os métodos apresentados, fez-se referência ao que neste trabalho foi denominado “*teste da comparabilidade*”.

A comparabilidade é necessária para que se possa isolar a divergência entre o “*preço referência*” e o “*preço praticado*” para averiguar a hipótese

¹⁶⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Op. cit.*, pp.233 a 236.

¹⁶⁸ Artigo 30, 35 e 36 da IN/SRF nº. 243/02.

¹⁶⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Op. cit.*, p. 236.

de uma "vantagem anormal"¹⁷⁰, assim verificar se os preços praticados entre as pessoas vinculadas, *preços de transferência*, foram praticados sob a égide do padrão *arm's length*, tendo como referência as operações realizadas entre empresas totalmente independentes.

Constatada a diferença, serão aplicados os métodos de controle sobre as operações praticadas, obtido assim, o "*preço referência*", este será utilizado para comparar com o "*preço praticado*" entre as empresas vinculadas, e dessa diferença o fisco se utilizará, para redefinir a base de cálculo.

Esses métodos de comparabilidade estarão presentes em todos os métodos de controle sobre os *preços de transferência*, e serão muitos úteis no momento de se fazer ajustes permitidos pela lei, para se efetivar o padrão *arms length*. Tendo em vista que as operações raramente estarão sob a égide das mesmas condições. Ou seja, as situações em que uma operação realizada entre empresas independente, dificilmente será reproduzida em sua totalidade para efeito de comparação, nas operações realizadas entre as coligadas.

Tendo em vista a dificuldade de comparar as operações, a OCDE fez uma interessante proposta em suas diretrizes sobre os elementos de análise e comparabilidade, inerentes aos modos pelos quais os *preços de transferência* devem ser levantados e as respectivas implicações consideradas (*Guidance for Applying the Arm's Length Principle*)¹⁷¹.

O Brasil, embora não seja membro da OCDE, seguiu suas recomendações para o método PIC e PEVx, no que se refere aos elementos de comparabilidade, que são: foco transacional, análise comparativa ou comparabilidade, características intrínsecas dos bens ou serviços objeto da transação, análise funcional, termos contratuais, circunstâncias econômicas e estratégias negociais.

¹⁷⁰ A "vantagem anormal" ocorre em decorrência do negócio feito entre empresas ligadas, surge quando há uma diferença entre o "preço normal", preço praticado entre empresas não vinculadas sob a égide da livre concorrência, e o valor praticado entre as partes vinculadas, ou seja, é uma desvantagem para uma das partes e uma vantagem para outra, a qual não seria possível obter no mercado dentro de uma relação comercial ou financeira, feita entre partes independentes.

¹⁷¹ Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations. Paris: OCDE, 1996.p. Disponível em: <http://www.iras.gov.sg/pv_obj_cache/pv_obj_id_E08FB18E084CD3D28C13278C74E77D27FB510800/filename/transferpricingcircular.pdf>. Acessado em: 13 Aug. 2010.

Para ter um efetivo cumprimento do padrão *arm's length*, faz-se mister identificar com adequação os elementos necessários à comparabilidade. Pode ser útil não limitar a pesquisa no ano corrente, mas considerar também os períodos sucessivos (e, excepcionalmente, os precedentes) e que pode revelar aspectos importantes na quantificação dos preços de transferência.

2.5 Do PRINCÍPIO *ARM'S LENGTH* NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O controle dos *preços de transferência* no Brasil foi motivado pelo desejo de combater a elisão fiscal por meio de uma legislação interna que convergisse para o tratamento internacional da matéria. A intenção teria ainda o mérito de corresponder aos acordos de bitributação assinados pelo Brasil¹⁷². Do que se expôs, este tratamento internacional é ainda essencialmente focado no padrão *arm's length*. Conveniente, então, investigar se houve uma fiel observância deste padrão e, em caso negativo, quais seriam suas possíveis origens.

Desde 1979, na divulgação de seu primeiro relatório sobre o tema dos *preços de transferência*, a OCDE já reconhecia que, em virtude da complexidade das transações internacionais, o *arm's length* não se coadunava com a propositura de regras estritas nas legislações internas dos diversos países¹⁷³. No entanto, as regras positivadas no ordenamento brasileiro parecem não esconder o receio de se trabalhar com a “*flexibilização*” exigida pelo padrão internacional. Neste sentido, importante reproduzir a opinião de Elen Peixoto Orsini:

“Percebemos que na legislação de preços de transferência o legislador optou por seguir conceitos tradicionalmente usuais e aceitos na legislação de imposto de renda das pessoas jurídicas, fixando limite máximo de dedutibilidade de custos ou despesas e valor mínimo de receita a ser reconhecida, para fins de apuração do lucro tributável.

O legislador não quis, pois não haveria amparo legal, em relação às atribuições da atividade do auditor fiscal do tesouro nacional, ou em função das estruturas

¹⁷² Artigo 30, 35 e 36 da IN/SRF n° 243/02.

¹⁷³ SCHOUERI, Luís Eduardo. Op. cit., p. 30

jurídico constitucional brasileira, permitir que o auditor tivesse o arbítrio de definir critérios de ajustes, margens aceitáveis de lucro, ou mesmo que o montante a ser autuado dependesse de interpretação, mesmo porque o Brasil difere e muito de países como os Estados Unidos, a França ou o Reino Unido, onde já existe essa tradição.

Devemos ressaltar, que o auditor fiscal do Tesouro Nacional, no exercício de suas funções, embora seja o representante da autoridade tributária junto ao contribuinte, tem atividade vinculada, a qual se restringe, quando na fiscalização externa, à ação fiscal direta, para orientar ou esclarecer o contribuinte no cumprimento de seus deveres fiscais, bem como para verificar a exatidão dos rendimentos sujeitos à incidência do imposto, lavrando, quando for o caso, termo ou auto de infração.”

174

Estas idéias parecem ter influenciado toda a formulação das regras brasileiras. Os conceitos tradicionalmente usuais e aceitos na legislação, os quais foram referidos pela autora, revelam que a preocupação do legislador ao positivar as regras de controle dos *preços de transferência* não se restringiu à convergência com o padrão internacional. Outras raízes concorreram com o *arm's length* durante a criação destas regras. Com isso há a proliferação de situações em que o legislador brasileiro se afastou do padrão.

A enunciação taxativa de hipóteses, que caracterizam a vinculação entre as partes de uma transação, é claramente uma destas situações. Em vista das dificuldades, que permeiam noções flexíveis do aspecto subjetivo da disciplina no âmbito internacional, o legislador pátrio preferiu a segurança de hipóteses marcadas pela subsunção. Por outro lado, diante das inúmeras possibilidades de planejamentos voltados para a elisão internacional com apoio em “*paraísos fiscais*” ou regimes fiscais privilegiados, escolheu-se submeter quaisquer transações realizadas nestas condições ao controle dos *preços de transferência*. Parece nítido que razões de ordem prática inspiraram o legislador nesta definição do aspecto objetivo da matéria.

Outra não poderia ser a conclusão ao se deparar com a decisão de excluir os *royalties*, transferências de tecnologia do âmbito do controle. Neste sentido, Heleno Tôrres defende esta iniciativa porque considera o mecanismo de limitação de dedutibilidade dos *royalties* e da assistência técnica, científica, administrativa ou

¹⁷⁴ORSINI, Elen Peixoto, “O Princípio *Arm's Length* e a Legislação Interna Brasileira”. In: SCHOUERI, Luís Eduardo e ROCHA, Valdir de Oliveira (coords.). Tributos e preços de transferência. v. 2. São Paulo: Dialética, 1999, p. 141.

assemelhada, presente na legislação brasileira um instrumento muito eficaz para o controle dos intangíveis¹⁷⁵. Provavelmente, foi pensando no resultado prático que esta eficácia traduziria para os cofres públicos que o legislador renunciou ao controle genérico que estava implementado em favor do mecanismo pré-existente.

Quanto às restrições impostas ao único vestígio de comparabilidade presente nos métodos desenvolvidos para a apuração dos “*preços parâmetros*”, qual seja, no PIC e no PVEx, não é de se estranhar. Afinal, conforme já constatado, a maioria dos problemas do *arm's length* têm origem na difícil tarefa de encontrar transações não controladas, que aptas ao teste da comparabilidade. É patente a preocupação do legislador brasileiro com esta realidade. Tanto é que preferiu afastar a comparabilidade de margens dos demais métodos.

Se, em contrapartida, houve uma concessão para a comparabilidade e preços no PIC e no PVEx, ela não foi ampla. O legislador tolheu-a criando algumas restrições em busca de reduzir a sua complexidade. A regulamentação administrativa foi ainda mais longe criando várias outras restrições. Independentemente da legalidade destas últimas, o certo é que elas também foram motivadas pelo desejo de diminuir a incerteza da comparabilidade, tornando-a mais prática.

O aspecto mais polêmico quando se compara a metodologia brasileira com o padrão internacional é, sem dúvida, a predeterminação de margens. Foi uma medida que sinalizou um claro distanciamento em relação ao princípio *arm's length*. E por que razão teria sido tomada drástica iniciativa? Provavelmente, porque o legislador sabia da complexidade econômica que envolve todo o procedimento de comparabilidade de margens.

Como acima retratou Elen Orsini, uma abertura para este tipo de procedimento na auditoria tributária parece todo o paradigma vinculatório que envolve a relação fisco-contribuinte no Brasil. Por isso, a necessidade que moveu o legislador de criar métodos que eliminassem por completo a comparabilidade em sede de auditorias tributárias. Não há maior evidência de razão prática na legislação brasileira de preços de transferência. Entretanto, para não radicalizar as transgressões com o *arm's length*,

¹⁷⁵TORRES, Heleno. Op. cit., p. 259.

o legislador flexibilizou sua atitude criando o procedimento de mudança de margens previsto nos artigos 20 e 21, §2º, da Lei nº 9.430/96. Leia-se:

“Art. 20. Em circunstâncias especiais, o Ministro de Estado da Fazenda poderá alterar os percentuais de que tratam os arts. 18 e 19, caput, e incisos I, II, III e IV de seu § 3º.

(...)

Art. 21. (...)

§ 2º Admitir-se-ão margens de lucro diversas das estabelecidas nos arts. 18 e 19, desde que o contribuinte as comprove, com base em publicações, pesquisas ou relatórios elaborados de conformidade com o disposto neste artigo.”¹⁷⁶

Apesar dessa flexibilização, a regulamentação administrativa que se seguiu¹⁷⁷ não parece ter incentivado os contribuintes a buscar a mudança de margens. Como relata Luís Eduardo Schueri, desde a edição da Lei, não se teve notícia de que alguma margem tenha sido alterada¹⁷⁸.

No que diz respeito à liberdade de escolha dos métodos, o legislador brasileiro desprezou completamente a fundamentação econômica que sustenta os métodos baseados em margens brutas. A utilização destes últimos somente é recomendada nas situações em que a arte testada da transação controlada apresenta pouca complexidade devido à reduzida realização de funções, assunção de riscos e emprego de ativos.

Entretanto, perante a predeterminação das margens é provável que o legislador tenha inferido que estas recomendações não mais se aplicavam. Ora, se a idéia da predeterminação poderia ter alguma justificativa no fato de que margens *arm's length* teriam sido eleitas a partir da observância de médias praticadas por empresas de

¹⁷⁶O artigo 10 da Medida Provisória nº 478/09, publicada em 30.12.09, pretendia flexibilizar um pouco mais a competência para a alteração das margens predeterminadas ao pretender introduzir o artigo 19-A na Lei nº 9.430/96, criando a possibilidade de o Ministro da Fazenda fixar margens de lucro diferentes por setor ou ramo de atividade econômica. Todavia, não foi convertida em Lei.

¹⁷⁷Portarias MF nº. 95/97 e nº. 222/08.

¹⁷⁸SCHOUERI, Luís Eduardo, "*Margens Predeterminadas, Aplicabilidade e Capacidade Contributiva*". In: Luís Eduardo Schueri (coord.). *Tributos e Preços de Transferência*. v. 3. São Paulo: Dialética, 2009, p. 123.

baixa complexidade; esta justificativa deixou de ser válida, quando se permitiu que empresas nada comparáveis utilizassem os métodos.

Por outro lado, o legislador deixou de reconhecer que, quando a comparabilidade é confiável, os métodos inspirados no CUP devem ser preferidos porque traduzem o melhor resultado *arm's length*. É certo que a aferição desta confiabilidade só recairia mesmo sobre o PIC e o PVEx, porque são os únicos que trabalham com a comparabilidade. Mas, ainda assim, esta preferência indicaria um maior empenho no sentido de fomentar o *arm's length* quando fosse possível uma aproximação com este resultado.

Diante destas evidências, não há como repreender o diagnóstico de Paulo Bento, segundo o qual a liberdade na escolha dos métodos também contribui para o comprometimento da compatibilidade do princípio *arm's length*¹⁷⁹. Nota-se uma mitigação deste compromisso com o objetivo de tornar mais prática a aplicação dos métodos no país.

Para o legislador pouco importou o conhecimento internacional pré-existente de que alguns métodos são recomendados situações específicas para melhor traduzem o resultado *arm's length*. E há outros que servem para todas as situações, quando houver confiabilidade.

Em relação à decisão de não se permitir a utilização dos métodos baseados em outros ou quaisquer outros métodos, esta conclusão resulta da percepção de que o legislador enunciou de forma taxativa os meios possíveis para o controle dos *preços de transferência*.

A Receita Federal do Brasil já manifestou categoricamente sua interpretação neste sentido, inclusive no caso de transações praticadas com empresas situadas em países com os quais o Brasil mantém acordo de bitributação¹⁸⁰. Contudo,

¹⁷⁹ BENTO. Paulo Marcelo de Oliveira. "As Regras Brasileiras de Preços de Transferência e o Princípio *Arm's Length* - Uma Análise Multidisciplinar". In: Revista de Direito Tributário Internacional n. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 121.

¹⁸⁰ Receita Federal do Brasil, Perguntas e Respostas – Pessoa Jurídica – PIR 2009, disponível em www.receita.fazenda.gov.br acessado em 15.01.2011.

como já demonstrado, há situações em que não é possível contar com os métodos tradicionais. Novamente, as preciosas observações de Paulo Bento são ilustrativas:

“(...) ao adotar apenas os métodos tradicionais, as regras brasileiras de preços de transferência restringem a possibilidade de uma maior aproximação dos resultados de sua aplicação com o princípio *arm's length*, nas situações em que, por falta de informações em domínio público sobre operações comparáveis, a utilização dos chamados métodos tradicionais demasiadamente imprecisa ou até mesmo inviável.”¹⁸¹

Outra vez mais, somente razões de ordem prática podem explicar melhor este afastamento do padrão *arm's length*. Em relação à descrição dos “*safe harbours*”, a maioria foi instituída para beneficiar as empresas exportadoras. Por esta razão, a doutrina defende sua adoção por perceber em alguns destes dispositivos o objetivo paralelo de estímulo às exportações¹⁸².

O fato é que qualquer *safe harbour* induz a uma maior praticidade no trato da matéria dos preços de transferência com evidente prejuízo ao resultado *arm's length*. Não por outro motivo que, reconhecendo um expressivo campo para o crescimento destes dispositivos no âmbito do controle dos *preços de transferência*, os *Guidelines* não recomendam sua utilização, e propõem que as administrações tributárias ponderem os benefícios da simplificação com as desvantagens relacionadas aos riscos de bitributação, às possibilidades de criação de amplas avenidas para o planejamento tributário e às questões de discriminação na equidade e uniformidade dos contribuintes¹⁸³.

Na presença de tantas iniciativas que afastam o controle brasileiro de *preços de transferência* do padrão *arm's length*, alguns autores levantaram severas críticas ao regime. Neste sentido, depois de criticar a utilização de médias ponderadas, as margens de lucro fixas, alguns aspectos da comparabilidade, a proibição do uso do “quarto método”, a falta de uma regulação específica para os intangíveis, a prefixação

¹⁸¹BENTO, Paulo Marcelo de Oliveira. Op. cit., p. 129.

¹⁸²JUNIOR, Gilberto de Castro Moreira, “*Controle Fiscal dos Preços de Transferência na Exportação e Conquista de Novos Mercados*”. In: FERNANDES, Edison Carlos (coord.). *Preços de Transferência*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 202; e SCHOUERI, Luís Eduardo. Op. cit., p. 247.

¹⁸³OCDE, TP Cuidelines. Op. cit., par. 4.121

das taxas de juros e a ampliação do aspecto subjetivo, Paulo Ayres Barreto categoricamente afirma que:

“(...) é abissal a distância entre a disciplina dos preços de transferência no Brasil e o regime adotado pelos países-membros da OCDE, não houve a positivação, em nosso ordenamento jurídico, do padrão *arm's length* com o conteúdo a ele atribuído no Direito Comparado.”¹⁸⁴

Ricardo Mariz de Oliveira afirma, convictamente, que a Lei nº. 9.430/96 não adotou integralmente o princípio *arm's length*, o qual estaria melhor expresso nas regras que instituíram a DDL no país e não obstante saber disso, para os negócios internacionais, o legislador “*quis introduzir e introduziu normas muito mais rigorosas, fechadas em critérios próprios*”¹⁸⁵.

Do ponto de vista destes observadores externos não é diferente a percepção que se tem das regras brasileiras. Ainda importante mencionar que a lei brasileira estipula limites de dedutibilidade para a importação e de lucro bruto para exportação em transações praticadas entre as partes relacionadas. Não há um princípio *arm's length* geral em que as regras de *preços de transferência* sejam baseadas. Na verdade, as regras brasileiras mais parecem uma garantia mínima de receita.

No entanto, esta posição não é totalmente aceita por alguns autores, os quais vêem na praticidade um importante elemento a ser considerado na disciplina dos *preços de transferência*. Alberto Xavier concorda que a metodologia brasileira pode conduzir à realidade distinta do *arm's length*. Entretanto, o autor defende que suas características são capazes de trazer mais conforto ao contribuinte do que a insegurança jurídica provocada pela metodologia internacional¹⁸⁶.

Paulo Bento, por sua vez, reconhece que “*há um claro prejuízo à consistência na determinação de preços com base no padrão arm's length*”. Apesar

¹⁸⁴BARRETO, Paulo Ayres, “*Imposto sobre a Renda e Preços de Transferência*”, São Paulo: Dialética, 2001, pp.112 a 122.

¹⁸⁵MARIZ, Ricardo de Oliveira, “*Fundamentos do Imposto de Renda*”. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p.483.

¹⁸⁶XAVIER, Alberlo. Op. cit., p. 390.

disso, a legislação brasileira possibilita "um maior grau de simplicidade e certeza em relação às regras da OCDE". Ademais, acrescenta ele, "as dificuldades envolvidas na determinação de preços com base no padrão *arm's length*, associadas à realidade brasileira de escassez de informações em domínio público e falta de aparelhamento das autoridades fiscais, nos levam a constatação de que um sistema no moldes adotado pela OCDE, não parece factível no Brasil"¹⁸⁷.

A compatibilidade entre as regras brasileira e o *arm's length* pode ser condicionada à flexibilização dos métodos criados. Heleno Torres admite que os métodos brasileiros atendem ao princípio *arm's length*. Porém, ao se verificar a formação de preços, que divergem da realidade pela inadequação das margens, o autor sustenta a necessidade de alterá-las, ou pela iniciativa do contribuinte, seja de ofício¹⁸⁸.

Para José Gomes Jardim Neto, a legislação brasileira prima por linhas muito objetivas, cartesianas, que, embora permitam um elevado grau de segurança jurídica ao contribuinte, muitas vezes levam à fixação de um preço absolutamente incompatível com o *arm's length*. Contudo, na opinião do autor, uma interpretação segundo a qual os métodos sejam aceitos como presunções relativas de resultados *arm's length* levaria a uma saída honrada para a chamada versão brasileira, pois, as fixações dos limites previstos nos métodos serviriam para conferir um alto grau de segurança jurídica para o contribuinte¹⁸⁹.

A Receita Federal do Brasil não tem dúvidas em afirmar que existe compatibilidade entre as regras brasileiras e o *arm's length*. Neste sentido, já até emitiu decisões em procedimentos de consulta provocados pelos contribuintes, afirmando que "não há contradição entre o artigo 9º do Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Patrimônio da OCDE - que trata dos preços de transferência nas convenções, e os artigos 18 a 24 da Lei nº 9.430/96, que inserem os preços de transferência na legislação fiscal brasileira".

¹⁸⁷ BENTO, Paulo Marcelo de Oliveira, "As Regras Brasileiras de Preços de Transferência e o Princípio *Arm's Length*. Uma Análise Multidisciplinar". Op. cit., p. 129.

¹⁸⁸ TORRES, Heleno. Op. cit., p. 291.

¹⁸⁹ NETO, José Gomes Jardim, "Siscomex e Preços de Transferência - Limites e Obrigações do Fisco na Utilização da Valiosa Base de Dados". In: BORGES, Alexandre Siciliano, FERNANDES, Edison Carlos e PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coords.). Manual dos Preços de Transferência no Brasil – Celebração dos 10 anos de vigência da lei. São Paulo: MP Editora, 2007, pp. 150 e 151.

Embora constatada muitas diferenças entre a legislação brasileira e a internacional, há premissas primordiais que inspirou o legislador ao mitigar o princípio *arm's length* na implementação das regras brasileiras em face da aplicabilidade e na busca de eficiência dos métodos de controle. Pelo relato acima, as mais diversas razões práticas que conduziram à elaboração de um sistema divergente do padrão internacional.

CAPÍTULO III – DA ANÁLISE DO REGIME BRASILEIRO DE CONTROLE DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

Nos contornos iniciais da disciplina, estabeleceu-se a distinção entre "*preços de transferência*" e "*controle dos preços de transferência*". A expressão "*preços de transferência*" foi conceituada como os valores monetários atribuídos por empresas relacionadas às transações internacionais de transferências de propriedade ou de direito de uso de bens, tangíveis ou intangíveis e de prestação de serviços.

O "*controle dos preços de transferência*", por sua vez, foi estabelecido como a disciplina jurídica, que têm por meio contornar os efeitos na tributação da renda, causados pela prática dos *preços de transferência*, mediante o reajustamento da base de cálculo dos tributos incidentes sobre os lucros da empresa relacionada submetida a uma determinada jurisdição fiscal. O procedimento que envolve este controle ganha, então, um formulário segundo a qual, uma vez verificada a ocorrência dos "*pressupostos subjetivos*" (empresas relacionadas) e "*pressupostos objetivos*" (prática destes preços) deve-se promover o seu controle¹⁹⁰.

Foi apresentado também que o controle dos *preços de transferência* opera segundo a seguinte ficção jurídica: se o "*preço praticado*" é superior nas importações, ou inferior nas exportações, ao "preço parâmetro", deve-se "tributar a renda auferida". Em outras palavras, ao se verificar uma hipótese normativa prevista na legislação de *preços de transferência*, deve-se dar consequência à prescrição normativa contida na norma de incidência da tributação sobre a renda. Trata-se do ajuste primário consagrado pela matéria em âmbito internacional. O mecanismo utilizado para operacionalizar este ajuste é a figura da adição ao lucro real prevista na legislação do IR¹⁹¹.

Com auxílio dos conhecimentos que foram depois introduzidos, é possível, agora, elaborar um pouco mais sobre esta formulação do controle dos *preços*

¹⁹⁰ Capítulo 1.

¹⁹¹ Receita Federal do Brasil, Perguntas e Respostas - Pessoa Jurídica - PIR 2009, disponível em: <www.receita.fazenda.gov.br>. Acesso em: 08 Jan. 2011. Capítulo XIX, Pergunta 016, p. 13.

de transferência no Brasil. Neste sentido, deve-se perceber que a renda auferida, a qual deve ser tributada, não passa da adição ao lucro real identificada pela diferença observada entre o “*preço praticado*” e o “*preço parâmetro*”, nas importações ou nas exportações.

Como já sustentado, esta adição ao lucro real tem natureza de renda implicitamente consumida na forma de lucros distribuídos e sua tributação decorre das exigências constitucionais estabelecidas no próprio conceito de renda e no Princípio da Igualdade. Então, o controle dos *preços de transferência* nada mais é do que uma ficção jurídica que remete a ocorrência da hipótese ficta (renda implicitamente consumida na forma de lucros distribuídos) à base da ficção consubstanciada pelo elemento quantitativo (base de cálculo) presente na consequência da regra-matriz de incidência do IR¹⁹².

Por sua vez, não há dúvidas de que o “*preço parâmetro*” seja aquele calculado segundo um dos métodos previstos na legislação. Trata-se, portanto, de comparar valores fixos (o praticado apurado por média aritmética ponderada e o parâmetro calculado em conformidade com os métodos definidos na legislação). Neste ponto, percebe-se uma diferença em relação à abordagem anunciada para a disciplina internacional.

É que, como os métodos internacionais trabalham com amostras de transações não controladas em circunstâncias comparáveis, os resultados *arm's length* constituem intervalos de resultados com amplitudes de valores variáveis de acordo com o tamanho das amostras.

A partir da constatação e dos aspectos relatados sobre o regime dos *preços de transferência* instituído no Brasil, passa a ser possível fazer uma avaliação do regime brasileiro de controle dos *preços de transferência* para responder a seguinte questão: apesar de não seguirem, como insinuado, as recomendações contidas nos *Guidelines*, as regras nacionais estão em consonância com padrão *arm's length* e se

¹⁹²CARVALHO, Paulo de Barros, “*Curso de Direito Tributário nos Termos da Constituição Federal de 1.988*”, 4ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1991, p. 62.

são eficazes para afastar a elisão provocada pela manipulação dos preços de transferência?

Para finalizar a análise do regime brasileiro dos *preços de transferência* e responder a questão formulada, cumpre investigar a técnica de alguns mecanismos adotada pela Lei nº 9.430/96 para obter o controle dos preços, praticados nas transações controladas. Dentre eles analisaremos definição do aspecto subjetivo, exclusão dos *royalties* e da transferência de tecnologia, restrição da comparabilidade, margens de lucro predeterminadas. Com amparo na doutrina, legislação e jurisprudência.

3.1 DO ASPECTO SUBJETIVO DOS MÉTODOS DE CONTROLE

A definição do aspecto subjetivo do controle dos *preços de transferência* no Brasil previsto na legislação parece ter sido desenvolvida para evitar a incerteza que o direito enfrentaria caso o antecedente normativo da disciplina fosse simplesmente inspirados no pressuposto subjetivo teórico do controle: “*empresas relacionadas*”.

Com efeito, a idéia de fechar este conceito indeterminado e implícito na própria concepção teórica da matéria traduz a preocupação do legislador brasileiro com o aspecto prático de sua aplicação. Neste sentido, foram criadas três situações para indicar o relacionamento de uma empresa brasileira¹⁹³ com uma pessoa (física ou jurídica) residente no exterior. Cumpre, então, examinar a natureza dos mecanismos que proporcionaram o fechamento do conceito “*empresas relacionadas*”.

Na primeira situação, o legislador se socorreu preliminarmente de outro conceito, em tese indeterminado, para indicar quando a pessoa residente no exterior será relacionada com a empresa brasileira. Positivou assim, no artigo 23 da

¹⁹³ A rigor, a lei brasileira impõe o controle dos preços de transferência até mesmo para as pessoas físicas residentes e domiciliadas no País que efetuarem transações com pessoas residentes ou domiciliadas em paraísos fiscais ou em operações realizadas, em regime fiscal privilegiados. Não obstante, o tratamento do controle dos preços de transferência no âmbito de pessoas físicas foge ao escopo deste trabalho.

Lei nº 9.430/96, o conceito de “*pessoa vinculada*”. Esta denominação, inclusive indicando que se trata de um conceito, foi registrada no próprio título do artigo.

O fechamento do conceito foi depois promovido pela enunciação taxativa dos dez incisos do artigo, os quais definiram as hipóteses de “*pessoas vinculadas*”, essencialmente caracterizadas por pessoas residentes ou domiciliadas no exterior, que possuem algum tipo de relacionamento com a empresa brasileira. Além destas, o artigo 14 da Lei nº 11.281/06 incluiu uma nova hipótese ao prever que deve ser verificada a vinculação não só ao importador, mas também do encomendante, em operações de importação sob encomenda.

Na segunda situação, o legislador utilizou um conceito menos indeterminado para indicar quando a pessoa residente no exterior será relacionada com a empresa brasileira. Inicialmente, no título do artigo 24 da mesma Lei, prevê a denominação “*países com tributação favorecida*” para designar o conceito popularmente conhecido como “paraísos fiscais”.

A conceituação utilizada é menos indeterminada porque o legislador trata de país que “*não tribute a renda ou a tribute a alíquota máxima inferior a vinte por cento*”. Ademais, no §1º deste artigo, ficou determinado que, para efeito da conceituação estabelecida, “*será considerada a legislação tributária do referido país, aplicável às pessoas físicas ou jurídicas, conforme a natureza do ente com o qual houver sido praticada a operação*”.

Posteriormente, o artigo 4º da Lei nº 10.451/02 ampliou o escopo do conceito segundo a qual:

(...) considera-se também país ou dependência com tributação favorecida aquele cuja legislação não permita o acesso a informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas, a sua titularidade ou à identificação do beneficiário efetivo de rendimentos atribuídos não residentes.”¹⁹⁴

¹⁹⁴ Lei nº 10.451/02. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/leis/2002/lei_10451.htm>. Acessado em: 26. Abr. 2011

Esta conceituação, não esconde a dificuldade prática da aplicação das regras positivadas. Por isso, após a introdução do conceito no ordenamento, a RFB editou sucessivos atos administrativos que fecharam ainda mais o conceito com a enunciação taxativa dos países (ou dependências territoriais), que devem ser considerados “*paraísos fiscais*”¹⁹⁵.

Na terceira situação, o legislador seguiu utilizando um conceito, que apresenta algum grau de indeterminação para indicar quando a pessoa residente no exterior será relacionada com a empresa brasileira. Neste sentido, o artigo 23 da Lei n° 11.727/08 inseriu o artigo 24-A, na Lei n° 9.430/96, o qual introduziu o conceito de “*regime fiscal privilegiado*”¹⁹⁶. O *parágrafo único* deste artigo define, de forma alternativa¹⁹⁷, as hipóteses em que se verifica a ocorrência deste regime. Por isso, a conceituação não é totalmente indeterminada.

As enunciações taxativas tornam-se uma padronização *stricto sensu*. Neste sentido, fomentam a aplicabilidade fechando o conceito indeterminado “*empresas relacionadas*” implícito no aspecto subjetivo da formulação teórica do controle dos *preços de transferência*.

Caso o legislador mantivesse esta indeterminação, possibilitaria ao aplicador do direito uma maior propensão ao fomento do *arm's length*, em prol da capacidade contributiva e da igualdade particular. Porém, ao utilizar as enunciações taxativas na formulação legal, acaba por fechar (determinar) o conceito, mitigando aqueles ideais e demonstrando sua preocupação com a igualdade geral.

Cumprе alertar que as inclusões das operações realizadas com pessoas situadas em “*paraísos fiscais*”¹⁹⁸ ou beneficiadas por “*regime fiscal privilegiado*”, no escopo do aspecto subjetivo poderiam ser consideradas como medidas que têm por objetivo fomentar o combate à “*elisão fiscal*”. Entretanto, deve-se perceber

¹⁹⁵ O último ato editado com este objetivo é a IN/SRF n° 188/02.

¹⁹⁶ Segundo o art. 24, da Lei n.º 9430/96, com as alterações introduzidas pelos arts. 3º e 4º, da Lei n.º 10451/2002, é o país ou a dependência que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota inferior a 20 % (vinte por cento).

¹⁹⁷ A natureza alternativa da definição foi esclarecida pela Lei n° 11.941/09.

¹⁹⁸ A IN SRF n.º 188/02 traz a relação de países com a tributação favorecida.

que esta finalidade não é independente do próprio objetivo de realizar o *arm's length* e a capacidade contributiva.

Nota-se que conseqüentemente, todas as padronizações do aspecto subjetivo, embora tenha um peso maior para combater a elisão fiscal, não possui uma intensidade de restrição ao *arm's length* e à legalidade tributária. Assim, respondendo ao questionamento¹⁹⁹, pode-se afirmar que a definição do aspecto subjetivo do controle dos *preços de transferência*, mediante a utilização da enunciação taxativa das hipóteses de vinculação e da ampliação do escopo para os “*paraísos fiscais*” e “*regimes fiscais privilegiados*”, apresenta-se como uma medida eficaz, tanto para combater a elisão fiscal quanto para cumprir ao *arm's length*.

3.2 DA EXCLUSÃO DOS ROYALTIES E DA TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA DO CONTROLE DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

A exclusão dos *royalties* e da transferência de tecnologia do âmbito do controle dos *preços de transferência* no Brasil, afigura-se como um fechamento específico sobre a conceituação ampla e indeterminada do aspecto objetivo deste controle.

Neste sentido, enquanto a Lei nº 9.403/96, em seus artigos 18 e 19, definiu que o controle se aplica aos “*bens, serviços e direitos*” importados ou exportados, o §9º do artigo 18 desta mesma Lei, expressamente excluiu do controle as transações que envolvem os pagamentos de “*royalties e assistência técnica, científica, administrativa ou assemelhada*” para o exterior.

O assunto foi remetido às pré-existentes limitações de dedutibilidade previstas desde 1958, quando foi editado o artigo 74 da Lei nº 3.479/1958. Além disso, o fisco não exerce este controle também quanto às transações, que envolvem o recebimento pelas empresas brasileiras de valores pagos sob as mesmas rúbricas,

¹⁹⁹ São as regras nacionais eficazes para afastar a elisão provocada pela manipulação dos preços de transferência?

porque todas as regulamentações administrativas até agora editadas, implicitamente ampliaram para as exportações o escopo daquela exclusão²⁰⁰.

A definição da amplitude da exclusão exige uma prévia investigação sobre a delimitação dos conceitos indeterminados mencionados pela lei: “*royalties e assistência técnica científica, administrativa ou assemelhada*”. Apesar do artigo 22 da Lei no 4.506/64 enumerar as hipóteses de rendimentos decorrentes do uso, fruição e exploração de direitos, que devem ser classificados como “*royalties*”, entende-se que esta previsão se trata de enumeração exemplificativa e não taxativa deste conceito; porque a legislação tributária usa a mesma expressão para designar a remuneração pela exploração de qualquer outro direito²⁰¹.

Contudo, o §9º do artigo 18 da Lei 9.430/96 tratou dos “*royalties*” e da “*assistência técnica científica, administrativa ou assemelhada*” que estão “subordinados às condições de dedutibilidade constantes da legislação vigente”. Por conseguinte, a amplitude da exclusão deve observar a mesma extensão atribuída a estes conceitos pela legislação, que cuida dos limites de dedutibilidade dos pagamentos efetuados sob estas rubricas.

A discussão sobre a extensão dos conceitos de “*royalties*” e “*assistência técnica científica, administrativa ou assemelhada*” aplicáveis à legislação acima mencionada, tem sido objeto de aprofundados estudos doutrinários²⁰². De forma resumida, para os propósitos deste trabalho, é possível afirmar que os casos de “*royalties*” sujeitos aos limites de dedutibilidade se tratam das “*importâncias fixas ou variáveis pagas a título de remuneração prevista em contratos de licenciamento do direito de uso de bens intangíveis*”²⁰³.

²⁰⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. Op. cit., p. 229; e TÔRRES, Heleno. Op. cit., p. 259.

²⁰¹ RIBEIRO, Ricardo Pereira e VASCONCELLOS, Roberto França de, “*A transferência Internacional de Tecnologia e sua Tributação*”. In: *Revista de Direito Tributário Internacional* n° 6. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p.140; e CHAPINOTI, Maurício Braga, “*Preços de Transferência: o Princípio Arm’s Length Aplicado a Bens Intangíveis*”. In: *Revista de Direito Tributário Internacional* n. 3. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 143.

²⁰² LEONARDOS, Gabriel Francisco, “*Tributação da Transferência de Tecnologia*”. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

²⁰³ AVI-YONAH, Reuven S. “*Globalização e Concorrência Fiscal: Implicações nos países em Desenvolvimento*”. In: *Revista de Direito Tributário Internacional* n°. 6. São Paulo: Quarter Latin, 2007. p. 186.

Por sua vez, os casos de “assistência técnica científica, administrativa ou assemelhada” sujeitos aos limites de dedutibilidade se tratam das importâncias fixas ou variáveis pagas a título de remuneração pela “transferência de tecnologia” prevista em contratos de assistência técnica (lato sensu) ou de *know-how*²⁰⁴. Os limites de dedutibilidade são estabelecidos em atos administrativos editados pelo Ministro da Fazenda²⁰⁵. Mas, mesmo limitadas a dedutibilidade está condicionada à exigência de que os contratos geradores dos pagamentos tenham sido registrados no BACEN e averbados no Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI).

Quanto à natureza do mecanismo de aplicabilidade, há que se perceber que a exclusão dos “*royalties*” e da transferência de tecnologia, constitui uma ficção jurídica. Não se trata, contudo, de uma ficção que exige a aplicação do conseqüente de uma base ficta (fato fictício) diretamente prevista no ordenamento.

Neste caso, a ficção afasta a aplicação deste conseqüente. Ou seja, a verificação da hipótese ficta os casos de “*royalties* e assistência técnica, científica, administrativa ou assemelhada” afasta a aplicação do conseqüente da formulação geral do controle dos *preços de transferência*, cujo antecedente prevê que o controle deveria ser aplicado para todos os “bens, serviços e direitos”. É, portanto, um mecanismo que fomenta a aplicabilidade fechando um domínio específico do conceito indeterminado “bens, serviços e direitos” característico do aspecto objetivo da formulação teórica do controle dos *preços de transferência*.

No que tange ao assunto em tela, o legislador renunciou ao controle genérico dos intangíveis em favor do mecanismo pré-existente. Diante deste cenário, Heleno Tôrres defende esta iniciativa porque considera o mecanismo de limitação de dedutibilidade dos *royalties* e da assistência técnica, científica, administrativa ou assemelhada, presente na legislação brasileira, um instrumento muito eficaz para o controle dos intangíveis²⁰⁶.

²⁰⁴ Ibid. Op. cit.

²⁰⁵ Ainda estão em vigor os limites fixados pela Portaria MF nº 436/58, com alterações introduzidas pelas Portarias MF nº 113/59, 314/70 e 60/94.

²⁰⁶ TÔRRES, “Direito Tributário Internacional: Planejamento Tributário e Operações Transacionais.” Heleno. Op. cit., p. 259.

A excessiva complexidade do controle dos *preços de transferência* dos intangíveis no âmbito internacional é tão marcante, que o assunto mereceu recomendações exclusivas e foi tratado em separado nos *Guidelines* e na regulamentação americana²⁰⁷.

A idéia de intangíveis na disciplina internacional é um conceito indeterminado, a ser delimitado pelo intérprete da norma tributária diante dos casos concretos. Não há mecanismos afastando algum domínio específico do conceito do tratamento que normalmente é indicado para o caso. Em face desta realidade, a exclusão dos “*royalties*” e da transferência de tecnologia imposta pela legislação brasileira afasta o alto grau de complexidade verificado na aplicação da matéria para, pelo menos, uma parcela substancial das transações que envolvem os intangíveis.

De fato, os controles dos *preços de transferência* dos intangíveis são temas complexos. Mas, o estudo do desenvolvimento da disciplina no âmbito internacional também demonstrou a importância dos intangíveis no contexto econômico-tributário contemporâneo²⁰⁸. A alta lucratividade associada à propriedade econômica dos intangíveis desencadeia uma agressiva competitividade entre as administrações tributárias dos países desenvolvidos.

Porém, esta competitividade é mediada pela tributação segundo o padrão *arm's length*. Em face deste cenário, não se afigura prudente que o Brasil utilize sua soberania para se apoderar de parcelas dos lucros dos grupos multinacionais sem conexão com o padrão internacionalmente aceito. Esta atitude unilateral, além de afetar diretamente o direito consubstanciado no princípio *arm's length*, pode ainda abalar o comprometimento com a ordem internacional prevista no Preâmbulo da Constituição Brasileira. Por esta razão, acrescenta-se também este princípio na condição de direito colateralmente afetado.

Um olhar mais atento para o mecanismo da exclusão permitiria também alegar que o legislador brasileiro, quando introduziu o controle *dos preços de transferência* no país, julgava-se satisfeito com os níveis de arrecadação alcançados

²⁰⁷ OCDE, OCDE, TP *Guidelines*. Op. cit., chapter VI; e *US Regs*. Op. cit., §1.482-4.

²⁰⁸ Capítulo 1, item 1.3.

com a limitação da dedutibilidade dos pagamentos efetuados a título de “*royalties*” e transferência de tecnologia.

Além da intenção de promover a aplicabilidade, aparenta ter havido um determinado receio, segundo o qual a nova sistemática poderia reduzir a arrecadação. Neste sentido, poderia se tentar invocar o princípio do equilíbrio orçamentário²⁰⁹ na condição de objetivo perseguido com o mecanismo, que excluiu aqueles pagamentos do controle dos *preços de transferência*.

Há, contudo, sérios problemas neste argumento. O primeiro e mais evidente não é legítima a exclusiva preocupação com os níveis de arrecadação num sistema tributário marcadamente fundado pela capacidade contributiva. Segundo, se os preços *arm's length* das transações excluídas forem superiores aos limites de dedutibilidade é bem possível que ou o conglomerado multinacional desista de direcionar o investimento para o país, ou a remuneração dos intangíveis seja conjugada nos *preços de transferência* de bens tangíveis ou serviços fornecidos à subsidiária brasileira, sendo de difícil caracterização pelo fisco²¹⁰. Terceiro, se os preços *arm's length* das transações excluídas forem inferiores aos limites de dedutibilidade é bem possível que os preços praticados sejam manipulados para que subsidiária brasileira ofereça somente o padrão de lucro que represente a mínima tributação exigida no país. Portanto, o argumento deve ser rejeitado. Porque mesmo que a exclusiva preocupação com os níveis de arrecadação fosse legítima, não há garantias de que o mecanismo introduzido produza tais efeitos.

Porém, como lembra Luís Eduardo Schoueri, com a entrada em vigor do artigo 10 da Lei nº 9.249/95, não há mais tributação dos dividendos distribuídos pelas empresas brasileiras. Não subsistem razões para serem mantidos estes limites de dedutibilidade. Schoueri conclui que é arbitrária a imposição de limites em matéria de *royalties* e transferência de tecnologia, porque afasta a observância ao princípio *arm's length*, tornando inconstitucional o mecanismo excludente da legislação

²⁰⁹ TORRES, Ricardo Lobo, “*Curso de Direito Financeiro e Tributário*”. 11 ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2004,, pp. 121 e 122.

²¹⁰ MALHEIRO, Eliete de Lima Ribeiro. “*Preços de Transferência – Intangíveis, Serviços e Cost Sharing*” In: SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). “*Tributos e Preços de Transferência*”. v.3. São Paulo: Dialética, 2009, pp. 58 e 60.

brasileira²¹¹. Portanto, por ausência preliminar de substância, o argumento de que o mecanismo pretendia afastar o planejamento, que visava a não incidência na bitributação econômica deve também ser prontamente rejeitado.

Consequentemente, o sopesamento revela que a exclusão dos *royalties* e da transferência de tecnologia (importados ou exportados) provoca uma restrição ao princípio *arm's length*. Razão pela qual, conclui-se que exclusão dos “*royalties*” e transferência de tecnologia do controle de *preços de transferência* é uma medida não eficaz.

3.3 DAS RESTRIÇÕES DA COMPARABILIDADE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Conforme já mencionado, a ideia do teste de “comparabilidade”²¹², presente em todos os métodos desenvolvidos no âmbito internacional, só foi mantido no Brasil para os métodos PIC e PVEx. Esta afirmação precisa ser bem compreendida porque a lei brasileira induz o intérprete a acreditar que os métodos CPL, PVA e PVV também exigiriam um teste de comparabilidade ao estatuir que o custo de produção, no CPL, e os preços de venda, no PVA e PVV, a partir dos quais serão aplicadas as margens predeterminadas para se chegar aos “*preços parâmetros*”, devem ser calculados por médias obtidas de “bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares”.

A verdade é que os métodos internacionais baseados em margens brutas (*Resale Price* e *Cost Plus*), para calcular os preços *arm's length*, partem dos preços de revenda ou dos custos incorridos e observados na própria empresa testada que pratica a transação controlada. Isto porque as margens brutas *arm's length* utilizadas neste cálculo são extraídas de amostras contendo transações comparáveis.

A comparabilidade está nas margens e não nos preços de revenda ou custos incorridos. Diferentemente, o legislador brasileiro preferiu arbitrariamente predeterminar as margens brutas, que serão utilizadas no cálculo do “*preço*

²¹¹SCHOUERI, Luís Eduardo. Op. cit., p. 230 a 232.

²¹² A expressão “comparabilidade” tonou-se a “palavra-chave” do princípio *arm's length*.

parâmetro”. Por isso, também, resolveu predeterminar os pontos de referência a partir dos quais as margens predeterminadas devem ser aplicadas²¹³.

Neste sentido, para alguns métodos, escolheram-se as médias de preços de revenda e custos incorridos pela própria empresa controlada, como no PRL e no CAP, para outros, contudo, escolheu as médias de preços de venda e custos de produção em transações idênticas ou semelhantes, como no PVA, PVV e CPL. Nestes últimos, tratam-se, portanto, de comparar transações idênticas ou semelhantes por determinação arbitrária da lei, sem qualquer vinculação com o princípio *arm's length*.

O legislador poderia, então, como de fato o fez nos textos dos dispositivos que criaram os respectivos métodos e com a referência geral aos “custos e preços médios a que se referem os artigos 18 e 19” estipuladas no caput do artigo 21 da Lei nº 9.430/96, restringir a amplitude destas comparações sem que se possa invocar ofensa ao *arm's length*²¹⁴. Diversa, entretanto é a conclusão quanto as restrições à comparabilidade dos métodos PIC e PVEx, porque esta pressupõe uma busca direta dos preços de transações comparáveis. É o que se passa a analisar.

As restrições da comparabilidade presente no regime brasileiro de controle dos *preços de transferência* podem ser classificadas quanto à origem de sua criação. Há restrições criadas pela lei e pelas regulamentações administrativas. Apesar do objetivo desta investigação se circunscrever às análises genéricas de quaisquer restrições da comparabilidade, dispensando, portanto, uma análise detalhada de cada uma destas, cumpre, pelo menos, apontá-las.

Quanto às restrições criadas por lei, exsurge diretamente do texto que criou o PVEx, a determinação de que só podem ser incluídas na amostra do teste as transações realizadas pela própria empresa e por exportadoras nacionais durante o mesmo período de apuração e dos textos que criaram os dois métodos, a determinação de que só podem ser incluídas na amostra as transações realizadas em

²¹³ A proporcionalidade da escolha arbitrária das margens predeterminadas, com a consequente repercussão das escolhas arbitrárias dos pontos de referência a partir dos quais as margens predeterminadas devem ser aplicadas, será analisada no item a seguir.

²¹⁴ Por outro lado, seria possível invocar ofensa à legalidade tributária das restrições à amplitude das comparações dos métodos PVA, PVV e CPL veiculadas por atos administrativos. Este questionamento, entretanto, por não configurar o *arm's length* dentre os direitos afetados, foge do escopo deste estudo.

condições “de pagamentos semelhantes”. Além destas, o artigo 21 da própria Lei nº 9.430/96 criou a exigência de que os preços “deverão ser apurados com base em:

“Art. 21.(...)

I - Publicações ou relatórios oficiais do governo do país do comprador ou vendedor ou declaração da autoridade fiscal desse mesmo país, quando com ele o Brasil mantiver acordo para evitar a bitributação ou para intercâmbio de informações;

*II - Pesquisas efetuadas por empresa ou instituição de notório conhecimento técnico ou publicações técnicas, em que se especifiquem o setor, o período, as empresas pesquisadas e a margem encontrada, bem como identifiquem, por empresa, os dados coletados e trabalhados.”*²¹⁵

O §1º deste mesmo artigo restringiu ainda mais esta exigência ao estatuir que:

*“(...) §1º: As publicações, as pesquisas e os relatórios oficiais a que se refere este artigo somente serão admitidos como prova se houverem sido realizados com observância de métodos de avaliação internacionalmente adotados e se referirem a período contemporâneo com o da apuração da base de cálculo do imposto de renda da empresa brasileira.”*²¹⁶

Quanto às restrições criadas pelas regulamentações administrativas, as mais evidentes são as veiculadas diretamente pelo IN/SRF nº 243/02. Neste sentido, os artigos 9º e 15 enunciam taxativamente as hipóteses em que serão permitidos ajustes nos bens, serviços e direitos idênticos. As hipóteses restringem-se a ajustes nas condições comerciais.

Os artigos 10 e 17 estendem estas hipóteses aos bens, serviços e direitos similares, mas já que não são idênticos, exige que sejam feitos também ajustes em função das diferenças de natureza física e de conteúdo. Entretanto, relativamente aos bens, o conceito de similaridade é restringido, pelo artigo 28, aos que, simultaneamente: tiverem a mesma natureza e função; puderem substituir-se

²¹⁵ Lei nº 10.451/02. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/leis/2002/lei_10451.htm>. Acessado em: 26. Abr. 2011

²¹⁶ Lei nº 10.451/02. Ibid. Op. cit.

mutuamente na função a que se destinem; e tiverem especificações equivalentes. Além disso, o *caput* do artigo 29 sinalizou que, à revelia do que determinam as restrições do artigo 21 da Lei nº 9.430/96 supra mencionadas. A Administração tributária aceita os “*documentos emitidos normalmente pelas empresas, nas operações de compra e venda*” para a comprovação dos preços comparáveis.

Esta sinalização, apesar da discutível legalidade, ao menos, serve para amenizar a excessividade da restrição legal. Por outro lado, o §2º daquele artigo não constitui restrição porque apenas exemplifica as publicações de preços que “consideram-se adequadas a surtir efeito probatório”. Por sua vez, o artigo 31 proibiu o uso de preços obtidos em “operações de compra e venda atípicas” e as exemplificou como “liquidações de estoque”, “encerramento de atividades” e “vendas com subsídios governamentais”.

Consequentemente, a análise revela que as restrições da comparabilidade provocam uma intensidade de restrição ao princípio *arm's length*. Portanto, conclui-se que as restrições à comparabilidade impostas aos métodos inspirados no CUP são medidas ineficazes.

3.4 DAS MARGENS DE LUCROS PREDETERMINADAS

Conforme item anterior, o legislador brasileiro afastou completamente o teste da comparabilidade dos métodos brasileiros inspirados no *Resale Price* e *Cost Plus*. Na metodologia internacional, as margens que formam a amostra de transações não controladas em circunstâncias comparáveis compõem um intervalo de preços *arm's length* que será cotejado com o preço praticado na transação controlada.

Os métodos brasileiros que utilizam margens, por outro lado, determinam o cálculo de médias aritméticas ponderadas de preços de revenda (PRL, PVA e PVV) ou de custos (CPL e CAP) que constituirão bases a partir das quais devem ser aplicadas as respectivas margens brutas predeterminadas com o intuito de encontrar um valor único representativo do preço parâmetro. Neste sentido,

predeterminaram-se as seguintes margens: para o PRL, 60% na hipótese de bens importados aplicados à produção, e 20%, nas demais hipóteses²¹⁷; para o PVA, 15%; para o PVV, 30%; para o CPL, 20%; e para o CAP, 15%.

Relativamente aos juros negociados sobre operações de empréstimo, a legislação brasileira adotou uma metodologia específica, que também predeterminou uma margem equivalente à taxa de juros básica usada como referência no sistema financeiro internacional (taxa *libor*), acrescida de três pontos percentuais a título de *spread*.

Quanto à natureza deste mecanismo, tem sido habitual enquadrar as margens predeterminadas na categoria das presunções legais²¹⁸. Neste sentido, discute-se qual seria a subclassificação mais adequada para abordar o tratamento destas presunções: absolutas, relativas ou mistas. A flexibilização criada pelo procedimento de mudança de margens previsto nos artigos 20 e 21, §2º, da Lei nº 9.430/96²¹⁹, propiciou a concepção doutrinária de que as margens predeterminadas poderiam se tratar de presunções legais, relativas ou mistas²²⁰.

A despeito das respeitáveis opiniões em contrário, pretende-se sustentar aqui que o mecanismo representado pelas margens predeterminadas não se trata de quaisquer das hipóteses de presunção legal.²²¹ De acordo com o anteriormente defendido, a legislação brasileira de *preços de transferência* é operacionalizada por intermédio de uma ficção legal que atribui à renda considerada implicitamente consumida na forma de lucros distribuídos a consequência de incluí-la na base de cálculo da regra-matriz de incidência do IR.

²¹⁷ KLUCK, Guilherme. “A Possibilidade de Alteração dos Percentuais do Método PRL”. In: Preços de Transferência. Coord. FERNANDES, Edison Carlos. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

²¹⁸ O artigo 9º da Medida Provisória nº 478/09, substituiu o método PRL pelo Método do Preço de Venda menos Lucro (PVL). Trata-se de conferir status legal à sistemática introduzida pelos parágrafos 10 e 11 do artigo 12 da IN/SRF n. 243/02 para a aplicação do método PRL na hipótese de bens importados aplicados à produção. A diferença é que, no PVL, esta sistemática deverá ser aplicada com margem de lucro única de 35%, indistintamente, nas hipóteses de bens importados aplicados à produção ou destinados à revenda.

²¹⁹ BARRETO, Paulo Ayres. Op. cit., pp. 156 a 158. SCHOUERI, Luís Eduardo. “Preços de T.José Brasileiro”. São Paulo: Dialética, 1999, p. 22.

²²⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. “Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro”. São Paulo: Dialética, 1999, p. 98.

²²¹ FERRAGUT, Maria Rita. “Presunções no Direito Tributário”. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin. 2005. p.224

Esta renda é conhecida mediante subtração do preço praticado pelo “preço parâmetro” nas importações, ou do “preço parâmetro” pelo “preço praticado”, nas exportações. A questão agora é investigar como a legislação operacionalizou a determinação do preço parâmetro nos casos em que ele é conhecido por intermédio dos métodos baseados em margens predeterminadas.

Em consonância com os estudos previamente realizados neste trabalho, a presunção é uma técnica probabilística de direito probatório. Para que haja presunção é necessário que ocorra um fato conhecido, cuja ocorrência pode ser comprovada, do qual indiretamente se infere a ocorrência de um fato presumido²²².

Inexiste, contudo qualquer semelhança entre o mecanismo das margens predeterminadas fixadas pela lei e a ocorrência de um fato conhecido que pudesse ser comprovado. O legislador não facultou à Administração a possibilidade desta comprovar a ocorrência de uma hipótese presuntiva (por exemplo, se ficar comprovado que uma empresa “X” atua no mesmo ramo de negócios que a empresa controlada) a partir da qual se poderia inferir a base da presunção (a margem bruta de lucros praticada pela empresa “X” pode ser a margem *arm’s length*). Pelo contrário, as margens predeterminadas não se subsumem em nenhuma hipótese presuntiva e não existe nenhuma relação de inferência entre elas e as margens *arm’s length* que fundamenta os métodos internacionais.

Portanto, com base nesta evidência, não é possível concordar que o mecanismo de aplicabilidade veiculado pela lei se trate de qualquer das espécies de presunção. Ao que tudo indica, as margens predeterminadas são meras quantificações estabelecidas pela Lei, aptas a substituir as margens brutas de lucro praticadas pelas empresas brasileiras em transações realizadas com pessoas vinculadas.

Trata-se, na categorização anteriormente proposta, de padronizações *stricto sensu*. A flexibilização criada pela Lei pode até viabilizar uma outra quantificação mais compromissada com as margens *arm’s length*. Neste sentido, relativiza a quantificação originalmente positivada na lei, entretanto, isto não repara a natureza do mecanismo de aplicabilidade.

²²²FERRAGUT, Maria Rita. “Presunções no Direito Tributário”. Op. cit., p.56.

É conveniente lembrar que, antes da introdução do controle dos *preços de transferência* pela Lei nº 9.430/96, o Brasil já dispunha de uma legislação interna que se propõe a alcançar a manipulação de preços praticados entre pessoas relacionadas e com base na comparação com os preços que normalmente se verificam no mercado. Trata-se da legislação que visa a evitar a distribuição disfarçada de lucros (DDL)²²³.

A experiência adquirida com a aplicação desta legislação parece ter alertado o legislador para a dificuldade que representa a busca de parâmetros de mercado. Se a busca de preços de mercado já se revelava tão complexa, tanto mais se poderia imaginar a pesquisa de margens de lucros. Por esta razão, o legislador brasileiro teria optado por predeterminar as margens. Seria uma forma absolutamente prática de lidar com algo que experiência prévia já sinalizava problemático.

Entretanto, o argumento segundo o qual a predeterminação das margens é um mecanismo que induz uma forma absoluta de aplicabilidade que precisa ser amenizado. É que o legislador não somente predeterminou as margens, mas também os pontos de referência a partir dos quais as margens predeterminadas devem ser aplicadas. Mas, ao fazer isto em alguns métodos, destoou dos equivalentes internacionais baseados em margens brutas (*Resale Price* e *Cost Plus*), os quais calculam os preços *arm's length* a partir dos preços de revenda ou dos custos incorridos observados na própria empresa testada que pratica a transação controlada. Foi o que sucedeu com a possibilidade de se calcular o preço parâmetro, no PVA e PVV, a partir de médias de preços de venda, e, no CPL, a partir de médias de custos de produção, obtidos em transações idênticas ou semelhantes. Neste particular, a metodologia brasileira indeterminou em qual disciplina internacional, OCDE e Estados Unidos, trabalha com uma conceituação mais determinada.

Não é outra a conclusão quando se analisa a tardia solução encontrada para lidar com o problema da vedação administrativa inicial ao uso do PRL com margem de 20%, nas hipóteses em que a empresa aplica na sua produção o bem importado de pessoa vinculada. Por considerar que exigir uma margem mínima de

²²³ SCHOUERI, Luís Eduardo. "Distribuição disfarçada de lucros". São Paulo: Dialética, 1996.p.32.

20% seria inadequado para as empresas que operassem desta forma, resolveu a Lei nº 9.959/00 criar a margem de 60% para esta hipótese.

Independentemente da discussão que se trava sobre a legalidade dos atos administrativos, que regulamentaram a aplicação do método nesta hipótese, importa, aqui, observar que a lei criou uma brusca variação na margem que deve ser aplicada pelo método em função de que se verifique a “hipótese de bens importados aplicados à produção”. Neste ponto, sobressai a grave distorção que uma pequena produção local pode causar na margem mínima exigida. É importante perceber que a lei deixou indeterminado o nível de produção, que deve ser realizado para provocar a mudança de margem.

Distorção semelhante pode ser aventada com a criação dos métodos PVA e PVV. Estes métodos, que foram inspirados no *Resale Price*, tiveram suas margens predeterminadas em função de duas hipóteses distintivas acerca do tipo de mercado em que atua a pessoa vinculada importadora no país de destino. Se o mercado for “atacadista”, a margem foi fixada em 15%; se for “varejista”, em 30%. Impõe-se a seguinte indagação: até que ponto não existe uma área de indeterminação entre os conceitos de “mercado atacadista” e “mercado varejista”? Atento para esta dificuldade, Roberto Quiroga entende que “o legislador introduz outro conceito extremamente largo e vago, qual seja, o de mercado atacadista”, e, sobre esta dificuldade, o PVV “apresenta os mesmos problemas do PVA”²²⁴.

Com efeito, a pessoa vinculada no exterior pode muito bem atuar num mercado misto, cuja caracterização, para uns, deva ser subsumida no conceito de “mercado atacadista”, mas, para outros, no conceito de “mercado varejista”. Esta área de transição não parece conviver com a brusca variação de margens. Portanto, a indeterminação dos conceitos que definem os tipos de mercado no PVA e no PVV também ameniza a aplicabilidade das margens predeterminadas. A metodologia brasileira indeterminou em qual área da disciplina internacional trabalha com uma

²²⁴MOSQUEIRA, Roberto Quiroga. “O Regime Jurídico-Tributário dos Preços de Transferência e a Lei nº. 9.430/96”. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). “Tributos e Preços de Transferência”. São Paulo: Dialética, 1997. pp. 96 e 97.

conceituação mais determinada, como no cálculo do “*preço parâmetro*” a partir de pontos de referência obtidos em transações idênticas ou semelhantes.

A indeterminação do nível de produção que deve ser realizado para provocar a mudança de margem no PRL 60% e na indeterminação dos conceitos que definem os mercados no PVA e no PVV; a ausência de qualquer compromisso entre as margens fixadas pelo legislador e as margens *arm's length* que inspiram a disciplina no cenário internacional acarreta uma brutal ofensa à realização do *arm's length*.

Na tentativa de auferir maior aplicabilidade métodos de controle contidos na Lei nº. 9.430/96 e combater uma possível elisão fiscal. A Secretaria da Receita Federal editou inúmeras Instruções Normativas, todavia, sem êxito. Pois, estas instruções têm estrapolado o poder de regulamentar, indo contra o princípio da reserva legal, conforme a ementa do acórdão do Tribunal Federal da 3ª Região:

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTAÇÃO EM TRANSAÇÕES INTERNACIONAIS ENTRE PESSOAS JURÍDICAS VINCULADAS. METODOLOGIA DO PREÇO DE REVENDA MENOS LUCRO - PRL. IN Nº 243/2002. ILEGALIDADE. RECURSO PROVIDO.

- Tratando-se de transações internacionais entre pessoas jurídicas vinculadas, a tributação dá-se através do conceito "preço de transferência", sob a metodologia, no caso da impetrante, do "Preço de Revenda menos Lucro" (art. 18 da Lei nº 9.430/1996).

- À guisa de complementar a disposição legal regente do assunto, sobrevieram instruções normativas da Secretaria da Receita Federal, incluindo a de nº 243/2002, que extrapolou o poder regulamentar que lhe é imanente, daí se avistando ofensa ao princípio da reserva da lei formal.

- Necessidade de se garantir à impetrante a utilização dos critérios de apuração do preço de transferência pelo método PRL, conforme art. 18 da Lei nº 9.430/1996, afastadas as alterações trazidas pela IN nº 243/2002.

-Recurso provido.²²⁵.

²²⁵TRF3ª -Terceira Turma -Apelação Cível nº 0034048-52.2007.4.03.6100/SP 03/12/2010 -data de Publicação: 03/12/2010) Disponível em: < <http://pt.camaradojapao.org.br/pdf/a-11-02-17-ceaj-ernst.pdf>>. Acessado em: 23.03.2011.

Ocorre que o artigo 21 da Lei nº 9.430/96, regulamentado pela Portaria MF nº 222/08 e o artigo 32 da IN/SRF nº 243/02, condiciona a mudança de margem à comprovação restrita com exigência de documentos descabidos e não razoável o que inviabiliza a alteração de margens para alguns métodos. Para Luís Eduardo Schoueri trata-se de uma prova diabólica (*probatio diabolica*), segundo o qual se exige do contribuinte a produção de prova tão difícil que, na prática, nega-se o direito²²⁶.

Após dez anos de inaplicabilidade, Napoleão Dagnese destacou que o procedimento de mudança de margens tornou-se “*de fato letra morta*”²²⁷. Ainda, Luís Eduardo Schoueri sustenta que a possibilidade de alteração das margens previstas no artigo 20 da Lei nº 9.430/96 é o “*bastão da inconstitucionalidade*” do controle dos preços de transferência no Brasil²²⁸. Esta predeterminação arbitrária dos pontos de referência, a imposição de restrições a comprovação concreta ou hipotética das margens, anula a possibilidade de alteração das margens predeterminadas.

Diante das considerações expostas, a análise deste mecanismo revela que a predeterminação de margens positivadas na legislação brasileira fere o Princípio Constitucional da Capacidade Contributiva e provoca uma intensa restrição a efetividade do princípio *arm's length*. Desta forma, pode-se afirmar que este mecanismo de aplicabilidade do controle dos *preços de transferência* não é eficaz na medida em que não realiza o principal objetivo da norma, concretização do princípio *arm's length*.

²²⁶SCHOUERI, Luís Eduardo. Op. cit., pp. 122 a 124. No mesmo sentido, GUILHERME KLUCK (A Possibilidade de Alteração dos Percentuais do Método PRL, in Preços de Transferência. Coord. EDISON CARLOS FERNANDES. São Paulo: Quartier Latin, 2007)

²²⁷DAGNESE, Napoleão. “*Subordinando a fiscalidade à constitucionalidade: alinhamento do Transfer Pricing via PL 4.695/01*”. In: Revista de Direito Tributário Internacional nº 5. São Paulo: Quartes Latin, 2007, p. 107.

²²⁸SCHOUERI, Luís Eduardo. Op. cit., p. 104

3.5 DA AVALIAÇÃO DA EFICÁCIA DO REGIME BRASILEIRO DE CONTROLE DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

Conforme o estabelecido no início deste capítulo, cumpre agora empreender uma avaliação final sobre a eficácia do controle dos *preços de transferência* no Brasil. Para isso, convém primeiramente examinar os resultados das análises individuais dos mecanismos escolhidos. Neste sentido, foi possível declarar apenas a eficácia do aspecto subjetivo.

Por outro lado todos os demais mecanismos analisados resultaram desproporcionais aos objetivos almejados pela Lei nº 9.430/96, e totalmente fora do padrão *arm's length*. Portanto, ao criar uma legislação que prima pela segurança jurídica, praticidade e aplicabilidade das normas, o legislador brasileiro, na maioria dos seus aspectos, afetou a realização do princípio *arm's length*, a qual, por sua vez, deveria ser o principal objetivo da legislação criada.

Este resultado, não deve causar espanto. Afinal, a lista de observadores internos²²⁹ e externos²³⁰, há muito tempo se pronunciam no sentido de que a legislação brasileira não segue o padrão *arm's length*. A própria OCDE, através de seu *Business and Industry Advisory Committee (BIAC)*, fez duras críticas à Lei 9.430/96 ao tempo de sua publicação, como se observa das seguintes afirmativas:

(...) considera-se a nova lei de preços de transferência uma das mais importantes e, ao mesmo tempo, um dos desenvolvimentos mais ameaçadores do Brasil no momento presente.

(...) embora os métodos mencionados pareçam ser inspirados pelas Diretrizes da OCDE, eles não são compatíveis com os parâmetros internacionais (OCDE) para a aplicação do princípio *arm's length*, (...)

(...) as novas regras de preços de transferência, de fato, parecem ser uma tentativa das autoridades brasileiras de estabelecer preços mínimos de exportação e preços máximos de importação, baseado na média aritmética de preços praticados no mercado brasileiro. O melhor método, na prática, é o

²²⁹SCHOUERI, Luís Eduardo. Op. cit., pp. 122 a 124., DAGNESE, Napoleão. Op. cit., p. 107., MOSQUEIRA, Roberto Quiroga. Op. cit., pp. 96 e 97.

²³⁰ REUVEN S. Avi-Yonah, Yariv Brauner. *“Globalização e Concorrência Fiscal: Implicações nos países em Desenvolvimento”*. In: Revista de Direito Tributário Internacional nº. 6. São Paulo: Quarter Latin, 2007.

método que resulta na maior tributação. Do ponto de vista internacional, tais margens pré-fixadas não são aceitáveis e a realidade econômica não é levada em consideração.”²³¹

Esta característica pode intuitivamente ser percebida a partir do contraste da legislação brasileira com suas congêneres internacionais. E não são somente os recorrentes problemas das margens determinadas, dos quais Luís Eduardo Schoueri alerta, que podem surgir maiores críticas no direito brasileiro²³².

Em face à análise dos mecanismos selecionados, há que direcionar também severas críticas à exclusão dos “*royalties*” e da transferência de tecnologia às restrições da comparabilidade, à liberdade de escolha de métodos e a vedação de outros métodos. Em sentido semelhante, mas não tão amplo Paulo Bento²³³ constata que, embora a reprodução das regras da OCDE não seja assencial para a consciência com o *arm's length*, três as característica peculiares à legislação brasileira são suficientes para verificar sua inconsistência: adoção de margens fixas de lucros, a liberdade na escolha de métodos e a adoção apenas dos chamados métodos tradicionais

Observa-se que não é comum a existência de críticas na doutrina direcionadas a todo este conjunto de mecanismo, que na busca da praticabilidade e aplicabilidade da norma em desfavor do *arm's length*. Com efeito, as críticas partem dos contribuintes e, como tais, procuram assentar os problemas dos anacrônicos limites de dedutibilidade dos *royalties* e transferência de tecnologia, das dificuldades do procedimento de alteração das margens predeterminadas e da vedação de outros métodos. Critica-se ainda, o aspecto subjetivo do controle, no qual, como visto, deve ser declarado proporcional, mas não há críticas à liberdade de escolha dos métodos.

Alguns autores²³⁴ já perceberam que as margens predeterminadas da legislação brasileira podem configurar um verdadeiro “*safe harbours*” para os contribuintes. Todavia, como já aventado, as margens predeterminadas, quando reunidas com a liberdade de escolha de métodos, ensejam várias possibilidades de

²³¹ Novas regras estão fora da realidade econômica. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-01/regras-precos-transferencia-fora-realidade-economica>>. Acessado em: 10 de Jun. 2011.

²³² SCHOUERI, Luís Eduardo. Op. cit., pp. 122 a 124.

²³³ BENTO, Paulo Marcelo de Oliveira. Op. cit., pp. 116 e 129.

²³⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. Op. cit., p. 228, XAVIER, Alberto. Op. cit., p. 128

planejamentos tributários que podem descambar para o terreno da *evasão fiscal*²³⁵. A expressiva quantidade de contribuintes que pode incidir nestas possibilidades constitui, portanto, a temerosa a aplicação do “*safe harbour*” em larga escala, qual alerta a OCDE, pode representar significativa perda de receita para o país que oferece tal benevolência.

Apesar de ser reduzida a quantidade de métodos à disposição dos contribuintes, o mecanismo da liberdade de escolha viabiliza também a prática de inusitadas situações. Neste sentido, Cassius de Carvalho²³⁶ relata que há contribuintes que, preocupados com a questão da confidencialidade de dados, somente utilizam o CPL quando outros métodos gerarem ajustes relevantes. Ora, em tais casos, percebe-se que a decantada preocupação com a revelação das preciosas informações sobre custo praticados nas matrizes das multinacionais, que atuam no país não é assim tão implacável. Se houver um preço a pagar (um ajuste relevante gerado por outros métodos), prefere-se correr o risco de fornecer aquelas informações.

A verdade é que o CPL só deveria ser utilizado nas mesmas aplicações típicas do *Cost Plus*, ou seja, quando a empresa vinculada no exterior é do tipo industrial com a produção preponderantemente vinculada a contratos de encomenda, de remuneração continuada e de montagens de baixo risco com uma provedora de serviços. Enfim, deturpou-se totalmente o objetivo do controle dos *preços de transferência*, o qual deveria ser a busca do resultado que empresas independentes obteriam se transacionassem em condições compatíveis, em troca de uma nociva liberdade. Não obstante, as evidências que há contribuintes indevidamente beneficiados pela combinação das margens predeterminadas com a liberdade de escolha de métodos, todavia, é incorreto aduzir que seja a posição da totalidade das empresas.

O princípio da igualdade, quando transportado para a área tributária, determina que não se deve exigir dos contribuintes além da sua capacidade

²³⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. Op. cit., pp. 122 a 124.

²³⁶ CARVALHO, Cássius Vinicius de. “*Anotações sobre o Método de Custo de Produção mais Lucro (CPL)*”. In: BORGES, Alexandre Siciliano, FERNANDES, Edson Carlos e PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coord.). “*Manual dos Preços de Transferência no Brasil – Celebração dos 10 anos de vigência da lei*”. São Paulo: MP Editora, 2007, pp. 77 a 83.

contributiva. Porém, é dever do Estado impor a mesma carga tributária em situação equivalente. Em razão disso, o Estado brasileiro por meio de seus representantes governamentais na área tributária, precisa-se convencer de que o atual regime de controle dos *preços de transferência* possibilita uma ilegítima não-tributação sobre os contribuintes que se encontram em situação de equivalência com outros que não podem se beneficiar dos planejamentos propiciados pelo mecanismo das margens predeterminadas, cominado com a liberdade de escolha de métodos.

Por possuir mecanismos que fomentam a aplicabilidade e praticabilidade da legislação em intensidade desproporcional ao *arm's length*, a legislação brasileira não garante que os contribuintes não serão tributados além de suas capacidades contributivas, nem que haverá equivalência entre contribuintes na mesma situação. Neste contexto já é possível responder a questão formulada no segundo capítulo deste trabalho: se, apesar de não seguirem as recomendações contidas nos *Guidelines*, seriam as regras brasileiras capazes de afastar a elisão provocada pela manipulação dos preços de transferência²³⁷.

Depois dos principais pontos controvertidos expostos nas análises individualizadas de alguns mecanismos selecionados, pode-se atestar que o controle dos *preços de transferência* no Brasil não é eficaz. Porque o grau de realização do *arm's length* não é suficiente para impedir a prática da transferência de resultados para o exterior, objetivo principal da própria criação do controle e, ademais, não garante que os contribuintes não serão tributados além de suas capacidades contributivas.

²³⁷ Capítulo III, item 3.1.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo-se de uma reflexão sobre o preço de transferência no contexto internacional, pode-se afirmar que o legislador brasileiro, em matéria de controle, afastou-se da trajetória de resultados alcançados no âmbito internacional, pela OCDE e os Estados Unidos.

Ao predeterminar as margens brutas de lucro, que devem ser adotadas pelas empresas instaladas no país, o legislador renunciou a qualquer compromisso com o princípio *arm's length*, porque não baseou em nenhum estudo econométrico que justificasse as margens escolhidas, e porque criou um procedimento de mudanças destas margens, que restringiu gravemente a comparabilidade (mecanismo essencial para efetivação do *arm's length*).

Não gerou também nenhum método inspirado no *profit split*, o que, por constituir uma limitada forma de uso das fórmulas predeterminadas, poderia convergir o regime brasileiro no sentido da caminhada histórica, que se direciona para outra extremidade. Na verdade, o legislador nada mais fez do que exigir que uma fatia mínima do lucro operacional total do empreendimento, que origina a transação controlada seja alocada no Brasil. Dispensou qualquer critério de alocação ou mesmo a verificação que, de fato, houve lucro no empreendimento.

De uma forma geral, é possível avaliar que o atual regime brasileiro de controle dos *preços de transferência* é realmente incompatível com aspectos fundamentais do controle desenvolvido pela disciplina internacional. Sobre a questão da compatibilidade de um determinado tema do sistema jurídico nacional com as diretrizes estabelecidas no direito comparado, deve-se ter cuidado com a utilização da matéria importada no cenário jurídico nacional. Reforçando esta cautela, as recomendações da OCDE, apesar de gozarem de renomado prestígio, não vinculam nem mesmo os países membros. Neste sentido, não há que se questionar o fato de um país não integrante dessa organização como o Brasil, construir um regime para o controle dos *preços de transferência* bastante divergente do que se verifica no ambiente internacional.

Sem embargo, não vale a pena o país renunciar a todo o vasto conhecimento acumulado com o passar de tantos anos de profundos estudos sobre a matéria no âmbito da OCDE. Para ilustrar esta afirmativa, merece destaque a referência feita no *Guidelines* e nos Comentários do artigo 9º da Convenção-Modelo da OCDE, no qual se noticia que o Comitê de Assuntos Fiscais daquela entidade já consumiu (e continua a consumir) considerável tempo e esforço, examinadas as condições necessárias para que resultados consoantes com a realização do princípio *arm's length* sejam alcançados. As conclusões destas pesquisas vêm sendo compiladas no relatório conhecido como *Guidelines*, o qual é periodicamente atualizado a fim de refletir os progressos dos sucessivos trabalhos.

Necessário lembrar, que a doutrina brasileira admite a influência das recomendações contidas no *Guidelines* como orientações, que devem conduzir o intérprete na busca do almejado resultado *arm's length* nas mais variadas situações em que o contribuinte possa questionar a violação deste resultado. A este discurso, entretanto, deve-se acrescentar uma perspectiva mais preocupada com os próprios objetivos, que inspiraram a decisão legislativa de inserir o Brasil no contexto dos países que criaram uma legislação destinada ao controle dos *preços de transferência*.

As questões que orientaram este trabalho, quais sejam, saber se as regras positivadas no ordenamento brasileiro estão em consonância com o princípio *arm's length* e se são capazes de afastar a elisão provocada pela manipulação dos *preços de transferência*. Como se viu na avaliação empreendida nos capítulos anteriores, as respostas são negativas.

Há que se considerar também, dentro dos próximos anos, uma possível entrada do Brasil nos quadros da OCDE. Esta hipótese pode-se tornar realidade, uma vez que, em setembro de 2007, o Ministério da Fazenda instituiu um grupo de trabalho para avaliar a possibilidade de aprofundamento da cooperação entre Brasil e OCDE. Esta iniciativa reflete a intenção manifesta pelo OCDE de imprimir maior aproximação com os países representativos das grandes economias emergentes.

Enfim, o presente trabalho apresenta recomendações para modificações na legislação, tais como: 1) privilegiar a comparação de operações

independentes com mecanismos de comparáveis públicos e de domínio comum o (*princípio arm's length*), pois o Brasil utiliza-se de Margem fixas de lucro, ou seja, independentemente do setor de indústria ou aspectos específicos negociais das transações, privilegia o arbitramento em prejuízo da sociedade e da comunidade empresarial; 2) evoluir não só para contemplar análises transacionais, mas também análises econômicas. É um grande desafio para as empresas alcançar as margens fixas impostas pela legislação que não contemplam variações de mercado, não acompanham a dinâmica de oferta e procura e não refletem a situação econômica das empresas e do país; 3) flexibilizar o nível de documentação exigida, aceitar relatórios de auditoria externa que comprovem a veracidade e a adequação dos custos no caso do CPL e informações para os demais métodos. Atualmente a regra prevê grande volume de documentos fiscais, consularizados no país de origem, notariados, registrados em Cartório de Títulos e Documentos - o que gera enorme custo e dificuldade operacional para as empresas; 4) instituir a prioridade de métodos, o método utilizado deve ser o que melhor reflete a condição da transação sob análise, pois não há prioridade, e o método escolhido pode ser o que resultar em menor adição às bases tributáveis baseada nos métodos PRL e CAP; 5) criar normas específicas para contemplar situações especiais como licitações. Nestes processos as margens são muito apertadas, a concorrência é grande e muitas vezes as empresas não conseguem participar de uma licitação uma vez que o produto importado objeto da licitação deve conter uma margem fixa e alta para atender as regras de *preços de transferência*; 6) analisar os *preços de transferência* com base na análise funcional e de risco, pois não existe previsão para análise funcional, todas as transações são tratadas de forma igual, independente dos riscos e das condições particulares de mercado de cada setor da economia, 7) criar um intervalo *arm's length*, pois a comparação é realizada com apenas um preço parâmetro, na legislação brasileira existe apenas a margem de divergência de 5%, 8) prever a possibilidade Acordos Avançados de preços, pois não há previsão para negociações com o governo.

Recomenda-se também, uma maior aproximação do regime brasileiro dos *preços de transferência* com a trajetória de resultados, que constitui uma contínua representação da caminhada histórica que o desenvolvimento da matéria no contexto

internacional revela. Rejeita-se a utilização dos mecanismos analisados na disciplina por causa da gravosa incidência verificada na realização do *arm's length*, verdadeiro princípio de *status* constitucional,

Por outro lado, reconhece-se a necessidade de uma mitigação nos complexos dispositivos das recomendações internacionais. Afinal, já é corrente nos inúmeros eventos promovidos sobre o tema dos *preços de transferência*, nos mais diversos cantos do mundo, a provocação segundo a qual a mais sensata declaração contida no *Guidelines* da OCDE é aquela que proclama que “o controle os *preços de transferência não é uma ciência exata*” (OCDE. TP. *Guidelines*, par. 1.12.). Por conseguinte, a adoção de mecanismos pelo legislador brasileiro, desde que não seja totalmente incompatível com o padrão *arm's length*, constitui um legítimo recurso em prol da também constitucional, exigência de igualdade geral.

No mais, vale ressaltar que o trabalho teve como objetivo também, fornecer uma avaliação sobre a eficácia da legislação brasileira criada para o controle dos *preços de transferência* no Brasil. Assim como, as opções aqui minifestas, propõem-se a munir tanto o legislador para modificar a legislação vigente, quanto o aplicador do direito com mais uma fonte para fundamentação argumentativa sempre que necessária para o enfrentamento das cotidianas questões, que envolvem as práticas sobre *preços de transferência*.

REFERÊNCIAS

AVI-YONAH, Reuven S. *“Globalização e Concorrência Fiscal: Implicações nos países em Desenvolvimento”*. In: Revista de Direito Tributário Internacional nº. 6. São Paulo: Quarter Latin, 2007.

AVI-YONAH, Reuven S. “The Rise and Fali of Arm's Length: A Study in the Evolution 01' D.S. International Taxation”. In: The Jolm M. Olin Center for Law & Economics Working Paper Series nº 73, 2007: Disponível em: <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1074&context=umichlwps>, acesso em 11.08.2009.

AVI-YONAH, Reuven S. *“International Tax and International Law: Na Analisis of the International Tax Regime”*. New York: Cambridge University Press, 2007. disponível em www.ssrn.com, acesso em 14.11.2010.

BACCARO, Renato Fernandes. *Manual de Preços de Transferência*. São Paulo: Hipótese, 2002.

BARRETO, Paulo Ayres, *Imposto sobre a Renda e Preços de Transferência*, São Paulo: Dialética, 2001.

BENTO. Paulo Marcelo de Oliveira, *“As Regras Brasileiras de Preços de Transferência e o Princípio Arm's Length - Uma Análise Multidisciplinar”*. In: Revista de Direito Tributário Internacional n. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BIANCO, João Francisco. *Transparência fiscal internacional*. São Paulo: Dialética, 2007.

BORGES, Alexandre Siciliano, FERNANDES, Edison Carlos e PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coords.). *Manual dos Preços de Transferência no Brasil – Celebração dos 10 anos de vigência da lei*. São Paulo: MP Editora, 2007

BREYNER, Frederico Menezes. *Responsabilidade tributária pelo ICMS sobre vendas interestaduais celebradas com cláusula FOB em caso de desvio de mercadoria*. In Revista Dialética de Direito Tributário nº 154. São Paulo: Dialética, julho de 2008.

BRASIL. Lei do Ajuste Tributário, Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br>>. Acessado em: 24 mar. 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros, *Curso de Direito Tributário nos Termos da Constituição Federal de 1.988*, 4ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1.991.COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COLARES, J. F. *A Globalização: algumas implicações sobre tributação e política fiscal. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. São Paulo, ano 6, n. 23, abr./jun. 1998,

CHAPINOTI, Maurício Braga, “*Preços de Transferência: o Princípio Arm’s Length Aplicado a Bens Intangíveis*”. In: *Revista de Direito Tributário Internacional* nº. 3. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DAGNESE, Napoleão. “*Subordinando a fiscalidade à constitucionalidade: alinhamento do Transfer Pricing via PI 4.695/01*”. In: *Revista de Direito Tributário Internacional* nº 5. São Paulo: Quartes Latin, 2007.

Decreto 3000, de 26 de março de 1999. *Regulamento do Imposto de Renda em artigos*. Disponível em: < http://www.sescon-rs.com.br/legis/rir_04.html >. Acesso em: 25 mai. 2006

Ernst & Young’s Transfer Pricing 2001 Global Survey, “*Making informed decisions in turbulent times*”. Disponível em: < <http://www.nera.com/image/6465.pdf> >. Acesso em: 26 abr. 2006.

Ernst & Young. “*Global Transfer Pricing Survey 2007-2008*”. Disponível em: <www.ey.com>. Acessado em: 10. Jan.2011

FERNANDES, Edison Carlos. *Constitucionalidade in Thesi e in Concreto do Controle Fiscal dos Preços de Transferência*. In *Preços de Transferência*. Coord. EDISON CARLOS FERNANDES. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2001.

GALHARDO, Luciana Rosanova. “*Preços de Transferência – Limites à Fiscalização, in: Tributos e Preços de Transferência*”, 2º volume, São Paulo, Dialética, 1999.

GRECO, Marco Aurélio, “*Sobre o Futuro da Tributação: a Figura dos Intangíveis*”. In: *Revista Direito Tributário Atual* n. 20. São Paulo: IBDT. Dialética, 2006.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Tratados Internacionais em Matéria Tributária e Ordem Interna*. São Paulo, Dialética, 1999, p. 144

HAMAEKER, Hubert, *Precios de transferencia: antecedentes, estado actual, perspectiva* .Paper apresentado na conferência La tributación frente a lãs relaciones internacionales y La utilización de nuevas tecnologias promovido pelo CIAT. Oporto, set/1999. Disponível em <<http://www.ciat.org>> Acesso em 20 ago. 2010.

HIGUSHI, Hiromi e HIGUSHI, Fábio Hiroshi. *Imposto de Renda das Empresas: interpretação e prática*. 22. ed. São Paulo: Atlas.2009.

HUCK, Hermes Marcelo, *Elisão e Evasão: Rotas Nacionais e Internacionais do Planejamento Tributário*, São Paulo: Saraiva. 1997.

IBDF. *Preço de transferência internacional e o princípio de arm's length*. Disponível em: <<http://www.tralac.org/scripts/content.php?id=1899>>. Acessado em: 01.Jan. 2011

JUNIOR, Gilberto de Castro Moreira, "*Controle Fiscal dos Preços de Transferência na Exportação e Conquista de Novos Mercados*". In: FERNANDES, Edison Carlos (coord.). *Preços de Transferência*. São Paulo: Quartier Latin, 2007,

KPMG's *Global Transfer Pricing Review*, Disponível em: <www.us.kpmg.com/services>. Acessado em: 10.Jan. 2011.

KOBETSKY, Michael. "*Transfer Pricing Measures and Emerging Developing Economies*". In: Asia-Pacific Tax Bulletin, Sep/Oct 2008. Amsterdam: IBFD, pp. 364 a 365., em <http://www.oecd.org/dataoecd/57/23/42012907.pdf>, acessado em 23.12.2010.

KLUCK, Guilherme. *A Possibilidade de Alteração dos Percentuais do Método PRL*. In: *Preços de Transferência*. Coord. EDISON CARLOS FERNANDES. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LEONARDOS, Gabriel Francisco, "*Tributação da Transferência de Tecnologia*". Rio de Janeiro: Forense, 1997

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1.993.

MALHEIRO, Eliete de Lima Ribeiro. "*Preços de Transferência – Intangíveis, Serviços e Cost Sharing*". In: SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). "*Tributos e Preços de Transferência*". v.3. São Paulo: Dialética, 2009,

MARIZ, Ricardo de Oliveira. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. In *Tributos e Preços de Transferência*.Coord. VALDIR DE OLIVEIRA ROCHA. São Paulo: Dialética, 1999.

MATOS, Fernando. *Preços de transferência: interpretação e prática da legislação*. São Paulo: Atlas, 1999.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Renda e Proventos de Qualquer Natureza – O imposto e o conceito constitucional*. São Paulo: Dialética, 1996.

MOSQUEIRA, Roberto Quiroga. "*O Regime Jurídico-Tributário dos Preços de Transferência e a Lei nº. 9.430/96*". In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). "*Tributos e Preços de Transferência*". São Paulo: Dialética, 1997.

MOSQUERA, Roberto Quiroga e UTUMI, Ana Claudia Akie. *Aspectos Fundamentais da Aplicação das Regras de Transfer Pricing*. In: Planejamento Fiscal. Teoria e Prática, Valdir de Oliveira Rocha, São Paulo: Dialética, 1998.

MURGEL, Maria Inês e CARVALHO, Fábio Junqueira de. In Tributos e Preço de Transferência. Coord. VALDIR DE OLIVEIRA ROCHA. São Paulo: Dialética, 1999.

NEIGHBOR, John. "*Transfer Pricing: Keeping it at arm's length*", *OECD Centre for Tax Policy and Administration*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/57/23/42012907.pdf>>. Acessado em: 21.Dez. 2010.

NETO, Miguel Hilu. *Preços de Transferência e Valor Aduaneiro*. In: Tributos e Preços de Transferência, coordenador: Valdir de Oliveira Rocha, São Paulo: Dialética, 1998.

OCDE, *Organisation for Economic Co-operation and Development*. Disponível em: <http://www.oecd.org/document/23/0,2340,en_2649_201185_1843799_1_1_1_1,00.htm |>. Acessado em: 21 maio 2010.

OECD. *Países membros e diretrizes das regras de preços de transferência para multinacionais e administrações fiscais*. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acessado em: 01.Jan. 2011

OECD. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Paris: OECD, 1995.

OECD Report onde attribution off Profits to Permanent Establishments, Jul 2008, p.26. Disponível em: < www.oecd.org>. Acessado em: 14.Jan. 2011

OEDC *Discussion draft on a new article 7*. Disponível em: < www.oecd.org>. Acessado em: 14.Jan. 2011

OCDE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Entreprices and Taxitations*. Paris: OCDE, 2001.

OCDE, *Discusion Draft on the Transfer Pricing Aspects of Busines Restructurings*. Disponível em: < www.oecd.org>. Acessado em: 12.Jan.2011.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de, "*Fundamentos do Imposto de Renda.*" São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PERES, Eliane Lamarca Simões, *O Preço de Transferência e a Harmonização no Mercull*. Rio de Janeiro: Lemen Juris, 2002.

PISANI, José Roberto. GALHARDO, Luciana Rosanova. *Preços de Transferência – Presunções Tributárias – Acordos Internacionais – Valorização Aduaneira*. In Revista Dialética de Direito Tributário, nº 21, São Paulo: Dialética, junho de 1997.

RIBEIRO, Maria de Fátima. *Considerações Sobre a Prevalência dos Tratados Internacionais sobre a Legislação Tributária Brasileira: O Caso Mercosul*. Revista *Scientia Iuris*, n. 1, vol. 1, Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 1997.

RIBEIRO, Maria de Fátima. *O Preço de Transferência (Transfer-Pricing): Da Coordenação à Harmonização Tributária no Mercosul*, publicado nos Anais do IX Encuentro Internacional de Derecho de América del Sur realizado em outubro de 2000 na Bolívia na cidade de La Paz.

RIBEIRO, Ricardo Pereira e VASCONCELLOS, Roberto França de, “A transferência Internacional de Tecnologia e sua Tributação”. In: *Revista de Direito Tributário Internacional* n.º 6. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ROCHA, Valdir de Oliveira. *Tributos e Preços de Transferência*. São Paulo, Dialética, 1997.

ROSSETTO, Vicente. *Tendências da sistemática brasileira de transfer pricing*. 1999. ROTHMANN, Gerd W. OLIVEIRA, Ricardo Mariz de, et al. Mesa de Debates – *Questões Atuais sobre Preços de Transferência*. In *Revista de Direito Tributário Internacional* vol. 2, São Paulo: Quartier Latin, ano 1, fevereiro de 2006.

REUVEN S. Avi-Yonah, *The standard to be applied in every case is that of an uncontrolled taxpayer dealing at arm's length with another uncontrolled taxpayer*. Disponível em: <www.law.bepress.com>. Acessado em: 11.Jan. 2011

REUVEN S. Avi-Yonah, *'The Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of D.S. International Taxation'*. In: The Joel M. Olin Center for Law & Economics Working Paper Series na 73, 2007: Disponível em: <www.law.bepress.com>. Acessado em: 11. Ago. 2011

SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. Preço de transferência. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/preparaimpressao/printIE.asp?endereco=/pessoajuridica/DIPJ/2004/...>>. Acessado em: 18. Dez. 2010.

SALDANHA, Eduardo. *Teoria das Relações Internacionais*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2005

SALDANHA, Eduardo. *Harmonização Legislativa Tributária no Mercosul e na União Européia*. 1ª edição, Curitiba, Juruá, 2008,

SANTOS, Joel José dos. *Formação do preço e do lucro: custos marginais para formação de preços referenciais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *“Distribuição disfarçada de lucros”*. São Paulo: Dialética, 1996.

SCHOUERI, Luís Eduardo e ROCHA, Valdir de Oliveira (coords.). *Tributos e preços de transferência*. v. 2. São Paulo: Dialética, 1999.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2006.

SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *"Tributos e Preços de Transferência."* v. 3. São Paulo: Dialética, 2009

TAVOLARO, Agostinho Toffoli. In *Tributos e Preços de Transferência*. Coord. VALDIR DE OLIVEIRA ROCHA. São Paulo: Dialética, 1999.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A Prova no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2005.

TÔRRES, Heleno Taveira, *Pluritributação Internacional sobre as Rendas das empresas*, São Paulo:RT, 1997.

TORRES, Heleno. *"Direito Tributário Internacional: Planejamento Tributário e Operações Transacionais."* São Paulo. Revista dos Tribunais, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Princípio Arm's Length, os Preços de Transferência e a Teoria da Interpretação do Direito Tributário*. In Revista Dialética de Direito Tributário, nº 48, São Paulo: Dialética, setembro de 1997

TORRES, Ricardo Lobo, *"Curso de Direito Financeiro e Tributário"*. 11 ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

UTUMI, Ana Cláudia. "Preços de Transferência". In: *Tributos e Preços de Transferência*. Coord. ROCHA, Valdir De Oliveira. São Paulo: Dialética, 1999.

US Treasury Regulations. Disponível em: <www.gpo.gov>. Acessado em: 29. Dez. 2010.

United States General Accounting Office, Internatiol Taxatiol: Problems Persist in Determinil Tax Effects of Intercompany Prices, Report nº. GAO/GDD-92-89 (1992), p. 63. Disponível em: <www.gao.gov>. Acessado em: 21. Dez. 2010.

XAVIER, Alberto, *Direito Tributário Internacional do Brasil – Tributação das Operações Internacionais*, 5º ed.atualizada, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

XAVIER, Alberto. *Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

XAVIER, Alberto. *Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

XAVIER, Alberto. *"Direito Tributário Internacional do Brasil"*, 6ª ed. Atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

YARIV, Brauner, *"An International Tax Regime in Crystallization - Realities, Experiences, and Opportunities"*, In: Public Law and Legal Theory Working Paper Nº.

43. NYU School of Law - Working Draft, 2002. Disponível em: <www.ssrn.com>. Acessado em: 14. Jan. 2010.