

### XII. RITO DE PASSAGEM: A ENTRADA DO BRASIL NO CLUBE DOS RICOS E A NECESSIDADE DE ADOTAR AS DIRETRIZES SOBRE PREÇO DE TRANSFERÊNCIA DA OCDE

#### *RITE OF PASSAGE: BRAZIL'S ENTRY IN THE RICH'S CLUB AND THE NEED TO ADOPT TRANSFER PRICING OECD GUIDELINES*

Júlia de Aguiar Guimarães\*

<i>Recebido em: 19/12/2017</i>
<i>Aprovado em: 20/12/2017</i>

**RESUMO:** O presente artigo objetiva rediscutir o instituto do preço de transferência, vez que neste ano o Brasil requereu adesão à Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. O trabalho demonstrará que os métodos da legislação brasileira não se coadunam com os parâmetros internacionais de aplicação do princípio *arm's length*, que fundamenta o instituto em discussão, por meio da análise da legislação, das Diretrizes da OCDE e de recente decisão do CARF.

**PALAVRAS CHAVE:** preço de transferência, *arm's length*, OCDE

**ABSTRACT:** This article aims to discuss the transfer pricing institute, since last May Brazil applied for OECD membership. It is going to be demonstrated that the methods stated in Brazilian legislation are not compatible with the international parameters for the application of the arm's length principle. Such thing is going to be demonstrated through an analysis of legislation, OECD Guidelines and a recent decision rendered by Administrative Council of Tax Appeals of the Brazilian Revenue Service.

**KEYWORDS:** transfer pricing, arm's length, OECD.

## INTRODUÇÃO

---

\* Advogada na Menezes Niebuhr Advogados Associados. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Graduada em Ciência Econômicas pela Universidade Federal de Santa Catarina.



## REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Em maio deste ano o Brasil anunciou a formalização do seu pedido de adesão à Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), também comumente chamada de “clube dos ricos”.

Com sede em Paris, a OCDE foi fundada em 1961 por Estados Unidos, Canadá e mais dezoito países europeus, objetivando alcançar a prosperidade de seus membros e lutar contra a pobreza, por meio do desenvolvimento econômico e da estabilidade financeira. Hoje com 35 países-membros, os comitês da OCDE formulam políticas públicas a serem adaptadas e seguidas por aqueles que a ela aderiram.

Atualmente, embora não seja membro da Organização, o Brasil participa de um grupo da OCDE denominado *Key Partners* ou “Parceiros-Chave”, no qual se incluem a Índia, a Indonésia, a China e a África do Sul. Esses parceiros participam de determinados comitês da organização, sendo o Brasil um dos parceiros mais ativos, contribuindo significativamente para várias medidas.<sup>1</sup>

Os vínculos do Brasil com a OCDE têm-se estreitado nos últimos dez anos, devido a uma série de iniciativas tomadas pelo país com o fim de se aproximar da Organização<sup>2</sup>. Contudo, o vínculo mais importante, sob a ótica do presente artigo, é aquele que vem sendo construído junto ao Comitê de Assuntos Fiscais, porquanto, na economia globalizada em que hoje vivemos, é de absoluta importância que a legislação brasileira esteja em harmonia com os padrões internacionais de tributação, possibilitando que o país conquiste participação mais expressiva no comércio internacional. Isso porque, conforme veremos a seguir, algumas práticas fiscais previstas na legislação brasileira, embora se digam fundamentadas em princípios difundidos pela própria OCDE, ainda estão distantes das suas diretrizes, fato que não só afasta possíveis investimentos de organizações multinacionais, mas também enfraquece as relações internacionais já existentes.

Referimo-nos, mais especificamente, à discussão a respeito dos métodos de aferição dos preços de transferência, ou seja, o preço de referência aplicável às operações de

<sup>1</sup>The OECD and the Latin America & the Caribbean. Disponível em <<http://www.oecd.org/latin-america/countries/brazil/#d.en.352161>>. Acesso em 06/11/2017.

<sup>2</sup>TAVARES. Romero J. S. *Política tributária internacional: OCDE, BEPS e Brasil. Como deve se posicionar o setor industrial brasileiro?* Revista Brasileira de Comércio Exterior (RBCE), n. 121. Disponível em <[http://www.funccex.org.br/publicacoes/rbce/material/rbce/121\\_RJST.pdf](http://www.funccex.org.br/publicacoes/rbce/material/rbce/121_RJST.pdf)> Acesso em 26 ago. 2017.

transferência de bens, serviços ou direitos entre empresas vinculadas, com o fim de evitar a evasão fiscal.

Tal discussão foi reavivada pela formalização do pedido de adesão do Brasil à OCDE, organização de renome internacional responsável pela edição e divulgação das Diretrizes sobre Preços de Transferência para Empresas Multinacionais e Administrações Tributárias (*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*), desde 1995.<sup>3</sup>

Ocorre que, quando o termo foi incluído em sua legislação, por meio da Lei nº 9.430/96, o Brasil optou por não seguir tais diretrizes, criando regime próprio de aferição do preço de referência nas mencionadas operações. E ainda que os métodos apresentados pela legislação brasileira pareçam inspirados na OCDE, veremos que, em verdade, eles não são compatíveis com os parâmetros internacionais de aplicação do *arm's length* – princípio que fundamenta o instituto do preço de transferência – conforme já se manifestou o próprio *Business and Industry Advisory Committee* (BIAC), da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico.

## 1. PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

### 1.1. Globalização

Com a globalização possibilitada pelo avanço tecnológico, mormente dos meios de comunicação e transporte, cresceu significativamente o comércio internacional, fazendo com

---

<sup>3</sup>The *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* provide guidance on the application of the “arm’s length principle” for the valuation, for tax purposes, of cross border transactions between associated enterprises. In a global economy where multinational enterprises (MNEs) play a prominent role, governments need to ensure that the taxable profits of MNEs are not artificially shifted out of their jurisdiction and that the tax base reported by MNEs in their country reflects the economic activity undertaken therein. For taxpayers, it is essential to limit the risks of economic double taxation that may result from a dispute between two countries on the determination of the arm’s length remuneration for their cross-border transactions with associated enterprises. (Inscrição aposta na capa do Guideline publicado pela OCDE). In: MIRSHAWKA, Valéria Zimpeck. *Preços de transferência: diferentes visões*. São Paulo: 2012, p. 24.. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-22042013-093407/pt-br.php>> Acesso em 15 jun. 2017.

que a atividade econômica se tornasse transfronteiriça e permitindo que as empresas não restrinjam sua atuação ao território nacional.

O crescimento da abertura econômica permite que uma empresa com sede em determinado país esteja também estabelecida em diversos outros, por meio de filiais, subsidiárias, escritórios etc. Tais empresas pertencentes a um mesmo grupo empresarial são identificadas como vinculadas ou interdependentes. Essa classificação é importante por um motivo: o comércio *intercompanies* ou entre companhias tem características muito peculiares, uma vez que essas empresas, por estarem vinculadas, não se sujeitam às condições normais de mercado (concorrência) e estão “livres” para estipular o preço dos bens, serviços e direitos transferidos entre si.

Diante de tal cenário, é muito comum que as empresas se utilizem dessas relações comerciais com o fim de deslocar a receita de um estabelecimento para outro, geralmente localizado em países que tenham menor carga tributária, principalmente sobre a renda. A transferência indireta de lucros entre empresas vinculadas estabelecidas em países diferentes pode ocorrer de duas formas: por meio de exportações subfaturadas ou de importações superfaturadas. Segundo Mirshawka:

O lucro da empresa situada em área de alta carga tributária é diminuído, já que seus produtos são vendidos a preços inferiores aos normalmente praticados. Com isso, a tributação pelo Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas é reduzida. Ao comprar produto por valor mais baixo que o de mercado, e revendê-lo ou utilizá-lo na industrialização, o lucro da empresa situada em país de menor tributação aumentará. Contudo, é mais interessante para o grupo mundialmente atuante que o lucro obtido por duas de suas empresas seja tributado na região onde as alíquotas são menores, e não na área de maior carga tributária.

O inverso pode ocorrer na venda feita por empresa localizada em país de tributação menos gravosa para companhias situadas em regiões onde o Fisco atua sob o abrigo de alíquotas maiores. A venda poderá ser superfaturada, aumentando o lucro que a empresa situada em área de menor pressão fiscal obteria normalmente, e aumentando os custos da companhia sediada em país de maior carga fiscal (o que implicará na redução da tributação desta empresa e, conseqüentemente, na diminuição do pagamento global de tributos pelo grupo mundial).<sup>4</sup>

<sup>4</sup>MIRSHAWKA, Valéria Zimpeck. Op. Cit. p. 16.

Com o intuito de limitar a arbitrariedade dessas operações, nasceu o princípio *arm's length*, destinado ao controle fiscal dos preços de transferência, ou seja, o valor cobrado por uma empresa na venda ou transferência de bens, serviços ou direitos a uma empresa a ela vinculada.<sup>5</sup>

## 1.2. Princípio *Arm's Length*

A origem do princípio *arm's length* remonta ao ano de 1933, quando o Comitê Fiscal da Liga das Nações aprovou a *Draft Convention on the Allocation of Business Profits between States for the Purposes of Taxation*, algo como “Projeto de Convenção sobre a Alocação de Lucros para fins de Tributação”.<sup>6</sup>

Esse trabalho teve continuidade por meio do Comitê Fiscal da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, instituído em 1956 que, após a publicação de alguns relatórios e instituição de um grupo de trabalho dentro do próprio Comitê Fiscal<sup>7</sup>, em 1992 publicou as *Guidelines* ou Diretrizes da OCDE sobre preços de transferência, fundamentadas no mencionado princípio.

Conforme se extrai do artigo 9º da Convenção Modelo<sup>8</sup> da OCDE, o princípio *arm's length* pressupõe a aplicação do preço comumente pactuado nas transações entre empresas não relacionadas às operações entre empresas vinculadas, em condições idênticas ou

<sup>5</sup> Sempre que uma empresa vende um bem ou presta um serviço a outra pessoa, deve ser fixado um preço correspondente; e quando as pessoas envolvidas são "partes vinculadas", o preço é chamado de "preço de transferência. In: TÔRRES, 2001, p. 162.

<sup>6</sup> MIRSHAWKA, V.Z. op. cit. p. 19-23.

<sup>7</sup> Em 1979, o Comitê de Assuntos Fiscais e Conselho de Ministros da OCDE adaptaram o relatório no sentido de inserir uma diretriz a ser seguida, no tocante à interpretação e aplicação do princípio *arm's length*, tanto pelas autoridades fiscais quanto para as empresas multinacionais. (...) houve também outra publicação em 1984 (tendo por objeto o procedimento de acordo mútuo, os preços de transferência no setor bancário e a alocação de custos centrais), e em 1992 a instituição de preços de transferência no setor bancário e a alocação de custos centrais), e em 1992 a instituição de um grupo de trabalho dentro da OCDE perante o Comitê de Assuntos Fiscais (Committee of Fiscal Affairs) para atualizar e consolidar os relatórios anteriores. In: MIRSHAWKA, 2012, p. 23.

<sup>8</sup> *The international standard that OECD member countries have agreed should be used for determining transfer prices for tax purposes, It is set forth in Article 9 of the OECD Model Tax Convention as follows: where "conditions are made or imposed between the two enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but by reason of those conditions, have not accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly.* In: OCDE, 2017, p. 25.

similares. É dizer: as empresas vinculadas não podem arbitrariamente fixar um preço para o bem, serviço ou direito que comercializam entre si, mas devem, como em qualquer outra operação entre empresas independentes, submeter-se ao preço de mercado.

Nas palavras de Ricardo Mariz de Oliveira “um preço é *arm's length* quando corresponder ao preço de livre mercado, de livre concorrência, ou melhor, ao preço que as partes praticariam se fossem independentes e atuassem nesse mercado”<sup>9</sup>. Solilová, por sua vez, define o princípio *arm's length* como aquele que “estabelece que o preço de transferência entre duas empresas associadas deve ser o preço que seria pago por produtos semelhantes, em circunstâncias semelhantes e por partes independentes”<sup>10</sup>.

Em tradução literal, o termo *arm's length* significa “a distância de um braço”, aquela que deve ser mantida entre partes relacionadas a fim de garantir a independência de suas relações comerciais, como se não vinculadas fossem.

Conforme se extrai das diretrizes da OCDE acima mencionadas, e bem explicado por Glioli para obter o preço *arm's length* a empresa integrante de um grupo internacional deve:

- (i) ser tratada como entidade separada (*separate entity approach*) que (ii) mantém relações independentes com empresas do mesmo grupo localizadas em outro país, de modo
- (iii) a alcançar por meio da ficção de independência, resultados mais precisos na apuração dos preços de transferência.<sup>11</sup>

A OCDE<sup>12</sup> explica que o principal motivo pelo qual seus membros acordaram adotar o princípio *arm's length* é o fato de ele garantir a paridade de tratamento tributário entre membros de empresas vinculadas e independentes, vez que afasta a possibilidade de vantagens que podem comprometer a livre concorrência, fomentando assim o comércio internacional como um todo.

<sup>9</sup>OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Preços de Transferência – o método do custo mais lucro – o Conceito de Custo – o método do custo mais lucro e as indústrias de alta tecnologia – como conciliar os dispêndios intensivos em pesquisas e desenvolvimento, com esse método*. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; Rocha, Valdir de Oliveira (Coords.). *Tributos e preços de Transferência*. São Paulo: Dialética, 1999. V. 2, p. 303.

<sup>10</sup>SOLILOVÁ, Veronika. *Practical application of Art. 9 OECD model convention: the Czech Republic*. *Acta Universitatis Agriculturae et Silviculturae Mendelianae Brunensis* v. 62, n. 2. 2014, p. 397 – 403.

<sup>11</sup>GLIOLI, Juliana. *Os preços de transferência no sistema tributário brasileiro*. Porto Alegre: 2010, p. 7. Disponível em

<[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010\\_1/juliana\\_gilioli.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_1/juliana_gilioli.pdf)> Acesso em 15 de jun. 2017.

<sup>12</sup>OCDE. *Transfer Pricing Guidelines and Multinational Enterprises. Report of the OCDE Committee on Fiscal Affair*. Paris: OCDE, 1979. p.8.

### 1.3. Controle fiscal dos preços de transferência

Entendido o alicerce do instituto dos preços da transferência – o princípio *arm's length* – importa entender como é aplicado: por meio do controle fiscal dos preços de transferência.

O controle fiscal dos preços de transferência é uma técnica destinada a impedir distorções nos preços praticados entre empresas vinculadas estabelecidas em países distintos, na transferência de bens, serviços ou direitos, visto que busca identificar divergências e determinar o preço de mercado comumente praticado em operações similares entre empresas independentes. Segundo Schoueri, esse controle tem a finalidade principal de impedir uma

Política de preços estabelecida entre empresas interdependentes ou que mantenham uma relação especial, que pode ser direcionada à fixação de preços artificiais, de forma a concentrar a riqueza nesta ou naquela empresa de um grupo empresarial.<sup>13</sup>

Em regra, essa política interfere na arrecadação tributária, porquanto acarreta redução de receita, base de cálculo dos tributos incidentes sobre a renda, como o IRPJ e a CSLL no Brasil.

As operações de importação sujeitas ao controle fiscal do preço de transferência são aquelas em que o preço praticado seja superior ao preço de mercado (obtidos por meio da aplicação do princípio *arm's length*). Isso porque, quando se importa um produto com preço superfaturado, a despesa da empresa é maior do que aquela que teria nas condições normais de mercado, o que consiste em maior dedução do lucro<sup>14</sup> e conseqüente diminuição da base de cálculo dos tributos incidentes sobre a renda, que também acabam sendo recolhidos a menor.

Por sua vez, nas operações de exportação, o controle fiscal recai sobre a prática de preços inferiores aos de mercado, pois significa que o contribuinte escriturou uma receita inferior à efetivamente recebida, reduzindo também a base de cálculo dos tributos sobre a renda.

<sup>13</sup>SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2006. p. 44

<sup>14</sup>Somente haverá controle fiscal dos preços de transferência quando a pessoa jurídica apurar o imposto de renda com base no lucro real, visto que somente nesse método importam os valores de despesas e de custos passíveis de serem deduzidos da base de cálculo. *In*: GLIOLI, 2010, p.7.

Diante desses cenários, a técnica de controle fiscal consiste em ajustar a base de cálculo dos tributos sobre a renda (lucro), adequando os preços das despesas com importação e as receitas decorrentes de exportação, para que os tributos incidam sobre parcela eventualmente omitida pela utilização de preços simulados.

A base de cálculo é ajustada pelos métodos de cálculo do preço de transferência. A OCDE sugere alguns métodos<sup>15</sup> aos seus membros, também utilizados por vários países. Outros países, como o Brasil, optaram por prever seus próprios métodos em legislação nacional específica.

Convém salientar que a OCDE, principal responsável por difundir as regras sobre preços de transferência, admite que seus membros utilizem outros métodos não constantes das suas Diretrizes, desde que seja garantida a aplicação do princípio *arm's length*, frisando que não são recomendados os métodos que não cumpram esse requisito.

#### **1.4. Preços de Transferência no Brasil e suas inconsistências**

Embora a discussão sobre preços de transferência se tenha iniciado em meados no século XX, no Brasil a disciplina somente foi introduzida na legislação em 1996, com a edição da Lei nº 9.430 (artigos 18 a 24); após a edição, diversas normas infralegais foram publicadas com fins de alterar ou interpretar a lei<sup>16</sup>, tendo algumas delas recebido duras

---

<sup>15</sup> Os métodos reconhecidos nas Diretrizes da Organização e que seguem a aplicação do princípio *arm's length* são divididos em duas categorias: os métodos tradicionais e os métodos alternativos. Os métodos tradicionais são: Método dos Preços Independentes Comparados, Método do Preço de Revenda menos Lucro e Método do Custo de Produção mais Lucro. Os métodos alternativos são: Método Transacional da Divisão de Lucro e Método Transacional da Margem Líquida de Lucro.

<sup>16</sup> Dentre as normas infralegais editadas destacam-se a Lei nº 9.959/00, que previu a aplicação do método "PRL" para os casos de produção local; a Lei nº 10.451/02, que ampliou o conceito de pessoa vinculada; a IN SRF nº 1037/2010, que divulgou a lista de países e localidades considerados "paraísos fiscais"; a IN SRF nº 243/02, que regulamentou e consolidou a disciplina de controle de preços de transferência; Lei nº 10.833/03, que conferiu à Secretaria da Receita Federal o poder de estabelecer norma de simplificação nas exportações, e a Lei nº 11.281/06, que estendeu ao importador e ao encomendante as regras de preço de transferência. *In*: MIRSHAWKA, 2012, p.58.



críticas da doutrina<sup>17</sup>, em função de supostamente terem efetuado uma interpretação extensiva da lei.

A Lei 9.430/96 se destina a regulamentar as transações entre empresas vinculadas ou com pessoa jurídica estabelecida em país que não tribute a renda ou a tribute à alíquota máxima inferior a 20%, casos em que se impõe a aplicação dos preços de transferência, por meio dos métodos indicados na lei.

Os métodos<sup>18</sup> indicados para apurar o preço de transferência na legislação brasileira são distintos daqueles sugeridos pela OCDE, devendo prevalecer, segundo o parágrafo 4º do artigo 18 do diploma, aquele que seja mais favorável ao contribuinte.

<sup>17</sup> “O art. 24 da Lei nº 9.430/96 recebeu duras críticas da doutrina. Rutnéa Guerreiro e Edmar Andrade tacharam-no de inconstitucional por afronta à isonomia e à livre iniciativa. Roberto Mosqueras sustentou que o dispositivo não coadunava com o rumo tomado pelas legislações dos demais países do mundo, inviabilizando, segundo ele, as operações entre o Brasil e os países com tributação favorecida. Ricardo Mariz de Oliveira, por sua vez, em conclusão que aplicou a todas as disposições sobre *transfer pricing* da Lei nº 9.430/96, sustentou que a presunção do art. 24 é *juris et de jure* e erigida em desrespeito ao contraditório. Plínio J. Marafont também pugnou pela inconstitucionalidade da presunção absoluta do art. 24, a qual, segundo ele, poderá resultar em exigência de tributo sem o fato gerador.” In: MOREIRA, 2010, p.9-10.

<sup>18</sup> Atualmente, existem quatro métodos para determinação do preço de transferência na importação: a) Método dos Preços Independentes Comparados (PIC): média aritmética ponderada 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; b) Método do Preço de Revenda menos Lucro (PRL): média aritmética ponderada dos preços de bens, serviços ou direitos, diminuída de certos valores previstos na legislação; c) Método do Custo de Produção mais Lucro (CPL): 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 20%**, calculada sobre o custo apurado; d) Método do Preço sob Cotação na Importação (PCI): valores médios diários da cotação de bens ou direitos sujeitos a preços públicos em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas. (...) Sobre o preço de transferência aplicável às operações de exportação, a empresa poderá adotar um dos cinco métodos: a) Método do Preço de Venda nas Exportações (PVEx): definido como média aritmética ponderada dos preços de venda nas exportações efetuadas pela própria empresa, para outros clientes, ou por outra exportadora 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; b) Método do preço de Venda por Atacado (PVA) no País de Destino, Diminuído do Lucro: média aritmética ponderada 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 15%** sobre o preço de venda no atacado; c) Método do Preço de Venda a Varejo (PVV) no País de Destino, Diminuído do Lucro: média aritmética ponderada 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 30%** sobre o preço de venda no varejo; d) Método do Custo de Aquisição ou de Produção mais Tributos e Lucro (CAP): média aritmética ponderada 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 15%** sobre a soma dos custos mais impostos e contribuições; e) Método do Preço sob Cotação na Exportação (Pecex): definido como os valores médios diários da cotação de

Aplicados os métodos e sobrevivendo divergências entre o valor apurado e o preço efetivamente pactuado entre as partes vinculadas, o contribuinte está obrigado a ajustar a base de cálculo dos tributos sobre a renda. Enquanto na importação o controle fiscal dos preços de transferência apura o limite de dedutibilidade dos custos dos bens, serviços e direito adquirido, na exportação, a diferença entre o preço praticado e o preço de mercado será considerada como receita omitida, devendo ser adicionada ao lucro líquido auferido pelo contribuinte.<sup>19</sup>

Diversamente dos métodos de cálculo da OCDE, a legislação brasileira fixou margens de lucros predeterminadas sobre o preço de venda ou sobre a soma dos custos que a empresa importadora ou exportadora deverá ter nas transações com empresa vinculada. É esse o principal fator que impede a recepção do princípio *arm's length* pela Lei nº 9.430/96 e que, por consequência, afasta a apuração do preço de referência no Brasil dos padrões de apuração da OCDE.

### 1.4.1. O problema das margens fixas

Conforme demonstrado, a legislação brasileira muito se distanciou da proposta constante na exposição de motivos da Lei nº 9.430/96:

As normas contidas nos arts. 18 a 24 representam significativo avanço da legislação nacional face ao ingente processo de globalização, experimentado pelas economias contemporâneas. No caso específico, em conformidade com regras adotadas nos países integrantes da OCDE, são propostas normas que possibilitam o controle dos denominados "Preços de Transferência", de forma a evitar a prática, lesiva aos interesses nacionais, de transferências de resultados 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.<sup>20</sup>

---

bens ou direitos sujeitos a preços públicos em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidos. In: ASHIKAGA, 2016, p. 175-179 e 230-231.

<sup>19</sup> Convém salientar que na importação somente haverá controle quando o contribuinte calcular os tributos com base no lucro real; na exportação, o ajuste provocado pelo controle fiscal dos preços de transferência será obrigatório para pessoas jurídicas que adotem tanto o lucro real quanto o lucro presumido. In: FERNANDES, Edison Carlos. *Constitucionalidade in thesi e in concreto do controle fiscal dos preços de transferência*. In: FERNANDES, 2007, p. 25.

<sup>20</sup>DELLOITTE. Legislação. Disponível em: <<https://tpsweb5.deloitte.com.br/Legislacao.aspx>>. Acesso em 24 de ago. 2017.

Tal se dá porque, embora os métodos adotados pela legislação brasileira pareçam similares aos previstos na Convenção Modelo da OCDE, nota-se a grande diferença entre as técnicas utilizadas, sobretudo em razão do estabelecimento das margens fixas de lucro que uma pessoa jurídica deverá obter nas transações comerciais com empresa vinculada. Significa dizer: ainda que uma empresa tenha margem de lucro em percentual maior ou menor do que aquela fixada na lei, **em regra** não poderá utilizá-la para calcular o preço de transferência aplicável à operação.

O termo “em regra”, acima, não foi destacado por equívoco. É que, como dispõe o parágrafo 2º do artigo 21 da Lei 9.430/96, margens de lucro diversas das previstas nos artigos 18 e 19 poderão ser utilizadas, desde que o contribuinte as comprove, com base em publicações, pesquisas ou relatórios elaborados em conformidade com o disposto nesse artigo.

Outra possibilidade de alterar as margens é por meio de ato do Ministro de Estado da Fazenda, em circunstâncias justificadas, de ofício ou mediante requerimento<sup>21</sup>, subsistindo a mesma necessidade de comprovação prevista no parágrafo 2º do artigo 21 supracitado.

Ocorre que, na prática, a utilização de margem diversa da prevista na legislação é imensamente dificultada. Em primeiro lugar, porque o parágrafo 2º do artigo 21 limitou demasiadamente as provas que o contribuinte pode produzir a fim de demonstrar a inaplicabilidade das margens de lucro pré-fixadas.

Em segundo lugar, porque as provas solicitadas são de difícil obtenção. Vejamos os tipos de publicação e pesquisas impostos como meio de prova, conforme dispõe o artigo 21:

Art. 21. Os custos e preços médios a que se referem os arts. 18 e 19 deverão ser apurados com base em:

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.

<sup>21</sup> Art. 20. O Ministro de Estado da Fazenda poderá, em circunstâncias justificadas, alterar os percentuais de que tratam os arts. 18 e 19, de ofício ou mediante requerimento conforme o § 2º do art. 21.



## REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

§ 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 de apuração da base de cálculo do imposto de renda da empresa brasileira.<sup>22</sup>

Em terceiro lugar, porque o próprio artigo 21 prevê em seu parágrafo terceiro que as pesquisas e os relatórios poderão ser desqualificados por meio de ato do Secretário da Receita Federal, quando considerados inidôneos ou inconsistentes.

E embora possamos ser levados a crer que a presunção da utilização de margens fixas é relativa, já que admite aplicar margens diferenciadas, desde que apresentada prova em contrário, em verdade, ela é absoluta. Para Ricardo Mariz de Oliveira:

(i) quando a lei cria uma presunção relativa ela diz expressamente e determina que o fato presumido seja verdade até prova em contrário, o que não ocorre na Lei nº 9.430/96, porque o ônus da prova é do Fisco; (ii) a despeito de caber ao Fisco o ônus da prova do que alegar, ao contribuinte também será possível fazer a contraprova. Todavia, tal contraprova sempre terá alcance limitado até determinado ponto, pois desse ponto em diante os parâmetros legais atuam ao menos como presunções absolutas, para não dizer ficções legais.<sup>23</sup>

Ora, o ônus de demonstrar manipulação dos preços de transferência pela empresa é exclusivamente do Fisco, não podendo este se utilizar da lei para presumir absolutamente a ocorrência de ilegalidade, que não necessariamente possa ter ocorrido. Neste sentido Heleno Tôrres já se manifestou:

Para fins de controle brasileiro dos preços de transferência, parece existir presunção absoluta de que todas as transações envolvam pessoas ligadas<sup>24</sup>, implicam necessariamente a atribuição de valores irrealis para as

<sup>22</sup>BRASIL. Lei 9.430 de 27 de dezembro de 1996. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9430.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9430.htm)>. Acesso em 25 ago. 2017.

<sup>23</sup> OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Tributos e preços de transferência. In: ROCHA: Valdir de Oliveira (Coord.) Tributos e preços de transferência. São Paulo: Dialética, v.1.1997, p. 80.

<sup>24</sup> Importante ressaltar que o conceito de pessoa vinculada para a legislação brasileira é muito mais amplo do que o considerado pela OCDE, incluindo não só matrizes e suas filiais, mas coligações, consórcios e agenciamentos, bem como empresas situadas em países de tributação favorecida (paraísos fiscais), conforme dispõe o artigo 23 da Lei 9.430/96.

mercadorias, como forma de se promover uma transferência indireta de lucros.<sup>25</sup>

Surge aqui, então, a primeira divergência entre a Lei nº 9.430/96 e as Diretrizes da OCDE vez que estas últimas preveem que as administrações tributárias não devem automaticamente assumir que empresas relacionadas pretendem manipular os seus lucros<sup>26</sup>. Em tradução livre:

Pode haver uma genuína dificuldade em determinar de forma acurada o preço de mercado ante a ausência de forças de mercado (concorrência) ou quando adotada uma particular estratégia comercial. É importante manter em mente que a necessidade de ajustar os preços para aproximar essas operações das negociações entre empresas não vinculadas [*arm's length dealings*] não tem relação com qualquer obrigação contratual assumida pelas partes para pagar um preço em particular nem de qualquer intenção das partes em minimizar tributos. Assim, um ajuste tributário decorrente da aplicação do princípio *at arm's length* não deve afetar as obrigações contratuais referentes a propósitos não tributários entre empresas relacionadas, e podem ser apropriados mesmo onde não há intenção de minimizar ou evitar imposto. A consideração do preço de transferência [*transfer pricing*] não deve ser confundida com a consideração de problemas de evasão fiscal ou elisão fiscal, embora política de preços de transferência possa ser usada para esse propósito.

O controle sobre preços de transferência não existe sem motivo: apenas tem sentido quando objetiva evitar o deslocamento de receita para outro país como forma de evasão fiscal.

Oportuno frisar que a estratégia de utilizar margens fixas e presunções “relativas” é forma que a administração pública encontrou para desviar-se da difícil tarefa de obtenção acurada do preço parâmetro, que depende da análise de documentos de empresa necessariamente domiciliada em outro país. Todavia, como sustenta José Soares de Melo<sup>27</sup>, “no lançamento de tributos, o ônus da prova cabe ao poder público por competir-lhe, de modo privativo e obrigatório; a constituição do crédito tributário, compelindo-o à comprovação de todos os componentes do fato tributário”.

<sup>25</sup> TÔRRES, Heleno Taveira. *Revista de Direito Tributário Internacional – RDTI*, São Paulo, n. 1, p. 129, 2005.

<sup>26</sup> OECD. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Paris: OCDE 1995, p. 1-5.

<sup>27</sup> MELO, José Eduardo Soares de. *Caderno de Pesquisas Tributárias*. São Paulo, v 12, p. 96.

Importa ressaltar ainda que, em regra, a autoridade fiscal atinge o preço parâmetro com a análise de algumas transações isoladas e com pouca quantidade de mercadoria, impedindo uma análise comparativa segura. A amostra deve ser abrangente e considerar um total de operações realizadas durante certo tempo entre empresas independentes. Assim, a tentativa de encontrar o preço parâmetro agregando custos a margens de lucro é bastante empírica<sup>28</sup>.

Todavia, a questão que o presente trabalho aborda é a distância entre os métodos de apuração do preço de referência da legislação brasileira, que se utilizam das margens fixas de lucro, e a aplicação do princípio *arm's length*, o que acarreta grande discrepância também em relação aos métodos utilizados pela OCDE.

### 1.4.2. A não recepção do princípio *arm's length* pela legislação brasileira

O *arm's length* corresponde ao preço de mercado ou livre concorrência, normalmente praticado entre empresas independentes em condições equivalentes<sup>29</sup>.

A maioria da doutrina<sup>30</sup> entende que o princípio *at arm's length* foi recepcionado pela Lei nº 9.430/96, embora não conste menção expressa ao princípio no corpo do texto, porque a lei dispõe que, verificada transação que não respeite o preço de referência, devem ser aplicados os métodos previstos para promover o devido controle dos preços de transferência.

No entanto, para Ricardo Mariz de Oliveira (1999, p.303), na Lei nº 9.430/96 não existe disposição que expressamente demonstre a adoção desse princípio, embora na exposição de motivos do projeto conste que as normas se destinavam a possibilitar o controle dos preços de transferência em consonância com as regras adotadas nos países integrantes da OCDE<sup>31</sup>.

<sup>28</sup>BRAGA, Rodrigo Bernardes. *Preços de Transferência – Novas regras estão fora da realidade econômica*. 2009. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-01/regras-precos-transferencia-fora-realidade-economica>> Acesso em 20 ago. 2017.

<sup>29</sup>TÓRRES, Heleno Taveira. Op. cit. p. 184.

<sup>30</sup>Nesse sentido ver: TORRES, 2005. p. 360; SCHOUERI, 2006, p. 40; XAVIER, 2004.

<sup>31</sup>OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Op. cit. p. 303

A parte da doutrina que entende não haver a recepção do princípio, na grande maioria, fundamenta seu entendimento no fato de a Lei nº 9.430/96 impor margens fixas do lucro para apurar os preços de referência<sup>32</sup>.

Ora, se como já se viu aqui, os preços de referência obtidos pela aplicação do princípio *arm's length*, através dos métodos de cálculo sugeridos, procuram identificar-se com os valores utilizados nas transações entre pessoas não vinculadas – o preço de mercado – a fixação de margens de lucro pela legislação brasileira viola por completo o princípio em questão, visto que o preço de referência não é aquele acordado entre as partes não relacionadas, mas aquele pré-fixado pela própria lei<sup>33</sup>.

Dessa forma, resta evidente que a legislação brasileira não recepcionou o princípio, porquanto o preço de transferência não é apurado conforme suas instruções, mas segundo critérios designados pela própria lei e através de fórmulas pré-estabelecidas.

Cumprir informar que as margens fixas de lucro podem ser comparadas ao conceito de *global formulary apportionment*<sup>34</sup>, que substituiria o princípio *arm's length*, ao se utilizar de fórmulas predeterminadas, que consideram diversos fatores, aplicáveis a todos os contribuintes e que têm como objetivo fixar limites de dedutibilidade.

Ocorre que, em julho deste ano, a OCDE publicou as *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017* ou “Diretrizes de Preço de Transferência para Empresas Multinacionais e Administrações Fiscais de 2017”, nas quais deixa extremamente clara sua posição quanto ao *global formulary apportionment*, isto é, à utilização de fórmulas pré-fixadas para obter o preço de transferência.

<sup>32</sup> Nesse sentido ver: BARRETO, 2001, p. 104; MESSINEO, 1997, p. 42; CHAPINOTI, 2007; NOBRE, 2001.

<sup>33</sup> NOBRE, Lionel Pimenta, op. cit.

<sup>34</sup> *Global formulary apportionment would allocate the global profits of an MNE group on a consolidated basis among the associated enterprises in different countries on the basis of a predetermined and mechanistic formula. There would be three essential components to applying global formulary apportionment: determining the unit to be taxed (...) accurately determining the global profits; and establishing the formula to be used to allocate the global profits of the unit. The formula would most likely be based on some combination of costs, assets, payroll and sales. In: OCDE, 2017, p.41.*

A OCDE reservou um item (C) exclusivamente para explicitar os motivos pelos quais rechaça o uso de referida forma de apuração de preço de referência, nas páginas 39 a 43 das Diretrizes, os quais serão a seguir detalhados por meio de tradução literal da autora<sup>35</sup>.

O item começa com o posicionamento pela rejeição do método:

1.16 O *global formulary apportionment* já foi sugerido algumas vezes em alternativa ao princípio *arm's length* como meio de determinar o nível adequado de lucros para todas as jurisdições fiscais (...). Os países-membros da OCDE não aceitam essas sugestões e não consideram o *global formulary apportionment* uma alternativa realista ao princípio *arms's length*.

Em seguida, o texto passa a descrever a maior preocupação referente à utilização do *global formulary apportionment*. Trata-se da dificuldade de implantar o sistema de forma que sirva, ao mesmo tempo, como meio de evitar a dupla tributação e de assegurar a tributação unilateral. Isso ocorre porque, mesmo que alguns países estivessem dispostos a aceitar a aplicação do *global formulary apportionment*, sobreviriam inúmeras divergências, pois cada país iria querer enfatizar ou incluir diferentes fatores na fórmula, baseados nas particularidades predominantes em sua jurisdição.

Assim, a utilização de um sistema de fórmulas fixas apresentaria uma grande complexidade política e administrativa, requerendo um nível de cooperação que não é realista para o campo da tributação internacional.

Continua explicando que outra preocupação referente a essa técnica é o fato de que fórmulas predeterminadas são arbitrárias e não consideram as condições de mercado, as condições particulares das empresas individuais. Lembra, ainda, que “esse tipo de abordagem poderia atribuir lucros a uma entidade que incorreria em perdas se fosse uma empresa independente”, ou seja, não vinculada a qualquer outra.

As Diretrizes enfatizam que, em comparação ao *global formulary apportionment*, o princípio *arm's length* é mais bem equipado para lidar com as consequências econômicas da flutuação cambial, porque requer a análise dos fatos e circunstâncias específicas do contribuinte.

<sup>35</sup> O texto completo e original pode ser encontrado em OCDE, 2017, p. 39-42.



A documentação e as conformidades requeridas para aplicar o *global formulary apportionment*, em regra também seriam mais onerosas do que se as empresas estivessem sob o sistema *separate entity approach*<sup>36</sup>, presente no princípio *arm's length*. Essas dificuldades seriam agravadas pela existência de diferentes padrões contábeis e múltiplas moedas em cada uma das jurisdições tributárias.

As Diretrizes frisam ainda que a utilização de fórmulas fixas impede a análise individualizada das empresas vinculadas, não considerando a importância das diferenças geográficas e outros fatores específicos. Em contraste, o princípio *arm's length* reconhece que uma empresa associada pode discrepar do resto do grupo ao qual se vincula, recebendo lucros ainda quando todas as outras incorrem em perdas, ou vice-versa.

Assim, as Diretrizes continuam ressaltando que a utilização de fórmulas fixas só é possível se todo o grupo de empresas vinculadas se submeter a esse método, tendo em vista as dificuldades que podem decorrer dessa diferença na forma de apurar o preço de referência. O próprio texto alerta para o fato de que a fiscalização de um grupo heterogêneo “seria um compromisso sério para uma única administração fiscal, tendo em vista o tamanho e a escala das operações dos grandes grupos multinacionais e a quantidade de informação que iria requerer”.

O item “C” termina reiterando a necessidade de aplicar o princípio *arm's length* e rejeitando o uso de fórmulas pré-estabelecidas, como o *global formulary apportionment*.

Diante do exposto, resta claro que usar margens pré-estabelecidas pela Lei 9.430/96 fere o princípio *arm's length* proposto e utilizado pela OCDE.

Considerar o preço calculado pelos métodos previstos na legislação brasileira como preço sem interferência (como aquele alcançado pela aplicação do *arm's length*) é inviável, porquanto o uso de margens fixas para todo e qualquer ramo de atividade pode fazer com que o preço alcançado seja inferior ou superior ao preço praticado no mercado, não sendo respeitado o *separate entity approach*, ou seja, a aferição do preço como se as empresas fossem independentes.

---

<sup>36</sup> Tratamento dado a empresas pertencentes a um mesmo grupo como se independentes fossem, quando transacionam entre si, para obter o correto preço de transferência.

Portanto, restou evidente que o princípio *arm's length* não foi recepcionado pela Lei 9.430/96. Inclusive, a própria OCDE, através de seu *Business and Industry Advisory Committee* (BIAC), teceu fortes críticas a esse diploma quando da sua publicação, relacionadas na obra de Lionel Pimenta Nobre:

1. Já na introdução dos comentários o BIAC estabelece que “considera ser a nova lei de preços de transferência uma das mais importantes e, ao mesmo tempo, pode apresentar ameaças ao desenvolvimento no Brasil”
2. Continuam os comentários “Não obstante os métodos mencionados nestas novas regras parecerem inspirados nas diretrizes da OCDE para o controle dos preços de transferência (CUP, *cost plus* e *market minus*), eles estão longe de serem compatíveis com os conceitos internacionais (OCDE) sobre as regras para a determinação e aplicação do princípio *arm's length*”
3. O BIAC aponta as principais fraquezas das regras como sendo:
  - (a) O *arm's length standard* não é definido de forma consistente ou uniforme, mas sim dependente da forma das transações (art. 18, § 3º e art. 19, § 8º).
  - (b) Ajustes aos preços comparados não são previstos, pois decorrem de médias;
  - (c) Com exceção do PIC e PVEX, os diversos métodos para as importações ou exportações demandam margens de lucro altas e uniformes de até 30% (trinta por cento)<sup>37</sup>
  - (d) A implementação destas regras de controle é extremamente onerosa para os contribuintes, já que tem o ônus da prova, a fim de mostrar a correta utilização dos métodos;
  - (e) A aplicação dessas regras leva a um alto grau de incerteza para os contribuintes (...).
4. Por fim, o BIAC conclui seus comentários com: “Assim como definido na legislação, as novas regras de preços de transferência, de fato, parecem ser uma tentativa de as autoridades brasileiras estabelecerem preços de exportação mínimos e preços de importação máximos, baseadas em preços obtidos em médias aritméticas como determinadas no mercado brasileiro e com altas margens locais fixadas. O melhor método, na prática, é o método que dê o maior resultado tributável no Brasil. E do ponto de vista internacional, tais margens pré-fixadas não são aceitáveis e a realidade econômica não é levada em conta como um todo (assim como, por exemplo, diferentes mercados, diferentes funções e riscos e preços individuais). Adicionalmente, é bem provável que tais regras irão ocasionar dupla tributação.”<sup>38</sup>

<sup>37</sup> Importa ressaltar que o artigo em referência foi escrito antes das alterações feitas pela Lei 12.715/2012 na Lei 9.430/96.

<sup>38</sup> NOBRE, Lionel Pimenta. *O comércio internacional, as empresas transnacionais) e o controle da transferência de preços (transfer pricing) no Brasil*. 2000, p. 194.

Veremos a seguir que essa falta de conformidade com o princípio e, por consequência, com os métodos sugeridos pela OCDE, tem consequências sérias na prática tributária internacional cotidiana.

### **1.4.3. Necessidade de adequação aos padrões da OCDE vista na prática: Acórdão nº 3402003.071 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais**

Recentemente o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais da Receita Federal do Brasil<sup>39</sup> proferiu decisão envolvendo o tema preço de transferência, a qual deixa ainda mais clara a necessidade de o Brasil adequar-se aos padrões da OCDE.

A infração em análise envolve empresas vinculadas, uma situada no Brasil, que importava bens e serviços da outra, situada na Finlândia. A empresa estabelecida no Brasil foi autuada por deixar de recolher a Contribuição ao PIS e à COFINS sobre receitas decorrentes do recebimento de notas de crédito internacional, enviadas pela empresa finlandesa com a finalidade de reduzir “o custo na operação entre partes vinculadas, cujos preços parâmetros de saída (na Finlândia) e de entrada (no Brasil), para fins de legislação de preços de transferência, discrepavam em razão de regras assimétricas”.

A decisão inicia esclarecendo que as operações entre pessoas vinculadas estão sujeitas ao controle de preço de transferência, devendo a empresa estabelecida no Brasil seguir as regras dos artigos 18 a 24 da Lei 9.430/96. E continua:

Igualmente, o controle de preços de transferência também é efetuado pela NSNOy na Finlândia, no momento da exportação dos produtos. Todavia, estas regras são baseadas nas Diretrizes de Preços de Transferência da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”), as quais são bem diferentes das regras brasileiras apresentadas pelos artigos 18 a 24 da Lei nº 9.430/96. Portanto, quando o bem vai ser exportado da Finlândia, aplicam-se as regras de preços de transferência da OCDE para

---

<sup>39</sup>BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, Recurso Voluntário nº 10880.722038/201355, Acórdão nº 3402003.071, 4ª Câmara/2ª Câmara Ordinária, Relator Conselheiro Carlos Augusto Daniel Neto, j. em 17/05/2016. Disponível em: <<https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>>. Acesso em 26 de ago. 2017.

obter um preço parâmetro de exportação que deverá ser praticado na exportação e, da mesma forma, com a importação desse bem no Brasil aplicam-se os critérios previstos nos arts.18 a 24 da Lei 9.430 para se obter o preço parâmetro de importação. Frise-se que, via de regra, seria despidendo adjetivar o preço parâmetro, haja vista que eles deveriam ser exatamente iguais, por força do princípio do *arm's lenght*.

Lembra a decisão que o artigo 18 da Lei 9.430/96 prevê que 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 o preço determinado pelos métodos previstos na legislação. Ou seja, somente será dedutível na determinação do lucro real, o valor calculado como preço parâmetro de acordo com as regras específicas da lei.

Mas, como a aplicação das regras de preço de transferência na Finlândia, no momento da exportação, segue os padrões da OCDE, completamente diferentes dos previstos na Lei 9.430/96, o valor alcançado acaba por ser muito superior àqueles calculados pelos métodos previstos na legislação brasileira.

Em síntese: para a Finlândia, o preço é um, enquanto para o Brasil, é outro (muito menor que aquele considerado na Finlândia), de modo que a Recorrente precisará realizar um custo equivalente ao preço de exportação praticado na Finlândia, podendo excluir do seu lucro real apenas até o limite do preço considerado pelo Brasil, restando "descoberta" a diferença desse valor.

E aqui, a própria decisão, brilhantemente, aponta a necessidade de adequação do Brasil às Diretrizes da OCDE para preços de transferência, a fim de permitir o avanço do comércio internacional no Brasil, tendo em vista que a legislação brasileira não cumpre o papel que lhe foi designado:

Essa diferença de custo que não pode ter tratamento tributário de custo, por força das regras de preços de transferência do Brasil mina a própria operação, onerando demasiadamente o negócio e inviabilizando a manutenção da prática comercial entre as pessoas vinculadas.

Diante da situação exposta, não podendo a empresa brasileira deduzir do seu lucro o valor efetivamente pago pela importação, devido à divergência nos métodos de cálculo de preço de transferência previstos nas Diretrizes da OCDE e os previstos na Lei 4.930/96, ajustaram as partes, por contrato particular, que o preço pago pela empresa brasileira à

empresa finlandesa seria parcialmente devolvido através de notas de crédito internacional “no valor da diferença entre o preço pago e o preço parâmetro calculado de acordo com as regras de preços de transferências no Brasil, de modo a, simultaneamente, atender à regra do *arm's lenght* com a prática de preços compatíveis com o mercado e atender às regras de brasileiras.”

As notas de crédito em questão acabaram sendo reconhecidas pelo Fisco como receitas recebidas pela pessoa jurídica estabelecida no Brasil, sujeitas, portanto, à incidência da Contribuição ao PIS e da COFINS. Daí a origem da autuação da Recorrente.

Muito embora os conselheiros tenham decidido que os valores recebidos pela nota de crédito internacional não estão sujeitos à incidência da Contribuição ao PIS e da COFINS<sup>40</sup>, a decisão analisada expõe um dos problemas decorrentes da distância entre as regras da Lei 9.430/76 em relação às Diretrizes sobre preço de transferência da OCDE e reforça, ainda mais, a necessidade de adesão aos padrões internacionais. Caso contrário, não só continuarão a ser dificultadas as relações já existentes, como serão afastados e enfraquecidos os investimentos de natureza multinacional no país.

Como visto, a legislação atual demanda que as empresas façam ajustes particulares para que não sofram prejuízos decorrentes da aplicação do método do preço de transferência, fato que pode acarretar na imposição de tributos que sequer seriam devidos caso o Brasil se adequasse aos padrões internacionais.

### CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, observa-se que, embora a Lei 9.430/96 tenha sido editada sob a alegação de nos aproximar dos padrões de tributação internacional determinados pela OCDE, resta claro que tal objetivo não foi alcançado. A legislação se preocupou mais com preservar a base tributária nacional, impondo margens fixas de lucro para o cálculo do preço de referência, e acabou contrariando o princípio *arm's lenght*, porquanto o preço aferido não

---

<sup>40</sup> “Portanto, não compõem a base de cálculo do PIS e da COFINS os valores recebidos a título de bonificação, via Nota de Crédito, quando haja elementos que vinculem inequivocamente a bonificação às operações realizadas, ausência de condição para o recebimento das Notas de Crédito, e comprovação do efetivo recebimento dos valores.” *In*: BRASIL, 2016.

pode ser comparado à realidade do mercado, circunstância desfavorável não só para o contribuinte, mas para a economia brasileira globalizada, pois é vista com conotação negativa pela comunidade internacional, podendo afastar possíveis investimentos no país.

Tendo o Brasil requerido sua entrada na OCDE, é evidente que deve adequar-se às Diretrizes da Organização, que por óbvio serão exigidas, uma vez que a própria OCDE já se declarou contrária aos métodos que usam fórmulas pré-fixadas por sua inadequação ao princípio *arm's length*, que defende e utiliza.

Ademais, diante da união de forças entre o G-20 e a OCDE com o intuito de efetivar um projeto de Reforma Tributária Internacional, intitulado *Base Erosion and Profit Shifting* – Erosão de Base Tributária e Desvio de Lucros (BEPS)<sup>41</sup>, é imprescindível que a legislação brasileira se conforme aos padrões internacionais

Assim, não pode o Brasil olvidar o rito de passagem a que terá de submeter-se caso queira de fato integrar o tão cobiçado “clube dos ricos”. Significa dizer: sua adesão à OCDE depende de efetiva rediscussão e revisão do instituto do preço de transferência na forma em que se encontra delineado na legislação brasileira. Foi o que se pretendeu iniciar no presente trabalho.

### REFERÊNCIAS

ASHIKAGA, Carlos Eduardo Garcia. **Análise da Tributação na Importação e na Exportação de Bens e Serviços**. 8ª ed. São Paulo: Aduaneiras, 2016.

BARRETO, Paulo Ayres. **Imposto sobre a renda e preços de transferência**. São Paulo: Dialética, 2001.

BRAGA, Rodrigo Bernardes. **Preços de Transferência**: Novas regras estão fora da realidade econômica. 2009. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-01/regras-precos-transferencia-fora-realidade-economica>> Acesso em 20 ago. 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, Recurso Voluntário nº 10880.722038/201355, Acórdão nº 3402003.071, 4ª Câmara/2ª Câmara Ordinária, Relator

<sup>41</sup> TAVARES. Romero J. S. *Política tributária internacional: OCDE, BEPS e Brasil. Como deve se posicionar o setor industrial brasileiro?* Revista Brasileira de Comércio Exterior (RBCE), n. 121. Disponível em <[http://www.funccex.org.br/publicacoes/rbce/material/rbce/121\\_RJST.pdf](http://www.funccex.org.br/publicacoes/rbce/material/rbce/121_RJST.pdf)> Acesso em 26 ago. 2017.



## REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Conselheiro Carlos Augusto Daniel Neto, j. em 17/05/2016. Disponível em: <<https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>>. Acesso em 26 ago. 2017

\_\_\_\_\_. **Lei 9.430 de 27 de dezembro de 1996.** Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9430.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9430.htm)>. Acesso em 25 ago. 2017.

CHAPINOTI, Maurício Braga. Application of arm's length principle to intangibles. **International Transfer Pricing Journal**, v. 14, n.2, 2007

DELLOITE. **Legislação.** Disponível em: <<https://tpsweb5.deloitte.com.br/Legislacao.aspx>>. Acesso em 24 ago. 2017.

FERNANDES, Edison Carlos. **Constitucionalidade in thesi e in concreto do controle fiscal dos preços de transferência.** In: FERNANDES, Edison Carlos (Coord.). Preços de transferência. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

GLIOLI, Juliana. **Os preços de transferência no sistema tributário brasileiro.** Porto Alegre: 2010, p. 7. Disponível em <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010\\_1/juliana\\_gilioli.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_1/juliana_gilioli.pdf)> Acesso em 15 de jun. 2017.

ITAMARATY. **Acordo Marco de Cooperação com a OCDE.** Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/component/tags/tag/ocde-organizacao-para-a-cooperacao-e-o-desenvolvimento-economico>>. Acesso em 06/11/2017.

MELO, José Eduardo Soares de. **Caderno de Pesquisas Tributárias.** São Paulo, v 12. 1987.

MESSINEO, Alejandro E. *New rules in Mexico and Brazil.* **4th International Transfer Pricing Journal**, v. 1997. p. 42

MIRSHAWKA, Valéria Zimpeck. **Preços de transferência: diferentes visões.** São Paulo: 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-22042013-093407/pt-br.php>> Acesso em 15 jun. 2017.

MOREIRA, André Mendes. **Planejamento tributário internacional e preços de transferência – o regime da Lei nº 9430/96.** 2010. Disponível em <<https://sachacalmon.com.br/wp-content/uploads/2010/11/Planejamento-Tributario-Internacional-e-Pre%C3%A7os-de-Transferencia-o-regime-da-Lei-9430-96.pdf>>. Acesso em 06/11/2017.

NOBRE, Lionel Pimenta. **O comércio internacional, as empresas transnacionais) e o controle da transferência de preços (transfer pricing) no Brasil.** 2000, p. 194.

NOBRE, Lionel Pimenta. **Transferência de preços e a valoração aduaneira no Brasil: um conflito insolúvel?** 2001. Disponível em <<http://artigoscheckpoint.thomsonreuters.com.br/a/1zx7/transferencia-de-precos-e-a-valoracao-aduaneira-no-brasil-um-conflito-insolovel--1por-lionel-pimentel-nobre>>. Acesso em 25 de ago. 2017.

OCDE. **Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration.** 2017. Paris: OCDE. 2017, p. 25. Disponível em <<http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-20769717.htm>> Acesso em 24 ago. 2017.

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

\_\_\_\_\_. **The OECD and the Latin America & the Caribbean.** Disponível em <<http://www.oecd.org/latin-america/countries/brazil/#d.en.352161>>. Acesso em 06/11/2017.

\_\_\_\_\_. **Transfer Pricing Guidelines and Multinational Enterprises. Report of the OCDE Committee on Fiscal Affair.** Paris: OCDE, 1979.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Preços de Transferência – o método do custo mais lucro – o Conceito de Custo – o método do custo mais lucro e as indústrias de alta tecnologia – como conciliar os dispêndios intensivos em pesquisas e desenvolvimento, com esse método. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; Rocha, Valdir de Oliveira (Coords.). **Tributos e preços de Transferência.** São Paulo: Dialética, 1999. V. 2, p. 303.

\_\_\_\_\_. **Tributos e preços de transferência.** In: ROCHA: Valdir de Oliveira (Coord.) **Tributos e preços de transferência.** São Paulo: Dialética, v.1.1997.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro.** 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2006. p. 44

SOLILOVÁ, Veronika. Practical application of Art. 9 OECD model convention: the Czech Republic. **Acta Universitatis Agriculturae et Silviculturae Mendelianae Brunensis.** v. 62, n. 2. 2014.

TAVARES. Romero J. S. Política tributária internacional: OCDE, BEPS e Brasil. Como deve se posicionar o setor industrial brasileiro? **Revista Brasileira de Comércio Exterior (RBCE),** n. 121. Disponível em <[http://www.funccex.org.br/publicacoes/rbce/material/rbce/121\\_RJST.pdf](http://www.funccex.org.br/publicacoes/rbce/material/rbce/121_RJST.pdf)> Acesso em 26 ago. 2017

TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito tributário internacional.** Planejamento tributário e operações transnacionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 162.





## REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

TÔRRES, Heleno Taveira. **Revista de Direito Tributário Internacional – RDTI**, São Paulo, n. 1.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

XAVIER, Alberto, **Tributação das operações internacionais**. 6. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2004.