

# A Disciplina dos Preços de Transferência no Brasil: uma Avaliação

Alessandra Machado Brandão Teixeira

*Mestre e Doutora em Direito Tributário pela Faculdade de Direito da UFMG.*

*Professora dos Cursos de Graduação e Pós-graduação da PUC-Minas.*

*Coordenadora dos Cursos Jurídicos da PUC-Minas Virtual. Advogada.*

## *Resumo*

O Brasil adotou uma legislação relativa aos preços de transferência há aproximadamente 12 anos. Decorrido esse tempo, é preciso avaliar a sistemática introduzida com o objetivo de se verificar a compatibilidade das medidas adotadas e a normativa internacional sobre a matéria. Nesse sentido, observa-se que as decisões dos órgãos fazendários não estão de acordo com o princípio *arm's length*, uma vez que não existe a preocupação de se determinar um preço de mercado, mas tão-somente aplicar os métodos previstos na legislação. Além disso, o Brasil, na formatação dos métodos de apuração do preço-parâmetro, usa margens de lucro fixas, sem considerar as margens de lucro de mercado, próprias de cada segmento, o que merece uma crítica e profunda reflexão sobre a sua eficácia.

## *Abstract*

Brazil has passed a law regulating transfer pricing 12 years ago approximately. Now it has come the time to reevaluate the procedures then adopted to check if they are in line with international regulations about the same subject. One can observe that decisions made according to Brazilian Federal Revenue are not in accordance with the arm's length principle once the concern the establishment of a market price, but with the strict application of the existing law besides this, Brazil resorts to fixed profit margins in determining the methods that establish a reference price, without taking into consideration the market profit margins, characteristic of different segments. The efficacy of such approach should be examined carefully.

## **1. Introdução**

Em dezembro de 2007, a Câmara Superior do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda julgou o Recurso 101-137.537, proposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional. Nessa ocasião, prevaleceu o entendimento de que as empresas que adquiriram mercadorias para revenda, em uma operação de importação, poderiam aplicar o Método do Preço de Venda menos Lucro - PRL, adotando margem de lucro de vinte por cento (20%) sobre o preço de revenda.

A controvérsia julgada pelo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda concentrava-se no fato de que a Lei n. 9.430/96, ao disciplinar o Método PRL, estabelecia que a margem de lucro a ser deduzida fosse de 20%. A Lei n. 9.430/96

não fazia qualquer ressalva quanto à utilização do bem, tendo em vista à circunstância da mercadoria importada ser aplicada ou não na produção de outro bem.

Ocorre que essa vedação fora introduzida pela Instrução Normativa n. 38/97, que no parágrafo 1º do art. 4º estabelecia que “a determinação do preço a ser utilizado como parâmetro, para comparação com o constante dos documentos de importação, quando o bem, serviço ou direito houver sido adquirido para emprego, utilização ou aplicação, pela própria empresa importadora, na produção de outro bem, serviço ou direito, será efetuada com base nos métodos de que tratam o art. 6º, o § 10 do art. 12 e o art. 13”. Ou seja, no caso de aquisição de matéria-prima ou insumo, não deveria ser aplicado o PRL, devendo ser aplicado o PIC (Preços Independentes Comparados) ou o CPL (Custo de Produção mais Lucro).

Quando do julgamento do Recurso mencionado, a Câmara Superior adotou o entendimento de que a Instrução Normativa n. 38/97 não poderia introduzir restrição que não fora imposta por lei, tendo em vista o sistema hierárquico das fontes de Direito Tributário. Portanto, a empresa autuada poderia aplicar o PRL no período relativo à autuação, adotando a margem de lucro de 20%.

A decisão em questão foi de grande repercussão, tendo em vista a importância do tema, e colocou a legislação relativa aos preços de transferência em evidência.

A partir desse momento, começou-se a avaliar a aplicabilidade concreta da legislação introduzida em 1996, considerando os seus aspectos positivos e negativos, após 11 anos da sua edição.

Diante desse contexto, mostra-se oportuno refletir acerca das seguintes questões: a) a legislação brasileira relativa à determinação dos preços de transferência está em harmonia com as determinações internacionais? b) o princípio *arm's length* foi adotado pelo Direito Tributário brasileiro, no que se refere à determinação do valor normal de uma operação? c) as margens de lucro fixas de 20% e 60%, introduzidas pelo art. 18 da Lei n. 9.430/96, com redação dada pela Lei n. 9.959/2000, com relação, principalmente, ao método do preço de revenda menos lucro (PRL) está compatível com o cenário internacional e com o conteúdo do princípio *arm's length*?

Partindo dessas indagações, passamos a desenvolver o tema, de forma que nas conclusões possamos oferecer respostas às questões apresentadas.

## **2. A Disciplina dos Preços de Transferência pelo Direito Tributário Brasileiro**

### *2.1. Pressupostos de aplicação: objetivo e subjetivo*

Em 1996 foram introduzidas no sistema tributário brasileiro, no que tange ao Imposto de Renda das Pessoas Físicas e Jurídicas (IRPF - IRPJ) e à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), normas que disciplinam os preços praticados em transações comerciais, envolvendo pessoas físicas e/ou jurídicas domiciliadas no Brasil com pessoas vinculadas no exterior.

A Lei n. 9.430, de 24 de dezembro de 1996 (arts. 18 a 24 e 28), a Lei n. 9.959, de 27 de janeiro de 2000 (art. 2º) e a Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal n. 243, de 11 de novembro de 2002, são os principais diplomas legais que regulam a matéria dos preços de transferência no Brasil.

De acordo com o art. 18 da Lei n. 9.430/96 “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”.

A interpretação da referida norma conduz ao entendimento de que, por meio dos métodos determinados, procura-se estabelecer para as transações entre pessoas vinculadas um preço de mercado que seria negociado entre empresas independentes, em condições análogas.

Sendo assim, pode-se afirmar que a normativa brasileira adotou um pressuposto subjetivo e objetivo, com relação à aplicação das regras para determinação do preço de transferência.

O pressuposto ou requisito subjetivo está contido na expressão “nas operações com pessoa vinculada”. Ou seja, não sendo uma operação entre pessoas vinculadas, não se aplicariam as regras relativas aos preços de transferência.

Ressalta-se que a Lei n. 9.430/96 refere-se à pessoa vinculada, não fazendo qualquer distinção entre física ou jurídica. Assim, de acordo com a legislação em vigor, o preço de transferência deverá ser calculado entre pessoas vinculadas, em operações praticadas por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, com pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior.

Para fins de aplicação da legislação, consideram-se vinculadas à pessoa jurídica domiciliada no Brasil: a matriz desta, quando domiciliada no exterior; a sua filial ou sucursal, domiciliada no exterior; a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, cuja participação societária no seu capital social a caracterize como sua controladora ou coligada, na forma definida nos parágrafos 1º e 2º do art. 243 da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976; a pessoa jurídica domiciliada no exterior, quando esta e a empresa domiciliada no Brasil estiverem sob controle societário ou administrativo comum ou quando pelo menos dez por cento (10%) do capital social de cada uma pertencer à mesma pessoa física ou jurídica; a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que, em conjunto com a pessoa jurídica domiciliada no Brasil, tiverem participação societária no capital de uma terceira pessoa jurídica, cuja soma as caracterize como controladoras ou coligadas desta, na forma definida nos parágrafos 1º e 2º do art. 243 da Lei n. 6.404/76, a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que seja sua associada, na forma de consórcio ou condomínio, conforme definido na legislação brasileira, em qualquer empreendimento; a pessoa física residente no exterior que for parente ou afim até o terceiro grau, cônjuge ou companheiro de qualquer de seus diretores ou de seu sócio ou acionista controlador em participação direta ou indireta; a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que goze de exclusividade, como seu agente, distribuidor ou concessionário, para a compra e venda de bens, serviços ou direitos; a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, em relação à qual a pessoa jurídica domiciliada no Brasil goze de exclusividade, como agente, distribuidora ou concessionária, para a compra e venda de bens, serviços ou direitos.

Conforme descrito acima, a legislação brasileira (art. 2º IN/SRF n. 243/2002) formulou uma descrição exaustiva das circunstâncias em que se configura o vínculo

lo entre as pessoas sujeitas às regras do preço de transferência, sem, contudo estabelecer um conceito geral do que seja o vínculo entre as pessoas consideradas.

Deve-se destacar que com relação à determinação do vínculo, a legislação brasileira mostra-se precisa, fornecendo elementos objetivos relativos à configuração dessa circunstância. Assim, a normativa interna fornece elementos à norma internacional contida no art. 9º do Modelo de Convenção da OCDE, que não estabelece critérios objetivos relativos à configuração do vínculo, tal providência fica a cargo dos comentários ao Modelo.

Ressalta-se que o objetivo fundamental da norma em questão é estabelecer um pressuposto de aplicação da sistemática dos preços de transferência, quando for evidente que as pessoas físicas ou jurídicas estão sujeitas a um mesmo centro de poder e ou de direção.

Analisando a lista contida no art. 2º da IN n. 243/2002 pode-se observar, em razão da natureza das relações evidenciadas, que o legislador vislumbrou, naqueles casos, uma possibilidade de alteração dos preços praticados se comparados ao preço de livre mercado, adotado por empresas independentes.

Ressalta-se que a legislação brasileira adota o conceito de “vínculo” e não de “controle”, tal como consta do art. 9º do Modelo de Convenção da OCDE.<sup>1</sup>

Além disso, a norma interna não restringe a sua eficácia ao caso de controle. Isto porque a adoção deste conceito poderia conduzir à interpretação de que os preços de transferência somente se aplicariam às operações envolvendo as pessoas jurídicas e não as físicas.

O pressuposto objetivo refere-se ao valor da operação, sendo que deve prevalecer o entendimento de que somente se aplicaria a disciplina legal dos preços de transferência se o preço praticado pelo contribuinte estivesse em desacordo com o de mercado.

Analisando a legislação brasileira, segundo a dicção do art. 18 da Lei n. 9.430/96, os custos, despesas e encargos relativos a bens, serviços e direitos somente serão dedutíveis na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, até o valor que não exceda ao preço determinado por um dos métodos.

Ora, de acordo com as recomendações da OCDE, os métodos têm como objetivo determinar o valor de mercado da transação. Se o preço praticado pelo contribuinte for maior que o de mercado, não se admitirá a dedução dos custos, despesas e encargos, devendo ser adotado como valor da operação o encontrado pela Administração tributária, quando da aplicação dos métodos.

Todavia, se o preço praticado pelo contribuinte estiver em conformidade com aquele encontrado pela aplicação dos métodos (que equivaleria ao de mercado), os custos, despesas e encargos serão dedutíveis, não se aplicando, assim, a disciplina legal dos preços de transferência.

Então, as normas de preço de transferência somente deveriam ser aplicadas se o preço praticado pelo contribuinte estivesse em desacordo com o praticado pelo mercado, entre empresas independentes.

<sup>1</sup> Deve-se ressaltar que, conforme afirmado anteriormente, a interpretação do que seja controle societário para fins de interpretação do art. 9º do Modelo de Convenção, não se restringe ao controle jurídico, de direito, mas, também, ao controle de fato, relativo a fatos externos à estrutura societária.

Ocorre que, após 10 anos de aplicação da legislação do preço de transferência, não parece ser esse o entendimento da Secretaria da Receita Federal, que não demonstra preocupação em determinação do preço de mercado, formado em condições de livre concorrência.

A análise da legislação relativa à determinação dos preços de transferência permite que se afirme que o enfoque da questão está no preço determinado pela aplicação do método.

Se o preço praticado pelos contribuintes não se subsumir ao determinado pela aplicação de um dos métodos, prevalece a presunção de que o preço foi manipulado por questões de economia fiscal e esse é automaticamente reformulado, considerando as diretrizes impostas pela legislação.

As interpretações sucessivas da Lei n. 9.430/96 não se pautam pela determinação de um preço de mercado, mas na presunção de que um valor, diferente do encontrado pelos métodos, estaria em desacordo com a legislação aplicável.

Nesse sentido, elucidativa a ementa da Solução de Consulta n. 15, de 8 de abril de 2008, cujo texto estabelece o seguinte:

“As receitas auferidas por pessoa jurídica domiciliada no País, em função da prestação de serviços técnicos a pessoas jurídicas domiciliadas no exterior, que lhes sejam vinculadas, submetem-se aos controles atinentes à legislação de preços de transferência, previstos no art. 19 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, não podendo a Interessada, sob a alegação de que a natureza dos serviços prestados não se coaduna com as metodologias de cálculo de preços-parâmetros vigentes para exportações, utilizar-se de critérios de rateio contratualmente fixados a fim de demonstrar que seus valores não distam daqueles obteníveis segundo as condições de mercado, uma vez que a base de cálculo do IRPJ é matéria afeta à reserva legal.”

O texto supra transcrito prova que a Secretaria da Receita Federal não tem se preocupado com a determinação do preço de mercado, obtido em condições de livre concorrência, em um processo transparente. Mas demonstra que o órgão fazendário parte da presunção absoluta de que o preço obtido em desacordo com o método é um preço manipulado, devendo ser aplicada a legislação.

Ora, não se discute que a determinação de base de cálculo do IRPJ é matéria afeta à reserva legal. O que está em questão, no caso dos preços de transferência, é que toda essa sistemática somente se justifica se a formação dos preços praticados não estiver de acordo com as regras de mercado, obtidos em condições de livre concorrência.

Portanto, pode-se afirmar que o pressuposto objetivo adotado pela legislação brasileira não se refere à anomalia relativa ao preço de mercado, mas a uma divergência relativa ao preço determinado pela aplicação do método.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Esse entendimento pode ser comprovado pela análise das respostas de consultas formuladas pelos contribuintes. As respostas da SRF são sempre focadas no método, considerando atípico tudo aquilo que não se subsume à presunção. Nesse sentido, elucidativa a seguinte resposta formulada em Solução de Consulta n. 11, de 1 de novembro de 2007: “Na apuração do preço parâmetro com base no Método do Preço de Revenda menos Lucro (PRL), deve ser observado que: a) os tributos incidentes na importação, quando recuperáveis, não integram o custo de aquisição; b) os impostos e

Importante ressaltar que esse entendimento adotado pela legislação e pelas autoridades fiscais brasileiras não encontra respaldo nas orientações da OCDE sobre o tema. Klaus Vogel, em seus comentários ao Modelo de Convenção, é categórico ao afirmar que as novas recomendações da OCDE enfatizam que não existe um preço correto, que possa ser determinado cientificamente por um dos métodos. Em princípio, o contribuinte, e não as autoridades fiscais, poderia decidir acerca do método mais apropriado a ser usado. O preço somente poderia ser imposto pelo Fisco quando houvesse indício claro de manipulação do valor da operação para fins fiscais.<sup>3</sup>

## 2.2. Métodos para determinação do preço-parâmetro adotados pelo Brasil

O Brasil divide as operações possivelmente sujeitas à disciplina dos preços de transferência em de importação e de exportação e alterna a aplicação dos métodos, quer se trate de um ou de outro tipo de transação.

O art. 18 da Lei n. 9.430/96 conceitua os métodos a serem aplicados na determinação do valor de mercado da operação, ou seja, do preço-parâmetro.

Na importação, aplica-se o Método dos Preços Independentes Comparados (PIC), o Método do Preço de Revenda menos Lucro (PRL) e o Método do Custo de Produção mais Lucro (CPL). Na exportação, adota-se o Método do Preço de Venda nas Exportações (PVEx), o Método do Preço de Venda por Atacado no País de Destino Diminuído do Lucro (PVA), o Método do Preço de Venda a Varejo no País de Destino, Diminuído do Lucro (PVV) e o Método do Custo de Aquisição ou de Produção mais Tributos e Lucro (CAP).

O *Método dos Preços Independentes* (PIC) é “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”.

Conforme estabelecem as normas que têm por objetivo regulamentar o mencionado dispositivo legal (Instrução Normativa n. 243/2002), por esse método, os preços dos bens, serviços ou direitos, adquiridos no exterior, de uma empresa vinculada, serão comparados com os preços de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, vendidos pela mesma empresa exportadora, a pessoas jurídicas não vinculadas, residentes ou não-residentes, adquiridos pela mesma importadora, de pessoas jurídicas não vinculadas, residentes ou não-residentes e em operações de compra e venda praticadas entre outras pessoas jurídicas não vinculadas, residentes ou não-residentes.

contribuições incidentes sobre as vendas devem ser excluídos do preços de venda. Não é admitido o uso, como parâmetro, de preços de bens praticados em liquidação de estoque, por esta ser considerada operação atípica. No caso de o preço parâmetro ser inferior ao preço praticado, o valor resultante do excesso de custo, despesas ou encargos, considerado indedutível na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, será ajustado contabilmente ou mediante acréscimo ao lucro líquido, para determinação do lucro real, conforme a legislação específica de preços de transferência.”

<sup>3</sup> VOGEL, Klaus. *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, 3ª ed., p. 534.

Na formação do preço-parâmetro, tanto no caso de importação, como exportação, deverá ser levado em consideração: o prazo de pagamento; as quantidades negociadas; a existência de obrigação por garantia de funcionamento do bem ou da aplicabilidade do serviço ou direito; a existência de obrigação pela promoção, junto ao público, do bem, serviço ou direito, por meio de propaganda e publicidade; a existência de obrigação pelos custos de fiscalização de qualidade, do padrão dos serviços e das condições de higiene; os custos de intermediação, nas operações de compra e venda, praticadas pelas empresas não vinculadas, consideradas para efeito de comparação dos preços; o acondicionamento; o valor do frete e do seguro, bem como os riscos de crédito.

O *Método do Preço de Revenda menos Lucro (PRL)* é “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; das comissões e corretagens pagas; da margem de lucro de: 60% (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 (matérias-primas); 20% (vinte por cento), calculados sobre o preço de revenda, nas demais hipóteses (comercialização de bens)” (Lei n. 9.430/96, art. 18, inciso II).

Os preços de revenda, a serem considerados, serão os praticados pela própria empresa importadora, em operações de venda a varejo e no atacado, com compradores, pessoas físicas ou jurídicas, que não sejam a ela vinculados.

De acordo com a IN/SRF n. 243/2002, os preços médios de aquisição e revenda serão ponderados em função das quantidades negociadas. Além disso, na determinação da média ponderada dos preços, serão computados os valores e as quantidades relativas aos estoques existentes no início do período de apuração.

Deverá ser considerado, também, se as vendas forem à vista ou a prazo, a taxa de juros aplicada, o valor agregado ao bem no País, dentre outros aspectos.

De acordo com esclarecimento formulado pela Cosit, quando da Solução de Consulta n. 2, de 23 de janeiro de 2008,

“na determinação do preço parâmetro pelo método PRL, com margem de sessenta por cento, na metodologia de cálculo, deve-se deduzir o valor agregado, ao bem produzido no país, na apuração da margem de lucro de 60%, e, também, do preço líquido de venda na apuração final do preço parâmetro. Esta metodologia deverá ser utilizada a partir do início do ano calendário de 2003 e, opcionalmente, em 2002, pela empresa interessada, em função da publicação de novo procedimento pela Instrução Normativa SRF nº 243, de 2002. A interessada, no entanto, poder-se-á utilizar, nos anos de 2000, 2001 e, opcionalmente, em 2002 das disposições que constam da Instrução Normativa SRF então vigente (IN SRF nº 32, de 2001), nas quais não contemplam a retirada do valor agregado na composição final do preço parâmetro pelo método PRL - 60%.”

O *Método do Custo de Produção Mais Lucro (CPL)* é “definido como o custo médio de produção de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, no País onde tiverem sido originariamente produzidos, acrescidos dos impostos e taxas cobra-

dos pelo referido País na exportação e de margem de lucro de vinte por cento, calculada sobre o lucro apurado” (Lei n. 9.430/96, art. 18, inciso III).

Em conformidade com o disposto na IN/SRF n. 243/2002 para efeito de determinação do preço por esse método, poderão ser computados como integrantes do custo: o custo de aquisição das matérias-primas, dos produtos intermediários e dos materiais de embalagem utilizados na produção do bem, serviço ou direito; o custo de quaisquer outros bens, serviços ou direitos aplicados ou consumidos na produção; o custo do pessoal, aplicado na produção, inclusive na supervisão direta, manutenção e guarda das instalações de produção e os respectivos encargos sociais incorridos, exigidos ou admitidos pela legislação do país de origem; os custos de locação, manutenção e reparo e os encargos de depreciação, amortização ou exaustão dos bens, serviços ou direitos aplicados na produção; os valores das quebras e perdas razoáveis, ocorridas no processo produtivo, admitidas pela legislação fiscal do país de origem do bem, serviço ou direito.

No caso de utilização de produto similar, para aferição do preço, o custo de produção deverá ser ajustado em função das diferenças entre o bem, serviço ou direito adquirido e o que estiver sendo utilizado como parâmetro.

Se a Administração tributária verificar que o preço de venda médio nas exportações efetuadas com pessoas vinculadas é inferior a 90% (noventa por cento) do preço médio praticado na venda dos mesmos bens, serviços ou direitos, no mercado brasileiro, durante o mesmo período e em condições de pagamento semelhantes, poderá arbitrar o valor das receitas de exportação com base nos métodos definidos em lei.

O *Método do Preço de Venda nas Exportações* (PVEEx) é “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” (art. 19, inciso I da Lei n. 9.430/96).

A receita de venda nas exportações poderá ser determinada com base no *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” (art. 19, inciso II, da Lei n. 9.430/96).

Nas exportações, poderá ser usado, também, o *Método do Preço de Venda a Varejo no País de Destino* (PVV) que é “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” (art. 19, inciso III, da Lei n. 9.430/96).

Por fim, pode ser usado, ainda, o *Método do Custo de Aquisição ou de Produção mais Tributos e Lucro* (CAP) que é “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” (art. 19, inciso IV, da Lei n. 9.430/96).

Tendo em vista que a Lei n. 9.430/96, quando disciplina a determinação dos preços-parâmetros, refere-se a bens, serviços e direitos idênticos ou similares, a Instrução Normativa n. 243/2002, em seu art. 28, visando disciplinar o conceito de similaridade, estabelece que “dois ou mais bens, em condições de uso na finalidade a que se destinam, serão considerados similares quando, simultaneamente, tiverem a mesma natureza e a mesma função; puderem substituir-se mutuamente, na função a que se destinem e tiverem especificações equivalentes”.

A legislação brasileira sobre preço de transferência reconhece a possibilidade de se praticar preços médios inferiores quando se trata de exportação para pessoa vinculada com objetivo de conquistar novos mercados. Entretanto, conforme se observa pela dicção do art. 30 da IN/SRF n. 243/2002 alguns requisitos devem ser observados, como, por exemplo, o fato de os bens, serviços ou direitos, objeto da exportação, não terem sido comercializados no país de destino, pela própria empresa exportadora ou por qualquer outra a ela vinculada, localizada em qualquer parte do mundo.

No Brasil, reconhece-se uma margem de divergência de 5% (para mais ou para menos) entre o preço-parâmetro e o praticado, constante dos documentos de importação ou exportação.

De acordo com o disposto no parágrafo 2º do art. 21 da Lei n. 9.430/96, admitir-se-ão margens de lucro diversas das adotadas na determinação dos métodos, desde que o contribuinte as comprove, com base em publicações, pesquisas ou relatórios, que houverem sido realizados com observância de métodos de avaliação internacionalmente adotados e se referirem a período contemporâneo ao de apuração da base de cálculo do imposto de renda da empresa brasileira.

Através, deste dispositivo pode-se comprovar que as normas relativas aos preços de transferência no Brasil não são presunções absolutas, admitindo, pois, a prova em contrário, a ser produzida pelo contribuinte.

Por derradeiro, deve-se mencionar que as regras de preços de transferência, por força do disposto no parágrafo 9º do art. 18 da Lei n. 9.430/96, não se aplicam aos casos de *royalties* e assistência técnica, científica, administrativa ou assemelhada, os quais permanecem subordinados às condições de dedutibilidade constantes da legislação vigente.

Nesses casos, configurando uma hipótese de transferência de tecnologia, incide o Imposto de Renda Retido na Fonte à alíquota de 15%, devendo ser observado se há acordo para evitar a dupla tributação entre o Brasil e o país destinatário das remessas.

De todo o exposto, pode-se concluir que a legislação sobre preços de transferência adotada pelo Brasil, em linhas gerais, está de acordo com as recomendações internacionais (OCDE) sobre a matéria.

No entendimento do Heleno Taveira Tôrres, os métodos utilizáveis são os que estão contidos na Lei n. 9.430/96, sem concessão para os contribuintes usarem um outro, e muito menos discricionariedade para as autoridades administrativas modificarem os que forem prescritos legalmente. Se há alguma liberdade, esta circunscreve-se aos métodos que a lei permite; mas, uma vez selecionado, fica o contri-

buinte obrigado a manter o método, por bem, serviço ou direito, durante todo o período de apuração do imposto.<sup>4</sup>

Todavia, a legislação brasileira merece censura no que tange à utilização de margens fixas para a determinação do preço-parâmetro, conforme se demonstrará posteriormente.

### 3. Das Margens Fixas Relativas ao Método do Preço de Revenda menos Lucro

A análise de qualquer questão relativa à determinação do preço correto de venda, a ser praticado entre empresas vinculadas, deve ter como ponto de partida o que determina o princípio *arm's lenght*.

O princípio *arm's lenght* tem como objetivo principal impedir que as pessoas sujeitas a um mesmo centro de poder decisional firam o princípio da livre concorrência de mercado, lesando os agentes envolvidos nesse processo, como também o Fisco. Para tanto, o princípio estabelece que os preços praticados entre as empresas do grupo devem ser os mesmos observáveis em uma transação idêntica ou similar, efetuada por empresas independentes.

Luís Eduardo Schoueri afirma que o princípio *arm's lenght* consiste, em síntese, em tratar os membros de um grupo multinacional como se eles atuassem como entidades separadas, não como partes inseparáveis de um negócio único. Devendo-se tratá-los como entidades separadas (*separate entity approach*), a atenção volta-se à natureza dos negócios celebrados entre os membros daquele grupo.<sup>5</sup>

De acordo com a lição de Ricardo Lobo Torres, o princípio *arm's lenght* foi recepcionado pela Lei n. 9.430/96, sendo um vero princípio jurídico, eis que apresenta todas as suas características essenciais: abertura, analogia, generalidade, abstração, vinculação a valores, múltiplas possibilidades de concretização e peso relativo para ponderação com outros princípios nos casos emergentes.<sup>6</sup>

Sendo assim, partindo do pressuposto de que o princípio foi adotado pelo Direito Tributário brasileiro, surge uma indagação: a fixação de margens fixas, pela Lei n. 9.430/96, com relação à determinação dos preços de transferência pelo Método do Preço de Revenda menos Lucro, não afrontaria o conteúdo do princípio *arm's lenght*?

Em nossa opinião, a resposta a essa pergunta é afirmativa, porque as margens em questão são aplicadas a todos os tipos de contribuintes, não interessando a atividade econômica por eles exercida, tampouco as razões de mercado.

É de conhecimento público e do próprio Fisco, que cada segmento econômico tem uma margem de lucro ou de valor agregado própria do setor. Tanto isso é verdade, que na determinação do lucro presumido, aplicam-se percentuais diversos a depender do tipo de atividade econômica exercida pelo contribuinte.

<sup>4</sup> TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário Internacional: Planejamento Tributário e Operações Transnacionais*, São Paulo: RT, 2001, p. 212.

<sup>5</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro*, São Paulo: Dialética, 1999, p. 26.

<sup>6</sup> TORRES, Ricardo Lobo. "O Princípio *Arm's Lenght*, os Preços de Transferência e a Teoria da Interpretação do Direito Tributário", *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 48, p. 135.

Ocorre que no caso da apuração do preço de transferência a margem arbitrada não varia de acordo com a atividade exercida pelo contribuinte, como também não é determinada pelo mercado, em condições de livre concorrência, o que fere o princípio do *arm's length*.

Poder-se-ia argumentar que a própria Lei n. 9.430/96, no parágrafo 2º do art. 21, admite a adoção de margens de lucro diversas das adotadas na determinação dos métodos, desde que o contribuinte as comprove, com base em publicações, pesquisas ou relatórios, que 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.

Todavia, é oportuno destacar que embora a Lei admita a utilização de margens diversas, esse não vem sendo o entendimento adotado pela Coordenação do Sistema de Tributação, que tem proferido decisões no sentido de que a opção por um dos métodos é imperativa, sendo essa uma questão de reserva legal.

A possibilidade de adoção de margens diversas é medida eficiente, sendo necessária em virtude da adoção do princípio *arm's length*, uma vez que deve prevalecer a livre concorrência.

Entretanto, o contribuinte somente terá interesse de usar essa regra quando ele praticar uma margem inferior à arbitrada pela Lei. Nessa hipótese, ele tem a possibilidade de demonstrar o valor real da operação, nas suas condições de mercado.

Todavia, quando o contribuinte pratica uma margem superior à presumida pela legislação tributária, mantém-se a margem presumida, ainda que ela não reflita um preço de mercado, determinado em condições de livre concorrência.

Esse fato restou evidenciado quando do julgamento do Recurso n. 101-137.537, pela Câmara Superior do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda.

Nesse caso específico, a autoridade fiscal entendia que o método correto a ser aplicado pelo contribuinte seria o PIC, porque a IN n. 38/97 não permitia a adoção do PRL quando a mercadoria fosse importada para utilização no processo produtivo, passando por alguma modificação em território nacional.

Ocorre que essa restrição não estava prevista na Lei n. 9.430/96, o que fez com que o contribuinte entendesse que a IN n. 38/97 era ilegal, uma vez que impunha restrição não prevista em Lei.

Diante desse contexto, a Câmara Superior adotou o entendimento de que o contribuinte tem ampla liberdade de opção entre uma das três alternativas possíveis, independentemente de o produto importado ser manuseado ou não pela pessoa jurídica importadora.

Consagrou-se o entendimento de que a liberdade de opção é um direito do contribuinte, legalmente assegurado pelo ordenamento jurídico (Lei n. 9.430/96), não podendo, portanto, mera Instrução Normativa cerceá-lo.

Preliminarmente, deve-se afirmar que a decisão do Conselho de Contribuintes está correta, dentro do prisma da hierarquia de fontes do Direito Tributário, onde uma norma complementar não pode dispor de forma contrária ao que estabelece a Lei.

Não obstante esse fato, a decisão merece reflexão, não pelo seu conteúdo objetivo, mas pelos efeitos concretos que a utilização de margens fixas pode ocasionar com relação à determinação dos preços de transferência.

Certo é que o contribuinte tem liberdade de escolha com relação à utilização do método. Ocorre que essa escolha não é tão ampla. O método eleito tem que ser adequado à determinação do preço de mercado.

Destaca-se que o preço correto do bem deveria ser o mesmo, não interessando o método, uma vez que esse é somente um instrumento para determinação de um preço praticado em condições de livre concorrência. A aplicação dos métodos deveria resultar em um preço ideal idêntico (com pequenas variações), tendo em vista que eles têm o objetivo único de determinar o preço de mercado.

No caso julgado, o resultado da utilização dos dois métodos foi completamente discrepante, gerando uma diferença substancial entre eles. Essa diferença demonstra que alguns métodos são mais apropriados para determinar o preço praticado por um tipo de atividade do que outros. Tal fato é reconhecido pela própria OCDE, de acordo com seus comentários.

Utilizar o método de revenda, quando não ocorre uma simples revenda, pode vir a ferir o princípio *arm's length*, tanto que a OCDE não recomenda o uso do PRL quando o vendedor agrega valor substancial ao produto utilizado como insumo.

Após essa problemática relativa à utilização do PRL, nos casos de aquisição de insumos, sem que a restrição estivesse prevista em Lei, o legislador adotou uma solução, que agravou ainda mais o problema, no nosso entendimento.

Como forma de resolver a questão, a Lei n. 9.959/2000 introduziu o item 1, à letra *d*, do inciso II, do art. 18, da Lei n. 9.430/96. Dessa forma, no caso do Método do Preço de Revenda menos Lucro, definido como a média aritmética dos preços de revenda dos bens ou direitos, diminuídos, da margem de lucro de 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.

Ora, o Método do Preço de Revenda menos Lucro não é aconselhado no caso de utilização do produto na produção. Nesse sentido, precisa a afirmação de Maria Teresa Barbot Veiga de Faria, ao esclarecer que o método do preço de revenda está especialmente vocacionado para os casos em que o vendedor, a um comprador independente, atua como revendedor e nessa qualidade confere a parte mais significativa de valor acrescentado ao seu produto. O método já não é o mais adequado, se, anteriormente à revenda, as mercadorias sofrerem uma nova transformação ou forem incorporadas num produto mais complexo, com conseqüente perda ou transformação da sua identidade. Por ser o caso de a incorporação no estágio de revenda de uma marca comercial ou de outro direito incorpóreo que venha alterar significativamente o valor do produto final (Cf. OCDE 1979, p. 58). Um desfaseamento temporal significativo entre compra e revenda pode também introduzir desvios que determinam a ineficácia deste método.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> FÁRIA, Maria Teresa Barbot Veiga de. "Sobre os Métodos de Determinação de Preços de Transferência. Ciência e Técnica Fiscal", *Boletim da Direção Geral dos Impostos* n. 400, Centro de Estudos Fiscais, out-dez/2000, Lisboa, p. 71.

Além de não demonstrar preocupação com a adaptação do método às condições de mercado, a legislação brasileira ainda adota margens fixas, que são presunções relativas, sem considerar os verdadeiros percentuais aplicados pelos contribuintes.

Diante desse contexto, importante observar as razões pelas quais foram adotadas regras de controle de preços. Luís Eduardo Schoueri as resume, afirmando que em primeiro lugar, se adota o entendimento de que as forças de oferta e demanda do mercado são o melhor meio para alocar recursos e premiar esforços, ademais o princípio *arm's length* oferece um tratamento igual a empresas pertencentes a grupos multinacionais e empresas independentes, de modo a evitar vantagens tributárias que decorreriam da concentração do poder econômico em enormes grupos multinacionais.<sup>8</sup>

Dessa forma, pode-se afirmar que a utilização das margens fixas, (20% ou 60% ou 15% ou 30%), conduz à determinação de um preço que pode vir a não refletir uma situação de transparência, determinada pelas regras do mercado.

A Circular do Ministério das Finanças n. 32/9/2267, de 22 de setembro de 1980, que disciplina a determinação dos preços de transferência na Itália, determina que do preço de revenda deva ser deduzida uma margem de lucro bruto, que poderá ser calculada considerando a margem de lucro obtida pelo adquirente/revendedor em vendas comparáveis com terceiros independentes de bens similares, precedentemente adquiridos por empresas independentes, ou considerando a margem de lucro obtida/aplicada por terceiros independentes mediante a revenda comparável de bens similares.

Não se observa, na legislação estrangeira, a utilização de margens de lucro fixas, tal como ocorre foi adotado pela legislação brasileira. As leis de outros países, seguindo as recomendações da OCDE, remetem as autoridades fiscais à determinação das margens praticadas por empresas independentes, em operações similares, em condições de livre concorrência.

As regras relativas à determinação dos preços de transferência devem ser compreendidas em uma relação de causalidade entre meio e fim, sendo que essa é a determinação do preço de mercado, e os meios utilizados para sua realização são os métodos.

Portanto, as seguintes indagações acerca dos métodos mostram-se pertinentes: os métodos permitem que seja apurado um preço de mercado? Com relação à utilização dos métodos sim, mas no que tange às margens fixas não. Tal afirmação justifica-se no fato de que as margens fixas não estão comprometidas com as regras de mercado, adotando percentuais fixos e uniformes para todos os setores da economia.

Mostra-se imprescindível submeter essa questão a um juízo de necessidade, que é obtido pela seguinte indagação: dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo a direitos fundamentais afetados? Os métodos de margens fixas não são adequados porque restringem direitos, tanto do Fisco quanto do contribuinte.

<sup>8</sup> *Op. cit.*, p. 26.

No que tange à proporcionalidade em sentido estrito: as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provadas pela adoção do meio? Considerando as margens fixas, no nosso entendimento, as desvantagens superam as vantagens, porque se perdem em relação à construção de um princípio da transparência que deve permear a relação entre Fisco e contribuinte.<sup>9</sup>

Por fim, deve-se ressaltar o entendimento de Luís Eduardo Schoueri no sentido de que há clara prevalência da aplicação do princípio *arm's length* em relação aos métodos. Estes não têm existência ontológica, não se justificando por si mesmos, senão na medida em que sirvam para a finalidade para a qual foram concebidos, qual seja, permitir a concretização do princípio.

#### 4. Conclusões

Partindo das indagações formuladas no início, pode-se afirmar que, em linhas gerais, a legislação brasileira relativa à determinação dos preços de transferência está em harmonia com as determinações internacionais, uma vez que foram adotadas regras relativas ao controle de preços praticados entre pessoas sujeitas a um mesmo poder de decisão, dentro das considerações formuladas pela OCDE.

O princípio *arm's length* foi adotado pelo Direito Tributário brasileiro, no que se refere à determinação do valor normal de uma operação, sendo considerado um verdadeiro princípio jurídico a determinar os requisitos a serem observados na determinação do preço correto a ser aplicado nas transações entre pessoas vinculadas. Ressalta-se que prevalece o entendimento de que o mesmo é um princípio de Direito Tributário interno adotado pela Lei n. 9.430/96.

No que tange às margens de lucro fixas, de 20% e 60%, introduzidas pelo art. 18 da Lei n. 9.430/96, com redação dada pela Lei n. 9.959/2000, com relação ao método do preço de revenda menos lucro (PRL), deve-se afirmar que a adoção dessa sistemática não se compatibiliza com o conteúdo do princípio *arm's length*, em virtude do fato de que as mesmas não variam de acordo com o tipo de atividade econômica desenvolvida.

Além disso, a adoção de margens fixas faz com que os preços praticados não sejam determinados considerando as regras de mercado. Nesse caso, o foco é o preço apurado pelo método. Isso faz com que persista a manipulação dos preços pelos agentes econômicos, não de forma livre, mas de forma a se enquadrar nos parâmetros estabelecidos pela legislação. Não sendo isso o que busca concretizar o princípio *arm's length*.

<sup>9</sup> Essas indagações relativas à aplicação do princípio da proporcionalidade foram efetivadas segundo a doutrina de Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*, 4ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2005.