

O Modelo Brasileiro do *Arm's Length* sob a Óptica da Teoria da Justiça

Carlos Otávio Ferreira de Almeida

Doutorando em Direito Econômico e Financeiro pela USP. Mestre em Direito Público pela UERJ.

Mestre em Direito Tributário pela University of Florida (Levin). Professor Universitário.

Resumo

O artigo propõe o *Tríptico da Justiça* como instrumento hábil a avaliar a concretização dos princípios constitucionais da igualdade, capacidade contributiva e segurança jurídica em matéria de preços de transferência. São analisados sucintamente os principais dispositivos da legislação brasileira, podendo-se concluir que sua conformação à vontade constitucional dá-se pela observância do *arm's length*, princípio intimamente ligado à ideia de Justiça. Em sentido oposto, o desvio do *arm's length* faz adentrar ao campo da arbitrariedade, capricho estranho ao Texto Maior.

Abstract

This article proposes the *Triptych of Justice* as an instrument capable to evaluate the substantiation of the constitutional principles of equality, ability to pay and juridical safety concerning transfer pricing. It analyses shortly the Brazilian legislation to conclude its consonance with the Constitution is a result of the *arm's length* application, since this principle is close to the idea of Justice. On the contrary, deviation from the *arm's length* conducts to the arbitrariness, which is far from the Constitutional spirit.

1. Noções Gerais sobre Preços de Transferência

Os preços de transferência, tema da mais absoluta importância na atualidade, mormente para governos e empresários de todo o mundo, revestem-se de um caráter multissetorial, expandindo-se para além das fronteiras do Direito Tributário para atingir outros segmentos do comércio internacional. Por estarem diretamente ligados à economia globalizada, preços de transferência adequados são essenciais para a composição da base de cálculo de tributos cobrados por cada um dos países envolvidos em determinada operação comercial. A importância do tema vem crescendo nos últimos anos, especialmente em virtude da vertiginosa expansão dos grupos de empresas multinacionais (MNE's - *Multinational Enterprise Groups*).¹ Tamaña expansão traz grande complexidade aos temas tributários, principalmente por quebrar a autogestão fiscal dos países, antes plenamente soberanos na condução de suas políticas tributárias.

¹ A Empresa Multinacional (MNE) é composta por um grupo de empresas associadas que possui estabelecimentos comerciais em dois ou mais países. Vide OCDE, Comitê sobre Assuntos Fiscais, *Diretrizes sobre Preço de Transferência para Multinacionais e Administrações Tributárias*, Glossário, 2001.

À medida que as MNE's concentram-se em aumentar sua participação em diversos mercados mundiais, o preço de transferência surge como hábil mecanismo para melhorar a performance de uma ou algumas de suas empresas associadas. Sob este ponto de vista, o preço de transferência não deve ser analisado, exclusivamente, como que objetivando a sonegação fiscal, mas como poderoso instrumento econômico, capaz de agregar valor a uma ou algumas das empresas associadas. A interdependência entre várias empresas, situadas em diversos países, habilita suas diretorias à tomada de decisões estratégicas, cujos efeitos podem impactar a economia de mais de uma nação, como ocorre, por exemplo, quando da diluição de custos por entre várias associadas que compõem a organização. Como resultado, torna-se muito complexa a aferição da renda e das despesas de uma empresa integrante de um grupo MNE, principalmente por causa da necessidade de se evitar tanto a dupla tributação, como a não tributação por parte de uma das jurisdições fiscais.

Além de sua natureza econômica, os preços de transferência podem ainda servir como ferramenta utilizada com o fim de promover a sonegação fiscal. Diversos países têm se empenhado em estabelecer normas eficazes contra este mau uso do mecanismo dos preços de transferência. É fato que as empresas multinacionais podem manipular preços de transferência em operações com suas filiais ou subsidiárias, de modo que o resultado de tais operações não corresponda àquele praticado pelo mercado aberto. Enquanto uma das empresas teria um lucro inferior ao que deveria ter, caso considerados os preços reais praticados entre empresas independentes, a outra teria seu lucro superavaliado. Nesta hipótese, certo que um grupo MNE disporia o menor dos lucros para a sua associada situada no país com maior carga tributária.²

As diretrizes sobre preços de transferência ditadas pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) definiram preços de transferência como *os preços pelos quais uma empresa transfere mercadorias e bens intangíveis ou fornece serviços para empresas associadas*.³

Empresas são tidas por *associadas*,⁴ quando uma delas participa direta ou indiretamente da administração, controle, ou capital da outra; ou quando ambas estão sob mesmo controle, o que significa que a(s) mesma(s) pessoa(s) participa(m) direta ou indiretamente da administração, controle, ou capital de ambas as empresas.

A seção 482 do *Internal Revenue Code (IRC)*, o código tributário dos EUA, permite que o *Internal Revenue Service (IRS)*⁵ proceda à alocação de receitas e deduções entre contribuintes *controlados* direta ou indiretamente pelo mesmo grupo,

² UTUMI, Ana Claudia Akie. "Precios de Transferencia: Principios de la OCDE y la Realidad de la Aplicación en Brasil". In: DEPALMA, Abaco de Rodolfo. *Impuestos sobre el Comercio Internacional*. Buenos Aires: 2003, pp. 715-716.

³ OCDE. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, ¶ 11, Prefácio, 2001. No original: "Transfer prices are the prices at which an enterprise transfers physical goods and intangible property or provides services to associated enterprises."

⁴ OCDE. *Model Convention with Respect to Taxes on Income and on Capital*, artigo 9(1), 2008.

⁵ Fisco federal norte-americano.

visando não somente evitar a evasão de receitas, mas também a determinar a renda de cada um daqueles contribuintes.⁶

O objetivo principal da seção 482 é verificar a verdadeira renda tributável de uma empresa *controlada*, comparando seus resultados ao de um contribuinte não controlado.⁷ Em outras palavras, duas empresas interdependentes podem fugir aos ditames da lei de oferta e procura, apresentando preços diferentes daqueles resultantes das operações entre empresas que obedecem às regras do mercado aberto, as ditas empresas independentes. Por esta razão, o cálculo autorizado pela seção 482 utiliza-se do princípio conhecido como “a um braço de distância”, ou *the arm’s length principle*,⁸ que é uma valoração baseada em operações comerciais realizadas por empresas independentes no mercado aberto. Se os resultados de uma transação controlada⁹ são consistentes com aqueles que seriam alcançados por empresas independentes na mesma transação, sob as mesmas circunstâncias, a condição para aplicação do *arm’s length* está satisfeita, e a autoridade fiscal não realizará qualquer ajuste nas receitas ou nas despesas dos contribuintes controlados.

2. A Aceitação Internacional do *Arm’s Length*

A Convenção Modelo da OCDE, em seu artigo 9 (1), dispõe sobre o *arm’s length* como descrito a seguir:

“Quando as condições praticadas, ou impostas, entre duas empresas associadas nas suas relações comerciais ou financeiras diferirem daquelas que seriam praticadas entre empresas independentes, então quaisquer lucros que seriam contabilizados a uma dessas empresas na inexistência de tais condições, mas que por razão destas mesmas condições, não foram contabilizados, poderão ser adicionados aos lucros dessa empresa para serem devidamente tributados.”¹⁰

O princípio *arm’s length* serve, portanto, como parâmetro internacional para a uniformização de questões ligadas aos preços de transferência. Por tal razão é adotado pelos países-membros da OCDE e por um número crescente de Estados não membros.¹¹

A importância do *arm’s length* pode ser demonstrada, por exemplo, analisando-se os 428 tratados tributários vigentes em 1995, os quais foram assinados entre somente membros da OCDE, entre não membros da OCDE e entre países membros da OCDE e países não membros da OCDE. O artigo 9 da Convenção Tributária Modelo da OCDE de 1963 pode ser encontrado íntegro, sem qualquer altera-

⁶ EUA, *Internal Revenue Code*, parágrafo 958(a)(1), (2). EUA, *Tax Regulations*. Parágrafo 1.482-1(i)(5).

⁷ EUA, *Tax Regulations*. Parágrafo 1.482-1(a)(1).

⁸ EUA, *Tax Regulations*. Parágrafo 1.482-1(b)(1).

⁹ EUA, *Tax Regulations*. Parágrafo 1.482-1(i)(8).

¹⁰ OCDE. *Model Convention with Respect to Taxes on Income and on Capital*, artigo 9(1), 2008. No original: “(When) conditions are made or imposed between (...) two (associated) 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 so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly.”

¹¹ OECD. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, ¶ 1.6, 2001.

ção, em 345 desses tratados, donde se depreende a extrema relevância de seu conteúdo no tocante aos preços de transferência.¹²

Dentre as muitas vantagens resultantes da adoção do princípio *arm's length*, pode-se elencar:

- ampla paridade no tratamento fiscal dispensado aos grupos MNE's e a empresas independentes, o que evita distorções em um cenário competitivo baseado no tipo de empresa;
- a eficácia demonstrada por sua aplicação na ampla maioria dos casos; e
- o estímulo ao desenvolvimento do comércio internacional e aos fluxos de investimento, afastando assuntos de natureza tributária de decisões econômicas.

Em contrapartida, a aplicação do *arm's length* poderá ser desvantajosa em algumas circunstâncias, dentre as quais:

- poderá haver extrema dificuldade em se obter um resultado *arm's length* ante a ausência de uma transação comparável ou idêntica. É o que ocorre, geralmente, quando grupos MNE têm produção integrada de bens altamente especializados, ou quando lidam com um bem intangível único; e
- a aplicação do *arm's length* pode trazer uma carga administrativa muito onerosa para os contribuintes e administrações fazendárias. Aqueles poderão ser compelidos a comprovar que seus resultados correspondem ao padrão *arm's length*; estas, por sua vez, sempre necessitarão de informações altamente confiáveis acerca de transações comparáveis ou idênticas ao tempo da transação controlada. Para tanto, pode ser necessário manusear um volume expressivo de documentos de ambas as partes envolvidas na transação ou, o que ainda seria mais difícil, obter tais informações de empresas envolvidas em transações comparáveis, ou mesmo de membros estrangeiros da empresa multinacional.¹³

O *arm's length* deve ser aplicado por meio da comparação entre a transação realizada por empresas interdependentes com outra nas mesmas circunstâncias, porém executada por empresas independentes, na medida em que as características economicamente relevantes sendo comparadas sejam suficientemente comparáveis. Fatores como riscos (mercado, pesquisas, financeiros etc.), cláusulas contratuais (quantidade, garantia etc.), funções desempenhadas pelas partes, assim como condições econômicas, devem ser similares nesses dois tipos de transações, quais sejam entre as empresas vinculadas e entre as independentes.¹⁴

A despeito das dificuldades, os países-membros da OCDE e um número crescente de não membros vêm adotando o *arm's length* como padrão incidente sobre preços de transferência entre empresas associadas. Sua aplicação, baseada em fa-

¹² BALZANI, Francesca. "El Concepto Transfer Pricing". In: DEPALMA, Abaco de Rodolfo. *Impuestos sobre el Comercio Internacional*. Buenos Aires: 2003, pp. 645-647.

¹³ AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do. "O Preço de Transferência e Critérios de Comparabilidade". In: SCHOUERI, Luís Eduardo; ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Tributos e Preços de Transferência*. V. 2. São Paulo: Dialética, 1999, p. 69.

¹⁴ OCDE. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, ¶ 1.15-1.35, 2001.

tos e circunstâncias, fornece o resultado mais próximo daquele produzido pelo mercado aberto, assegurando a adequação dos ingressos aos cofres públicos.

2.1. *Terá o Brasil positivado o arm's length?*

Uma vez que o Brasil não é membro da OCDE,¹⁵ não se encontra submetido à sua jurisdição. Neste sentido, houve por bem o legislador pátrio não dispor, expressamente, sobre a aplicação do princípio *arm's length* no teor dos artigos 18 a 24 da Lei 9.430/96, que trata dos preços de transferência. Inobstante a falta de previsão expressa, por ocasião da Exposição de Motivos da lei em comento, o Executivo afirmou que seu conteúdo encontrava-se de acordo com a sistemática das normas empregadas pelos países membros da OCDE.

Questão relevante que daí decorre é se tal ausência de previsão expressa franqueia a ilação da inaplicabilidade do *arm's length* no Brasil? Em outro giro, o fato de o Brasil não figurar na relação de membros da OCDE somado ao silêncio do legislador autoriza afirmar que o Brasil não adotou o *arm's length*? A esta resposta pretende-se chegar ao final deste trabalho.

3. O *Arm's Length* no Ordenamento Brasileiro

3.1. *Pessoas relacionadas, controladas ou vinculadas?*

No âmbito da legislação norte-americana, um contribuinte *controlado* é qualquer um entre dois ou mais contribuintes *controlados* direta ou indiretamente pela mesma participação, incluindo o contribuinte que detém ou controla os outros. Em outro turno, para efeito de ajustes, diz-se *contribuinte controlado* tanto para os que se encontram sob o mesmo controle, como para o detentor ou controlador.¹⁶ Prevalece, para o IRS, a teoria da *substância sobre a forma*, uma vez que prioriza a realidade da situação em detrimento de eventual controle formal legal.¹⁷ Logo, é possível dizer que dois ou mais contribuinte são *controlados* se as operações entre eles estão sujeitas aos ajustes legitimados pela seção 482 do *Internal Revenue Code*.

Para os EUA, um contribuinte independente é qualquer um, entre dois ou mais, que não seja controlado direta ou indiretamente pela mesma participação.¹⁸

Já para a OCDE, duas empresas são *associadas* se uma delas preenche os requisitos previstos no artigo 9, subparágrafos 1a) ou 1b) da Convenção Modelo, com relação à outra empresa.

A legislação brasileira preferiu, ao invés de controle ou associação de pessoas, *vinculação*, conceito, inclusive mais largo, capaz de abranger situações que não figuram como elementos integrantes dos conjuntos *controle e associação*.

¹⁵ Em 27 de agosto de 2007, a Receita Federal publicou portaria instituindo grupo de trabalho para avaliar o ingresso do Brasil como membro da OCDE. No dia imediato, o teor da Portaria foi alterado, passando o objetivo central do grupo a ser o de aproximação na cooperação com a OCDE com vistas a ingresso futuro (Portaria nº 214, de 28 de agosto de 2007). Fato é que, apesar da intensificação das relações entre o Brasil e aquela organização internacional, ainda não cabe falar em ingresso do País na OCDE.

¹⁶ EUA. *Tax Regulations*, parágrafo 1.482-1(i)5.

¹⁷ DOERNBERG, Richard. *International Taxation in a Nutshell*. Minnesota: West Group, 2001, p. 239.

¹⁸ BITTKER, Boris e LOKKEN, Lawrence. *Fundamentals of International Taxation*. Valhalla: WG&L RIA, 2003, pp. 79-24.

Assim, a disciplina dos preços de transferência aplica-se a operações realizadas por pessoas *vinculadas*, consoante o artigo 23 da Lei 9.430/96.¹⁹ Em resumo, “será considerada vinculada à pessoa jurídica domiciliada no Brasil”, a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que se revestir da condição de matriz ou filial; empresa ligada por laços societários ou administrativos;²⁰ associada na forma de consórcio ou condomínio; parente ou afim até o 3º grau ou cônjuge ou companheiro de sócio controlador ou diretores; e agentes e distribuidores.

O regime dos preços de transferência é extensivo, ainda, às operações realizadas por meio de interpоста pessoa;²¹ por importadores e encomendantes;²² e entre pessoas residentes ou domiciliadas no Brasil com qualquer outra, ainda que não vinculada, desde que residente ou domiciliada nos ditos *tax havens* ou paraísos fiscais.²³

Do magistério do Professor Schoueri extrai-se, como reflexo da maior amplitude do conceito de pessoa vinculada, com relação às associadas, a possibilidade de conflito entre a legislação doméstica e um DTT (*double tax treaty*), já que aquela poderá autorizar a execução de ajustes nos preços, enquanto este os desautorizaria, justamente por não vislumbrar a relação de associação entre as partes da operação.²⁴

3.2. Os métodos brasileiros: comparativos e presuntivos

Inspirada pelas diretrizes da OCDE, a Lei 9.430/96 previu tão-somente métodos transacionais tradicionais,²⁵ que funcionam de forma análoga aos métodos previstos por aquela organização internacional. Os métodos foram agrupados de acordo com operações de importação e exportação. Para as primeiras fixou-se um teto às deduções; para as derradeiras, um patamar às receitas.

Nas importações as deduções são limitadas pelo preço-parâmetro calculado por um dos seguintes métodos:²⁶

- *Preços Independentes Comparados (PIC)*: média aritmética dos preços de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, apurados no mercado brasilei-

¹⁹ O conceito de pessoa vinculada é estendido pelas explicações trazidas pela IN SRF 243/02, artigo 2º.

²⁰ A legislação do *transfer pricing* remete ao artigo 243 da Lei 6.404/76.

²¹ Tendo a lei silenciado sobre a definição de “interpоста pessoa”, recorre-se à IN 243/02, artigo 2º, parágrafo 5º.

²² Lei 11.281/06.

²³ Lei 9.430/96, artigo 24.

²⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2006, p. 52.

²⁵ A OCDE recomenda o uso de métodos de duas naturezas: transacionais tradicionais e de lucro transacionais. Entre esses, devem prevalecer os tradicionais, uma vez que garantem o modo mais direto de conferir, em dada situação específica, se as relações intragrupo satisfazem o *arm's length*. Todavia, os métodos de lucro devem ser priorizados quando a utilização dos métodos tradicionais tornar-se difícil por falta de informações confiáveis no tocante à comparabilidade. Os métodos de lucro transacionais - *profit split method* e o *net margin method* - não foram adotados pela legislação brasileira.

²⁶ O artigo 18 limita a dedução dos custos, despesas e encargos relacionados a bens, serviços e direitos, devidamente incluídos nos documentos de importação ou de aquisição, nas operações com pessoa vinculada, até um valor máximo que não exceda ao preço determinado por um dos métodos de importação.

ro ou de outros países, em operações de compra e venda, em condições de pagamento semelhantes;²⁷

- *Preço de Revenda menos Lucro (PRL)*: média aritmética dos preços de revenda dos bens, serviços ou direitos subtraídos os descontos incondicionais, tributos incidentes sobre as vendas, comissões e corretagens, e uma *margem de lucro pré-determinada de 60%* sobre o preço da revenda, no caso de valor agregado no País, ou de 20%, nas demais hipóteses;²⁸

- *Custo de Produção mais Lucro (CPL)*: custo médio de produção de idênticos ou similares bens, serviços ou direitos, no país onde foram originariamente produzidos, adicionado dos tributos relacionados à exportação e de uma *margem de 20%* sobre o custo apurado.²⁹

Quanto às exportações, somente haverá ajuste dos preços apresentados pelo contribuinte, se o preço médio de venda nas exportações for inferior a 90% do preço médio praticado na venda dos mesmos bens, serviços ou direitos, no mercado brasileiro, durante o mesmo período, sob condições semelhantes de pagamento.³⁰ Neste caso, o preço-parâmetro será calculado consoante um dos métodos a seguir:³¹

- *Preço de Venda nas Exportações (PVEx)*: média aritmética dos preços de venda na exportação de idênticos ou similares bens, serviços ou direitos;³²

- *Preço de Venda por Atacado no País de Destino, Diminuído do Lucro (PVA) e Preço de Venda a Varejo no País de Destino, Diminuído do Lucro (PVV)*: ambos são métodos baseados na média aritmética dos preços de venda de idênticos ou similares bens, no mercado atacadista ou varejista do país de destino, respectivamente, diminuídos dos tributos cobrados pelo referido país sobre tais preços e de uma *margem de lucro de 15%* sobre o preço do atacado (PVA) ou de 30% sobre o preço do varejo (PVV);³³

- *Custo de Aquisição ou de Produção mais Tributos e Lucro (CAP)*: média aritmética dos custos de aquisição ou produção de bens, serviços ou direito exportados acrescidos dos tributos nacionais e de *margem de lucro de 20%* sobre a soma dos custos e tributos.³⁴

Sob outra metodologia, podem-se classificar os métodos brasileiros entre *comparativos* e *presuntivos*. Os métodos comparativos não ensejam qualquer celeuma no que tange a regras vigentes no cenário internacional, mesmo por que não há dife-

²⁷ Lei 9.430/96, artigo 18, I.

²⁸ Lei 9.430/96, artigo 18, II.

²⁹ Lei 9.430/96, artigo 18, III.

³⁰ Os custos e preços médios, referidos nos artigos 18 e 19, devem ser calculados com base em relatórios oficiais publicados pelo governo do país comprador ou vendedor; ou em pesquisas de caráter técnico realizadas por instituições de renome. Todas essas publicações e pesquisas devem resultar da aplicação dos métodos internacionalmente adotados para se aferir preços de transferência. O preço de venda utilizado como parâmetro será líquido. Nas operações internas, descontos incondicionais e tributos (ICMS, ISS, PIS/Pasep e Cofins) deverão ser excluídos. Já nas exportações, o preço final será desconsiderado dos encargos de seguros e frete suportados pelo exportador.

³¹ Todos os métodos para aferição do preço de transferência nas exportações fazem uso de uma média aritmética calculada com base no período de apuração da base de cálculo do imposto de renda da empresa brasileira.

³² Lei 9.430/96, artigo 19, parágrafo 3º, I.

³³ Lei 9.430/96, artigo 19, parágrafo 3º, II e III.

³⁴ Lei 9.430/96, artigo 19, parágrafo 3º, IV.

rença conceitual entre os brasileiros PIC/PVEx e o método prioritariamente recomendado pela OCDE em havendo dados confiáveis de comparabilidade, o *CUP - Comparable Uncontrolled Method*.

A polêmica, entretanto, recai sobre os demais métodos, uma vez que não priorizam as forças do mercado aberto como critério comparativo, mas antes, predefinem porcentagens como resultado para a presunção de margens de lucro. O funcionamento de tais métodos, todavia, dá-se de forma similar aos previstos pela OCDE. Logo, os brasileiros PRL (importações), PVV e PVA (exportações) assemelham-se ao *Resale Price Method - RPM* recomendado pela OCDE. Do mesmo modo, os CPL (importações) e CAP (exportações) são análogos ao *Cost Plus Method - CPM* daquela organização internacional. A diferença, basicamente, reside nas margens ditas, de antemão, pela Lei 9.430/96.

3.3. Margens predeterminadas: presunção absoluta ou relativa?

Não fosse a previsão de alteração, trazida pelo artigo 20 da Lei 9.430/96, dos percentuais prefixados em *circunstâncias especiais*, pelo Ministro da Fazenda, e a legislação pátria teria, de fato, recusado a aplicação do *arm's length*.

Circunstâncias especiais, obrigatoriamente, devem ser as da análise comparativa, nos moldes do *arm's length*, o que, aliás, foi recentemente corroborado pela Portaria MF 222/08, ao prescrever que os pedidos de alteração devem caracterizar, “de forma representativa e consistente, a *margem efetivamente praticada em operações entre pessoas não vinculadas*”. Admitir o contrário seria mesmo convalidar o *arbítrio* da autoridade fazendária, o que, ademais, levaria a confronto com a Constituição Federal.

Em resumo, a *presunção* das margens de lucro é *relativa*, podendo ser quebrada, caso se comprove, junto ao Ministro da Fazenda que o preço levado a registro pelo contribuinte é aquele obtido no mercado aberto, em operação similar praticada por pessoas independentes.³⁵

3.4. A questão dos juros

O regramento dos juros, sob a égide do artigo 22 da Lei 9.430/96, dispõe, basicamente, que as regras de preços de transferência são inaplicáveis, caso o contrato de mútuo esteja registrado no Banco Central do Brasil. Neste caso, a taxa de juros registrada é tida por válida mesmo para contratos entre pessoas vinculadas.

Se a empresa brasileira é mutuária, terá por teto de dedução, a título de juros pagos à pessoa vinculada, a taxa *Libor*, para depósitos em dólares pelo prazo de seis meses, acrescida de 3% ao ano a título de *spread*, ajustável, contudo, ao período do contrato.

Caso a empresa brasileira seja mutuante, terá por patamar, a título de receita financeira, a taxa de juros *Libor*, para depósitos em dólares pelo prazo de seis meses, acrescida de 3% ao ano a título de *spread*, ajustável ao período do contrato.

A rigidez da regra, sem previsão de alteração dos juros tomados por dedução ou receita tributável, representa desvio do *arm's length*, posto que desprezados os

³⁵ Para verificar o procedimento para pedidos de alteração das margens predeterminadas ver Portaria MF 222/08.

fatos e circunstâncias de cada caso concreto. Assim, difícil sustentar a constitucionalidade do dispositivo em virtude da *arbitrariedade* do comando legal, que leva à inclusão como renda tributável de eventual diferença entre os juros efetivamente praticados e aqueles previstos na lei, ou seja, renda inexistente. No Texto Magno não se encontra previsão de tributar algo que não a renda.³⁶

3.5 A regra do Best Method e a regra do Método Mais Favorável

Consta da legislação dos EUA uma regra que prevê a aplicação de um determinado método, dentre outros tantos possíveis, para aferição de preços de transferência, que, ante os fatos e circunstâncias, produza o resultado mais confiável de acordo com o princípio *arm's length*. Esta regra é conhecida por regra do melhor método ou *best method rule*.³⁷

Os *Regulations* prescritos pelos EUA, assim como as sistemáticas da OCDE e brasileira, não estabelecem uma lista de prioridades dentre os vários métodos de cálculo de preços de transferência, sendo que a escolha de um não elide a aplicação de outros métodos na busca de um resultado *arm's length*. Assim, a subsequente aplicação de outro método precisa ser feita se este for o método apto a produzir uma medida mais confiável para um resultado *arm's length*. Ademais, se um método escolhido produz resultados inconsistentes, a regra do melhor método indica aquele resultado que foi alcançado pela mais confiável medida de um resultado *arm's length*.

O grau de comparabilidade entre a transação vinculada e as diversas comparáveis não vinculadas, além da qualidade dos dados e suposições usadas na análise, são fatores primordiais na aplicação da *best method rule*. Geralmente, em havendo disponibilidade de dados extraídos de transações comparáveis não vinculadas, o método PIC - Preços Independentes Comparados é o que produz os resultados mais confiáveis, por causa do alto grau de comparabilidade e sua menor suscetibilidade a diferenças em comparação com análises que se valem dos outros métodos.³⁸

Enquanto os EUA adotam a “regra do melhor método”, o Brasil admite a flexibilização da norma através de um dispositivo que poderia ser chamado de *regra do método mais favorável*.³⁹

Sob a *regra do método mais favorável*, os contribuintes brasileiros são autorizados a escolher ou o valor mais alto calculado por qualquer dos métodos aplicáveis às operações de importação; ou o mais reduzido, resultante da utilização de um dos métodos típicos das operações de exportação. Tal escolha, embora se pudesse louvar pelo estímulo às empresas, contraria as diretrizes da OCDE, cujo teor assevera que o preço de transferência deve ser aferido com base na *melhor estimativa do preço praticado em uma transação comparável independente*.

3.6. Safe harbours

O objetivo central da utilização das regras de *safe harbours* está em reduzir a carga de obrigações acessórias sobre os contribuintes, bem como poupar a Admi-

³⁶ SCHOUERI. *Op. cit.*, p. 216.

³⁷ EUA, *Tax Regulations*. Parágrafo 1.482-1(c).

³⁸ EUA, *Tax Regulations*. Parágrafo 1.482-1(c)(2)(i).

³⁹ Lei 9.430/96, artigo 18, parágrafo 4º e artigo 19, parágrafo 5º.

nistração Fazendária na utilização de recursos materiais e de pessoal. Os *safe harbours* são cláusulas que permitem aos contribuintes seguir um simples conjunto de regras, sob cuja proteção os preços de transferência tornam-se aceitos pelo Fisco automaticamente. Daí a ideia de porto seguro.

Os *safe harbours* são vistos com reservas pela OCDE, que inclusive recomenda que não sejam utilizados, já que podem se afastar do *arm's length*, provocando riscos de dupla tributação.⁴⁰

Não cabe no escopo deste trabalho uma análise mais pormenorizada dos portos seguros, entretanto, após apresentar o conceito, cumpre registrar que a própria Lei 9.430/96 trouxe dispositivos de *safe harbours* no tocante a exportações (preço médio das exportações maior ou igual a 90% do preço médio de venda dos mesmos bens, serviços ou direitos, no Brasil) e aos juros registrados no Banco Central, afastando, das hipóteses previstas, a possibilidade de ajustes nos preços registrados pelos contribuintes.

Outros exemplos de *safe harbours* na legislação brasileira são previstos pela IN 243/02,⁴¹ dentre os quais, à guisa de exemplo, destacam-se:

- a margem de tolerância de 5% para mais ou para menos, entre o preço-parâmetro, calculado por um dos métodos legalmente previstos, e o preço registrado pelo contribuinte em seus documentos de importação ou exportação;⁴² e
- a cláusula de *penetração de mercado*, que autoriza as exportações brasileiras, para pessoas vinculadas, em preço inferior a 90% do preço médio praticado no Brasil.⁴³

3.7. Paraísos Fiscais (Tax Havens)

As operações praticadas por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil com pessoa física ou jurídica, *ainda que não vinculada*, residente ou domiciliada em *países com tributação favorecida*, assim entendido o país que não tribute a renda ou que a tribute a alíquota máxima inferior a 20%, estão sujeitas às regras de preços de transferência, como prescreve o artigo 24 da Lei 9.430/96.

A contar de 2003,⁴⁴ o critério do sigilo foi inserido para a caracterização dos *países com tributação favorecida*, pelo artigo 4º da Lei 10.451/02. Posteriormente, por meio da Lei 11.727/08, este critério foi ampliado. Assim, as regras de preços de transferência alcançam, atualmente, “as operações entre residentes ou domiciliados no Brasil com qualquer pessoa física ou jurídica, *ainda que não vinculada*, residente ou domiciliada em *país ou dependência* cuja legislação interna *oponha sigilo* relativo à *composição societária de pessoas jurídicas ou à sua titularidade*”⁴⁵ ou a “identificação do beneficiário efetivo de rendimentos atribuídos a não residentes”.⁴⁶

⁴⁰ OCDE. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, ¶4.95, 2001.

⁴¹ A IN 243/02 traz, ainda, em seus artigos 35 e 36, outros dispositivos *safe harbours*.

⁴² IN SRF 243/02, artigo 38.

⁴³ IN SRF 243/02, artigo 30.

⁴⁴ Schoueri explica que o dispositivo deve obediência ao princípio da anterioridade, uma vez que ensejará aumento do ônus tributário não previsto na lei anterior (*Op. cit.*, p. 64).

⁴⁵ Lei 10.451/02, artigo 4º.

⁴⁶ Lei 11.727/08, artigo 24, parágrafo 4º.

A Lei 11.727/08 introduziu ainda o artigo 24-A na Lei 9.430/96, distendendo o alcance das regras de *transfer pricing* para abranger operações realizadas em regime fiscal privilegiado, “nas transações entre pessoas físicas ou jurídicas residentes e domiciliadas no País com qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada, residente ou domiciliada no exterior”⁴⁷ (grifo nosso).

Para a legislação brasileira, *paraísos fiscais* ou *tax havens*, portanto, incluem os países ou dependências de baixa ou nenhuma tributação, os que opõem sigilo dos sócios ou beneficiários dos rendimentos, e ainda jurisdições em que se identifique a presença de regime fiscal privilegiado. Neste ponto, há uma desvirtuação do conceito de *transfer pricing*, já que este se aplica às operações entre pessoas interdependentes, justamente convertendo reais de grupo em reais de mercado, valendo-se da comparação com operações entre pessoas independentes. Em tese, o conceito não é aplicável a operações entre não vinculadas como afirma a legislação brasileira.

4. O Tríplice da Justiça em Matéria de Ajuste de Preços: Igualdade, Capacidade Contributiva e Segurança Jurídica⁴⁸

4.1. Igualdade

Gravado no artigo 3º, I, da Constituição Federal, encontra-se o objetivo fundamental do Estado Brasileiro de “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. É, destarte, a própria República Federativa do Brasil, por intermédio de seu Texto Máximo, quem se autodenomina Estado Social de Direito.

Tipke, no arquetipo de seus Fundamentos de Justiça Fiscal, explica que a criação de um direito justo por parte de Estados de Direito não se trata de mera faculdade, mas de obrigação do Estado. Em matéria tributária não pode ser diferente, cabendo ao Estado de Direito o desenvolvimento de um Direito Tributário justo. Daí que de simples silogismo aristotélico, pode-se concluir que a justiça do Direito Tributário é obrigação do Estado Brasileiro.

E como se aferir a justiça? Como reconhecê-la em nosso Direito?

Inobstante o alto grau de abstração do conceito de justiça, Tipke ensina que o Direito justo deve nortear-se por princípios.⁴⁹ Os princípios ocupam lugar de destaque na hierarquia das normas de direito positivo, mas não se resumem apenas a comandos prescritivos. Destacam-se, igualmente, na escala hierárquica dos valores jurídicos, especialmente em virtude de sua alta carga axiológica, capazes de

⁴⁷ Lei 9.430/96, artigo 24-A. Parágrafo único. “Para os efeitos deste artigo, considera-se regime fiscal privilegiado aquele que apresentar uma ou mais das seguintes características: I - não tribute a renda ou a tribute à alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento); II - conceda vantagem de natureza fiscal a pessoa física ou jurídica não residente a) sem exigência de realização de atividade econômica substantiva no país ou dependência; b) condicionada ao não exercício de atividade econômica substantiva no país ou dependência; III - não tribute, ou o faça em alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento), os rendimentos auferidos fora de seu território; IV - não permita o acesso a informações relativas à composição societária, titularidade de bens ou direitos ou às operações econômicas realizadas.”

⁴⁸ O tríplice é palavra de origem grega (*tríptykos*), que designa quadro ou painel de três composições, duas das quais dobráveis sobre a do meio.

⁴⁹ TIPKE, Klaus e YAMASHITA, Douglas. *Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 19.

influenciar outras cadeias normativas, garantindo harmonia e uniformidade a todo o sistema.⁵⁰ Assim é que se pode vislumbrar uma escala de princípios e sobreprincípios, configurando-se, estes últimos, como tradutores dos valores da mais alta ideologia constitucional.⁵¹

A uniformidade assegurada pelos princípios afasta a *arbitrariedade*. Não há falar em casos iguais com tratamento distinto, do contrário estaria proclamada a injustiça.⁵² Esta unidade de tratamento traduz-se por igualdade, o mais básico e importante dos princípios jurídicos, no dizer de Roberto Ferraz.⁵³ Para o professor paranaense, a máxima “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”, a despeito da aura de unanimidade que goza na doutrina brasileira,⁵⁴ significaria apenas “que seria igualitário tratar diferentemente as pessoas de acordo com suas diferenças”.⁵⁵ É o que Tipke denomina por “justiça formal”, a qual é insuficiente para garantir o tratamento justo, posto que ao tratamento isonômico deva somar-se o critério ou princípio justo. Em outro giro, a justiça material, igualmente orientada por princípios, é que garante a discriminação justificada por outro princípio, no mínimo, equivalente hierarquicamente.⁵⁶

Neste sentido, ressalta a relevância dada por nosso constituinte ao Princípio da Igualdade ao gravá-lo, não apenas de forma genérica no artigo 5º, mas, por repeti-lo no seio das limitações ao poder de tributar, no artigo 150, II, onde reconheceu o tratamento isonômico àqueles que estejam em situação equivalente (e não idêntica). A medida da equivalência exige *critérios de comparação*, os quais devem respeitar a unidade de determinado sistema informado por *coerência*.⁵⁷

E qual seria o critério de justiça apto a justificar o *discrímen* em matéria tributária?

4.2. Capacidade contributiva

Não parece haver dúvida que a capacidade contributiva surge como primeiro parâmetro de comparação do princípio da igualdade,⁵⁸ consagrado constitucionalmente como critério para incidência de tributos.⁵⁹

⁵⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. São Paulo: Noeses, 2008, pp. 261-262.

⁵¹ Paulo de Barros Carvalho chega a discorrer sobre os sobreprincípios da igualdade, da segurança jurídica e da liberdade dentre outros (*Op. cit.*, p. 263).

⁵² RABENHORST, Eduardo R. “Justiça”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006, pp. 493-495. Segundo o autor, há três elementos intrínsecos à noção de justiça: alteridade, igualdade e exigibilidade do débito. A justiça somente pode ocorrer no âmbito de uma relação intersubjetiva, pois pressupõe um elo que vincula um sujeito a outro (alteridade); um elemento de simetria distributivo ou retributivo (igualdade); e a exigibilidade com relação aquilo que é devido (*debitum*).

⁵³ FERRAZ, Roberto. “Igualdade na Tributação - qual o Critério que Legitima Discriminações em Matéria Fiscal? In: FERRAZ, Roberto (org.). *Princípios e Limites da Tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 449 - 523.

⁵⁴ FERRAZ, Roberto. *Op. cit.*, p. 451.

⁵⁵ FERRAZ, Roberto. *Op. cit.*, p. 452.

⁵⁶ TIPKE, Klaus e YAMASHITA, Douglas. *Op. cit.*, p. 20

⁵⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Op. cit.*, pp. 12-13.

⁵⁸ SCHOUERI. *Op. cit.*, p. 14.

⁵⁹ FERRAZ. *Op. cit.*, p. 464.

A capacidade contributiva, ou *ability to pay*, reflete o que Holmes chama de igualdade horizontal, a qual, no âmbito da tributação da renda, é alcançada quando duas pessoas que auferem as mesmas *rendas* (independente de suas espécies) contribuem com o mesmo valor de imposto. Em suma, pessoas em circunstâncias semelhantes devem receber o mesmo tratamento.⁶⁰ É, portanto, a capacidade contributiva, insculpida no artigo 145, parágrafo 1º do Texto Maior, que carrega a carga de valor e de coerência necessárias à comparação de que a igualdade se utiliza para configurar-se como um dos mais fortes pilares do Estado de Direito.⁶¹

4.3. Segurança jurídica

As limitações ao poder de tributar compreendem imunidades, vedações de desigualdade (privilégios odiosos e discriminações fiscais) e princípios, irradiados por todo o capítulo constitucional⁶² dedicado a tais limitações, em que se corporifica a ideia de segurança jurídica.⁶³

O sobreprincípio da segurança jurídica⁶⁴ é viga-mestra do Estado de Direito, conferindo “certeza e garantia de direitos”.⁶⁵ Daí a afirmação de Tipke no sentido de que “o objetivo do Estado de direito em seu aspecto formal é, antes de tudo, garantir segurança jurídica aos cidadãos”.⁶⁶ Embora previsto, em nosso ordenamento, no *caput* do artigo 5º do Texto Magno, a amplitude de seu alcance, bem como sua concretização dá-se por meio de outros princípios específicos.

Assim, no âmbito da relação Fisco-contribuinte, à segurança jurídica cabe garantir “o desempenho da atividade jurídico-tributária pelo Estado-administração”,⁶⁷ vedando, por exemplo, a arrecadação de tributos sem base legal, a retroatividade da lei tributária ou mesmo a tributação com base na aplicação analógica.⁶⁸

No que toca à igualdade, ela influencia de tal forma a segurança, que lhe serve de medida. A segurança se irradia por todo o texto dedicado às limitações ao

⁶⁰ HOLMES, Kevin. *The Concept of Income - a Multidisciplinary Analysis*. Amsterdam: IBFD, 2001, p. 19. No original: “In an income tax context, horizontal equity is achieved when two people who derive the same incomes (in whatever form) are each levied the same amount of tax.” O autor fala ainda de igualdade vertical, ligada mais de perto à progressividade, pois que cuida do tratamento isonômico entre faixas de renda distintas.

⁶¹ A definição de renda e proventos de qualquer natureza encontra-se disposta no Código Tributário Nacional, artigo 43: “O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da *disponibilidade* econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

(...)

§ 2º Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo.”

⁶² CF/88, Título VI, Capítulo I, Seção II.

⁶³ TORRES, Ricardo Lobo. “A Segurança Jurídica e as Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. In: FERRAZ, Roberto (coord.). *Princípios e Limites da Tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 429-445.

⁶⁴ CARVALHO. *Op. cit.*, p. 263.

⁶⁵ TORRES. *Op. cit.*, p. 430.

⁶⁶ TIPKE. *Op. cit.*, p. 16.

⁶⁷ CARVALHO. *Op. cit.*, p. 264.

⁶⁸ TIPKE. *Op. cit.*, p. 16.

poder de tributar na Constituição Federal, já que não se concebe desigualdade em cenário sob a égide dos princípios ali elencados - anterioridade, irretroatividade, legalidade etc. Daí a afirmação de que *todos os homens têm direito à igual segurança jurídica*.⁶⁹

Quanto à relação segurança e justiça, Tipke ressalta a importância da segurança da regra, ou seja, não deve haver insegurança ante a arbitrariedade da falta de regras. Mas, pode-se vislumbrar segurança quando há a regra, mas esta carrega conteúdo injusto?

Evidente que não, pois que a justiça é o objetivo a ser perseguido, o que se explica pela insuficiência da segurança formalmente ofertada pelo ordenamento jurídico. Para a plena concretização da segurança, forçoso é que, materialmente, os valores ou critérios escolhidos pela regra, sejam carregados de justiça. Nesta esteira,

“o próprio princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, da CF/1988) exige igualdade de eficácia de ambos os princípios. Daí resulta que o princípio da segurança jurídica limita a eficácia do princípio da capacidade contributiva, proibindo a tributação de valores ou valorizações não realizadas para efeitos de tributação do imposto de renda, tendo em vista a excessiva insegurança dos valores econômicos envolvidos.”⁷⁰

Pelo exposto, justifica-se a metáfora no título do tópico, já que a ideia de justiça poderia bem resultar da análise individual de cada quadro - o da igualdade, o da capacidade contributiva (em matéria de imposto de renda), e o da segurança jurídica - para juntá-los todos ao fim, projetando a ideia completa da obra-prima, a qual bem se poderia batizar *in casu* “Justiça em ajustes de preços de transferência”, ainda que outras obras sobre os atributos de *Têmis*⁷¹ possam ser produzidas nos mais diversos assuntos.

4.4. O modelo brasileiro de preços de transferência em face do *tríptico*

O fato de o Brasil não ter positivado, expressamente, o princípio *arm's length* não afasta sua aplicação. De fato, nas operações intragrupo há um conjunto de variáveis que não as forças do mercado aberto, capazes de influenciar a atribuição dos lucros por entre suas unidades integrantes. Daí a função imediata do *arm's length*, e mediata da Lei 9.430/96, ser a conversão dos ditos reais de grupo em reais de mercado, ou seja, explicitar em uma realidade passível de *comparação* - reais de mercado -, aquilo que se encontrava em outra unidade de referência - reais de grupo.⁷²

A comparação é fundamental no tema *transfer pricing*, pois é ela quem concretiza a *capacidade contributiva*, em ambiente informado pelo princípio da *igualdade*, ambos positivados pela Constituição Federal, por sua vez, concretizando a *segurança jurídica* capaz de evitar distorções e assegurar a busca pela justiça em matéria tributária. Sob este prisma, torna-se bem menos árido sustentar a constitucionalidade da legislação brasileira sobre preços de transferência.

⁶⁹ TORRES. *Op. cit.*, p. 436.

⁷⁰ TIPKE, Klaus e YAMASHITA, Douglas. *Op. cit.*, p. 84.

⁷¹ *Têmis*, em grego, seria a justiça completa (a justiça civil seria *dikhai*), provável razão pela qual a mitologia atribuiu à filha de Urano e Géia, o título de Deusa da Justiça.

⁷² SCHOUERI. *Op. cit.*, p. 15.

Neste sentido, a lição de Paulo de Barros Carvalho:⁷³

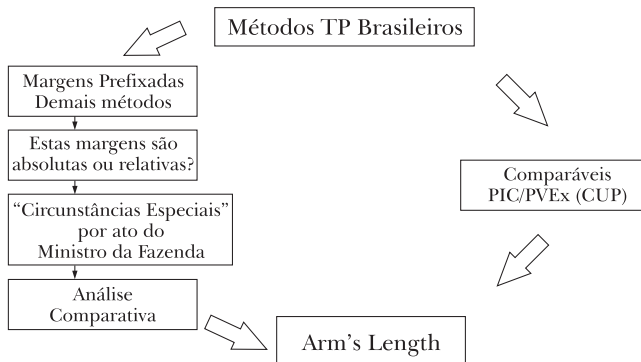
“Entre as grandes diretrizes que formam o estrato axiológico das normas tributárias no Brasil, algumas se apresentam como conteúdos de enunciados expressos, enquanto *outras se encontram na implicitude dos textos do direito posto*. Todas, porém, com a mesma força vinculante. A circunstância de figurarem no texto, ou no contexto, não modifica o teor de prescritividade da estimativa, que funciona como vetor valorativo que penetra as demais regras do sistema, impregnando-lhes, fortemente, a dimensão semântica. Por isso mesmo são colocadas no altiplano da Constituição. De lá, precisamente onde começam todos os processos de positividade das normas jurídicas, descem aqueles primados para os vários escalões da ordem legislativa, até atingir as regras terminais do sistema, timbrando os preceitos que ferem diretamente as condutas em interferência intersubjetiva, com a força axiológica dos mandamentos constitucionalmente consagrados.”

Do altiplano da Constituição descendem os primados de igualdade, cujo critério comparativo é a capacidade contributiva, e da segurança, não atingindo as relações intersubjetivas sem perpassar pelo implícito princípio *arm's length*, já que este é quem garante a constitucionalidade dos ajustes previstos pela legislação brasileira.

“Como princípio jurídico, o *arm's length* está intimamente ligado ao valor de justiça e à obediência ao princípio da capacidade contributiva ao buscar o ‘preço justo’, ‘normal’, ou ‘de concorrência’ para a transferência de bens e serviços.”⁷⁴

Neste mesmo sentido, ajustes promovidos pela autoridade fiscal nos cálculos apresentados pelo contribuinte devem corrigi-los para que correspondam à referência do mercado, ou, em outro dizer, ao preço *arm's length*. Qualquer ajuste diferente deste ensejará a violação de dispositivo constitucional, mormente pela regra materialmente *injusta* que serviria de base à ação fiscal. Sim, pois a regra boa seria a da *igualdade*, com fulcro nos critérios de comparação, a lume pela capacidade contributiva.

Conclui-se, portanto, que o *arm's length* consta do ordenamento brasileiro, podendo ser alcançado por duas veredas distintas, como se representa abaixo:



⁷³ CARVALHO. *Op. cit.*, pp. 263-264.

⁷⁴ PERES, Eliana Lamarca Simões. *O Preço de Transferência e a Harmonização Tributária no Mercosul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

5. Conclusão

A proposta do tríptico da Justiça deve ser encarada não como formulação direta para aferir constitucionalidade dos diversos dispositivos legais tributários, mas como hábil estrutura em que se encontra a ideia de justiça baseada em igualdade, capacidade contributiva e segurança. Assim, regras ou práticas que não se encontrem em um de seus painéis configuram indício de arbitrariedade.

As *circunstâncias especiais*, que facultam a autoridade fazendária a desviar das margens predeterminadas pelos métodos não comparativos, não podem fugir da análise comparativa. Qualquer outro resultado que não o da comparação com a realidade do mercado, da conversão de unidades de referência intragrupo (reais de grupo) para unidades de referência reais (reais de mercado), ou seja, do *arm's length*, enseja conflito com a igualdade e a segurança jurídica em virtude do arbítrio. Por conseguinte, à legislação brasileira sobre *transfer pricing* somente resta exigir o cálculo do preço *arm's length*, sob pena de violar o Texto Maior.

Os dispositivos sobre *juros*, em matéria de *transfer pricing*, não se podem enquadrar em qualquer dos painéis do tríptico. Seja por ferir a igualdade e a capacidade contributiva ao permitir a tributação de algo que não a renda ou vedar a dedução de algo que se tenha pagado a título de juros (em tese) dedutíveis; seja pela quebra da segurança jurídica ao sustentar o arbítrio na determinação dos juros independente das variáveis reais do contrato de mútuo. Conclui-se, destarte, pela inconstitucionalidade da norma.

Os dispositivos *safe harbours* também se afastam do *arm's length*. A despeito das justificativas de sua introdução na legislação, servindo ao interesse da Administração e dos contribuintes, não se pode tê-los por constitucionais, em face de sua *arbitrariedade*. Afinal, o preço *arm's length* não pode equivaler a ele próprio mais 5% ou menos 5%. Aliás, por que 5% de tolerância e não 7,43%? Ou se está *at arm's length*, ou não. Este mesmo raciocínio justifica a inconstitucionalidade da regra do método mais favorável, já que a renda tributável deve comportar a receita efetivamente apurada na operação intragrupo, quando comparada às regras de mercado. Aqui cabe recordar que os métodos não existem ontologicamente, mas para concretizar o princípio *arm's length*, o qual não se sujeita à maior dedução ou à menor receita oferecida à tributação.

Por fim, no que tange aos *paraísos fiscais*, não se pode asseverar tratar-se de regra conforme ao Texto Supremo aquela que dispõe sobre a presunção *jures et de jure* de que as operações realizadas entre residentes e domiciliados no Brasil com qualquer pessoa domiciliada ou residente em paraíso fiscal sejam operações controladas. Para moldar-se ao teor constitucional, deveria a Lei 9.430/96 trazer dispositivo facultando ao contribuinte comprovar que a operação não fora realizada com pessoa vinculada, residente ou domiciliada em *tax haven*.