

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

FELIPE CERRUTTI BALSIMELLI

PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA E MARGENS DE LUCRO ALTERNATIVAS

SÃO PAULO

2016

FELIPE CERRUTTI BALSIMELLI

PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA E MARGENS DE LUCRO ALTERNATIVAS

Dissertação apresentada à Escola de Direito Tributário da Fundação Getulio Vargas, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Campo de conhecimento:

Direito Tributário

Orientador: Prof. Dr. Roberto Quiroga Mosquera

SÃO PAULO – SP

2016

Balsimelli, Felipe Cerrutti.

Preços de transferência e margens de lucro alternativas / Felipe Cerrutti Balsimelli.
- 2016.

152 fls.

Orientador: Roberto Quiroga Mosquera

Dissertação (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas.

1. Preço de transferência. 2. Lucros. 3. Direito tributário - Brasil. 4. Brasil - Relações exteriores. 5. Contratos. I. Mosquera, Roberto Quiroga. II. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. III. Título.

CDU 34::336.2(81)

FELIPE CERRUTTI BALSIMELLI

PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA E MARGENS DE LUCRO ALTERNATIVAS

Dissertação apresentada à Escola de Direito Tributário da Fundação Getulio Vargas, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Campo de conhecimento:

Direito Tributário

Data de aprovação:

__/__/__

Banca examinadora:

Prof. Dr. Roberto Quiroga Mosquera (Orientador)

Prof^a. Dr^a. Susy Gomes Hoffman

Prof. Dr. João Dácio Rolim

Prof. Dr. Luiz Felipe Centeno

INDICE

1. INTRODUÇÃO	9
1.1. Noções gerais sobre preços de transferência	9
1.2. O objeto do presente estudo: A importância das margens de lucro alternativas em preços de transferência	11
1.3. A estrutura proposta para o estudo do tema	14
2. O PRINCÍPIO <i>ARM'S LENGTH</i>	15
2.1. Contexto macroeconômico	15
2.2. O surgimento do princípio <i>arm's length</i>	16
2.3. <i>Arm's length</i> no Brasil: Abordagem dos Tratados e da legislação ordinária	18
2.4. Dificuldade prática do <i>arm's length</i> no modelo brasileiro	19
2.5. O <i>arm's length</i> sob a perspectiva dos princípios constitucionais brasileiros	21
2.5.1. Princípios como critérios de interpretação da norma jurídica – O <i>arm's length</i> como princípio brasileiro	21
2.5.2. Estrita legalidade	22
2.5.3. Vinculação do ato administrativo	25
2.5.4. Isonomia (igualdade)	26
2.5.5. Capacidade contributiva	30
3. AS REGRAS BRASILEIRAS DE PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA	31
3.1. Aspectos objetivos e alcance do texto legal	31
3.1.1. Alcance das regras de preços de transferência	31
3.1.2. As operações objeto das regras de preços de transferência	35
3.1.3. Preços de transferência e DDL	36
3.2. Aspectos subjetivos das regras de preços de transferência	39
3.2.1. Pessoas vinculadas	40
3.2.1.1. Vinculação de matriz, filial e sucursal	42
3.2.1.2. Vinculação de controladora, controlada ou coligada	43
3.2.1.3. Vinculação por controle comum	44
3.2.1.4. Vinculação por controle cruzado	45
3.2.1.5. Vinculação por parentesco	46
3.2.1.6. Vinculação por exclusividade	47
3.2.2. Importações por interposta pessoa, por conta e ordem e por encomenda	48

3.2.3. Paraísos fiscais	50
3.3. Os métodos previstos para ajustes de preços de transferência	52
3.3.1. Preços de transferência em operações financeiras	53
3.3.2. Preços de transferência em operações comerciais	57
3.3.2.1. Operações comerciais passivas e ativas com <i>commodities</i> : Métodos PCI e PECEX	58
3.3.2.2. Métodos aplicáveis a importações em geral	60
3.3.2.2.1. Método PIC	60
3.3.2.2.2. Método CPL	63
3.3.2.2.3. Método PRL	66
3.3.2.3. Métodos aplicáveis a exportações em geral	80
3.3.2.3.1. Método PVEx	83
3.3.2.3.2. Método CAP	84
3.3.2.3.3. Métodos PVA e PVV	87
4. MARGENS ALTERNATIVAS EM PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA	92
4.1. Notas introdutórias	92
4.2. Margens alternativas na legislação brasileira: natureza jurídica, similaridades e distinções em relação aos APAs e MAPs do modelo OCDE	95
4.3. Tendências globais e reflexos no Brasil: alinhamento da legislação brasileira com os planos de ação do BEPS	101
4.4. O outro lado da moeda: a necessidade de aprimoramento do modelo de margens fixas na legislação brasileira	104
4.5. Hipóteses em que o ajuste das margens fixas é abusivo: o exemplo claro do PRL	107
4.6. Aplicação prática de margens alternativas em preços de transferência	111
4.6.1. A legislação	111
4.6.2. A regulamentação da matéria no Brasil	113
4.6.3. Os sujeitos do pleito no APA brasileiro	113
4.6.4. Os requisitos e condições do pleito no APA brasileiro	117
4.6.5. O pleito de margens: efeitos e natureza jurídica	121
4.6.6. O pleito de margens: procedimento específico do APA brasileiro	124
4.6.7. A comprovação da margem alternativa	127
5. CONCLUSÕES	141
6. BIBLIOGRAFIA	149

RESUMO

O presente estudo examina as regras brasileiras de preços de transferência, no que diz respeito à possibilidade de utilização de acordos de preços antecipados (APAs). Os APAs brasileiros têm fundamento na própria legislação brasileira: Lei nº 9.430/1996, Instrução Normativa nº 1.312/2012, Portaria nº 222/2008 e outros normativos brasileiros aplicáveis. O estudo apresenta os APAs como instrumentos viáveis para se alcançar o princípio *arm's length* e para afastar distorções causadas pelos métodos de margens fixas: PRL, CPL, CAP, PVA e PVV, em que pese sua praticabilidade. Embora não expressamente previsto pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), nem pela legislação interna brasileira de preços de transferência (inspirada no modelo OCDE), o princípio *arm's length* é apresentado como um “princípio brasileiro”. Para tanto, o princípio *arm's length* brasileiro é examinado no contexto dos princípios brasileiros expressamente indicados na CF/88: em especial os princípios de isonomia, capacidade contributiva, legalidade e vinculação do ato administrativo. De acordo com o princípio *arm's length*, segundo o qual as operações entre partes relacionadas devem ser equiparadas a operações entre partes independentes, as regras brasileiras de preços de transferência são normas constitucionais, desde que a utilização de margens alternativas sejam aplicáveis sob uma perspectiva legal e prática. O estudo conclui que os APAs brasileiros são instrumentos legais e práticos aptos a evitar disputas administrativas e judiciais, bem como para viabilizar ajustes de preços de transferência em condições *arm's length*. O estudo examina ainda a natureza dos APAs brasileiros (de consulta formal) e apresenta um guia prático para sua aplicação, além de uma crítica à legislação sobre o tema.

Palavras-chave: preços de transferência, margens alternativas, acordos antecipados de preços, APA, *arm's length*, consulta formal.

ABSTRACT

The present study analyzes the Brazilian transfer pricing rules, regarding the possible use of advanced price agreements (APAs). The Brazilian APAs has grounds on the proper Brazilian legislation: Law No. 9430/1996, Normative Ruling No. 1312/2012, Ordinance No. 222/2008 and other applicable Brazilian rules. This study presents the APAs as viable instruments to achieve the arm's length principle and to avoid the distortions caused by the Brazilian fixed margin methods: PRL, CPL, CAP, PVA and PVV, in spite of its practicability. Although not expressly set forth in the Brazilian Federal Constitution of 1988 (FC/88), nor in the domestic Brazilian transfer pricing legislation (which was inspired in the OECD model), the arm's length principle is presented as a proper "Brazilian principle". In this sense, the Brazilian arm's length principle is presented within the context of other effective Brazilian tax principles expressly provided in the FC/88: mainly the constitutional principles of equality, contributive capacity, legality and mandatorily administrative act. According to the arm's length principle, based on which transactions between related parties should equalized to the ones carried out by independent parties, the Brazilian transfer pricing rules are defended as constitutional rules, provided the alternative margins are feasible from a legal and practical perspective. This study concludes that the Brazilian APAs are legal and practical instruments to avoid administrative and judicial disputes, as well as to achieve the transfer pricing adjustments at real arm's length conditions. It also exams the nature of Brazilian APAs (formal consultations) and provides a practice guidance for its application, as well as a critic overview of the applicable legislation.

Keywords: transfer pricing, alternative margins, advanced price agreements, APA, arm's length, formal consultation.

1. INTRODUÇÃO

1.1. Noções gerais sobre preços de transferência

As regras brasileiras de preços de transferência foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro há duas décadas e, até hoje, sua aplicação resulta em dificuldades práticas e disputas entre fisco e contribuintes¹.

As regras de preços de transferência têm a finalidade de equiparar valores de operações praticadas entre empresas consideradas vinculadas², com bens, direitos, serviços e empréstimos, com os valores que seriam praticados em operações entre partes sem vinculação (em condições normais de mercado).

Com isso, as regras de preços de transferência visam coibir a transferência indevida de resultados tributáveis de Brasil para o exterior, o que seria decorrência de condições negociais mais favoráveis praticadas entre partes vinculadas. Para atingir esse fim, o texto legal estabelece métodos para o cálculo do chamado preço parâmetro, importados do modelo OCDE.

Nas operações de importação por sociedades brasileiras junto a partes vinculadas, os valores que excedem o preço parâmetro são considerados como indedutíveis da base de cálculo do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (“IRPJ”) e da Contribuição sobre o Lucro Líquido (“CSL”).

Para obtenção do preço parâmetro, os métodos aplicáveis à importação são o PIC, CPL, PRL e PCI (cujas particularidades serão examinadas em detalhes ao longo deste estudo)³.

¹ As regras brasileiras de preços de transferência foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro pelos artigos 18 a 24 da Lei nº 9.430/1996.

² O artigo 23 da Lei nº 9.430/1996 traz o rol de pessoas vinculadas, para fins de aplicação das regras de preços de transferência. Considerando o escopo da legislação, esta considera ainda operações entre partes brasileiras e partes localizadas em “paraísos fiscais” como sujeitas à aplicação das regras de preços de transferência.

³ Respectivamente, Método dos Preços Independentes Comparados (“PIC”), Método do Custo de Produção mais Lucro (“CPL”), Método do Preço de Revenda menos Lucro (“PRL”) e Método do Preço sob Cotação na Importação (“PCI”).

Nas operações de exportação, os valores inferiores ao preço parâmetro são incluídos na base de cálculo do IRPJ e da CSL. Nesses casos, sempre que comprovado que o valor das exportações for inferior a 90% do preço médio praticado no mercado nacional, os ajustes de preços de transferência serão aplicados com base em algum dos seguintes métodos: PVEx, PVA, PVV, CAP e PECEX (cujas particularidades serão examinadas em detalhes ao longo deste estudo)⁴.

Luis Eduardo Schoueri observa que, na prática empresarial, desde a edição das regras brasileiras (introduzidas pela Lei nº 9.430/1996), verificou-se grande quantidade de empresas mobilizando exércitos de profissionais para tratarem da fixação e disciplina dos preços de transferência entre empresas ligadas⁵.

Isso porque a rigidez da regras de preços de transferência, em muitos casos, conduz a ajustes e a autuações vultuosas, mesmo sem que haja efetiva transferência indevida de lucros do Brasil para o exterior. Disso sempre resultou a necessidade de avaliar possíveis políticas para afastar a aplicação dos métodos de margens fixas (em especial o PRL e o CAP) e viabilizar a aplicação de métodos que refletem reais condições de mercado (em especial o PIC e o PVEx).

Com efeito, as regras de preços de transferência sempre se mostraram eficientes para coibir a transferência de divisas tributáveis do Brasil para o exterior, que seriam facilitadas em operações comerciais internacionais entre sociedades de um mesmo grupo econômico. Todavia, sempre foram alvo de críticas por não disporem de mecanismos para alcançar, de forma efetiva, os parâmetros de mercado (padrão *arm's length*), ou para evitar a bitributação⁶.

Na prática empresarial, se verifica grande dificuldade prática para aplicação dos métodos PIC e PVEx, os quais permitem a parametrização dos preços de transferência com preços de mercado na importação e exportação, respectivamente. Ao lado dos métodos PCI e PECEX (de aplicação mais restrita, aplicados apenas a operações com *commodities*), são os

⁴ Respectivamente, Método do Preço de Venda nas Exportações (“PVEx”), Método do Preço de Venda no Atacado no País de Destino, Diminuído do Lucro (“PVA”), Método do Preço de Venda no Varejo no País de Destino, Diminuído do Lucro (“PVV”), Método do Custo de Aquisição ou de Produção mais Tributos e Lucro (“CAP”) e Método do Preço sob Cotação na Exportação (“PECEX”).

⁵ SCHOUERI, Luis Eduardo. “Preços de transferência do direito tributário brasileiro”. 3ª edição. São Paulo. Dialética, 2013. P. 9.

⁶ GREGÓRIO, Ricardo Marozzi. “Preços de transferência – Arm’s length e praticabilidade”. Vol. 5. Quartier Latin. São Paulo, 2011, p. 65.

únicos métodos previstos pela legislação brasileira que estão realmente sintonizados com o princípio *arm's length*.

Isso porque o PIC e o PVEx adotam como parâmetro os valores praticados em operações entre partes independentes, com bens e direitos idênticos ou similares. O PCI e o PECEX, por seu turno, tomam por base cotações oficiais de mercado. Em vista das dificuldades práticas da aplicação dos métodos PIC e PVEx (já que podem não haver operações em condições similares praticadas entre partes independentes), o legislador dispôs também sobre métodos baseados em margens fixas.

Embora permitam a aplicação prática dos ajustes de preços de transferência, as margens fixas tendem a distanciar o preço parâmetro do que seria uma condição normal de mercado (condição *arm's length*). É o que se verifica nos casos de aplicação dos métodos PRL e CPL, aplicáveis a operações de importação; e dos métodos PVA, PVV e CAP, aplicáveis a exportações. Tais métodos, em regra, adicionam ou reduzem um percentual (margem fixa) dos valores de custo ou revenda, no Brasil ou no exterior, para fins de determinação do preço parâmetro.

Os percentuais indicados pela legislação brasileira para aplicação desses métodos de margens fixas, por serem genéricos e não considerarem a realidade do mercado em que estão inseridos os contribuintes, acabam gerando uma série de distorções, dentre as quais destacamos (como meros exemplos): (i) o desestímulo da contratação de importação/exportação de bens, serviços, direitos e de empréstimos, por sociedades brasileiras, com partes vinculadas no exterior; (ii) autuações milionárias atualmente discutidas pelos contribuintes (ainda concentradas na esfera administrativa, mas que serão continuadas na esfera judicial); (iii) fechamento de empresas brasileiras pela perda de competitividade; (iv) retirada do capital estrangeiro do país; dentre outros.

1.2. O objeto do presente estudo: A importância das margens de lucro alternativas em preços de transferência

Em vista do cenário brevemente descrito acima, o presente estudo se propõe a examinar instrumentos viáveis, sob a perspectiva jurídica e prática, para a aplicação de margens alternativas em preços de transferência.

Se por um lado as margens fixas geram distorções, por outro facilitam o controle das operações sujeitas às regras de preços de transferência no Brasil. Isto é, embora não sejam mecanismos propriamente aptos a equiparar operações entre partes vinculadas a operações entre partes independentes, os métodos de margens fixas são mecanismos importantes para coibir a transferência indevida de recursos tributáveis do Brasil para o exterior.

A praticabilidade dos métodos de margens fixas, portanto, deve ser examinada como contraponto à necessidade da regra brasileira de preços de transferência observar ao princípio *arm's length*, preconizado pelo modelo OCDE.

Embora não encontre previsão expressa na Constituição Federal brasileira, ou no Código Tributário Nacional (“CTN”), o princípio *arm's length* decorre da conjugação de todos os princípios e garantias fundamentais dos contribuintes brasileiros, como será abordado em capítulo específico deste estudo (capítulo II).

Em casos de impossibilidade de aplicação dos métodos *arm's length* (PIC e PVEx), os contribuintes brasileiros que transacionam com partes vinculadas se veem obrigados a ajustar os preços praticados pelos métodos de margens fixas.

Quanto incompatíveis com a realidade de mercado, as margens fixas ocasionam a tributação de valores que não constituem renda, impondo ao contribuinte brasileiro, sujeito a regras de preços de transferência, tratamento tributário mais gravoso do que o suportado pelo contribuinte que transaciona com partes independentes.

É nesse ponto que residem as principais críticas ao modelo brasileiro. E uma possível solução reside na possibilidade de utilização de margens alternativas, quando da aplicação dos métodos CPL, PRL, CAP, PVA e PVV.

A legislação brasileira prevê expressamente que o Ministro da Fazenda em situações justificadas, pode alterar as margens fixas praticadas nos aludidos métodos (artigo 20 da Lei nº 9.430/1996). As diretrizes para alteração de margens são atualmente identificadas na Portaria nº 222/2008 e na Instrução Normativa (IN) nº 1.312/2012.

Tais normativos, de forma geral, trazem ao ordenamento jurídico brasileiro os chamados Acordos de Preços Antecipados (*Advance Pricing Arrangements* – “APAs”), em sua modalidade unilateral (restrita a contribuintes brasileiros e fisco brasileiro) e com finalidade específica (alteração das margens fixas dos métodos expressamente indicados na Lei nº 9.430/1996).

O APA brasileiro (como será abordado em detalhes no capítulo IV deste estudo), se distingue do previsto pelo modelo OCDE, genericamente previsto nos Tratados Internacionais para Evitar a Dupla Tributação (“Tratados”). O APA do modelo OCDE se apresenta em diferentes modalidades: unilaterais (como o brasileiro), bilaterais ou multilaterais (entre contribuintes e autoridades fiscais de dois ou mais países, também conhecidos como *Mutual Agreement Proceedings* – “MAPs”)⁷.

Além disso, os APAs do modelo OCDE não objetivam apenas permitir a utilização de margens alternativas para métodos predeterminados. Pelo contrário, preveem a aproximação de contribuintes e fiscos de diferentes jurisdições para, através de ações conjuntas, alcancem medidas efetivas para alcançar o padrão *arm’s length* e afastar a bitributação.

Considerando que os Tratados firmados pelo Brasil não dispõem de mecanismos eficazes para eliminar a dupla tributação em matéria de preços de transferência (como será abordado em detalhes no capítulo II), a utilização dos APAs na forma prescrita pela legislação brasileira, ainda que limitada, se mostra preferível sob a perspectiva prática.

Este estudo não tem a pretensão de esgotar a matéria e apresentar um mecanismo definitivo que permita afastar a bitributação resultante da aplicação da regra brasileira de preços de transferência em casos práticos (como preconiza o modelo OCDE, de forma genérica). Em verdade, o que se busca é apresentar os mecanismos existentes na própria legislação brasileira para substituição de margens fixas, bem como sua aplicabilidade prática (estendendo o alcance dos dispositivos aplicáveis, através de sua interpretação analítica e teleológica, que deve se sobrepor à interpretação restritiva decorrente de sua literalidade).

⁷ Sobre o tema: SILVA, Mauro. “A utilização do acordo de preços antecipado (APA) no regime de controle de preços de transferência”. Revista Dialética de Direito Tributário (RDDT) nº 137. Fevereiro de 2007, p. 91 ss.

Com a edição da Lei nº 12.715/2012, as principais discussões em torno do PRL foram superadas. Em um futuro próximo, serão menos frequentes as discussões sobre a legalidade de dispositivos infralegais que trazem metodologias inovadoras em relação ao texto da Lei nº 9.430/1996 (como ainda ocorre, por exemplo, em relação à IN nº 243/2002, no que diz respeito ao PRL 60, detalhadamente abordada no capítulo 3 deste estudo).

Os futuros estudos e discussões estarão centrados, provavelmente, na aplicação dos métodos *arm's length* (PIC e PVEx). Contudo, serão inúmeros os casos de contribuintes que não disporão de base comparativa para a sua aplicação. Consequentemente, para que a metodologia de margens fixas não inviabilize a sua operação no Brasil, serão necessários estudos para utilização de margens alternativas para os métodos de margens fixas (em especial o PRL e o CAP).

A análise da viabilidade jurídica e prática da utilização de margens alternativas constitui o cerne do presente estudo. O tema se mostra desafiador, na medida em que ainda são raros os casos práticos em que sociedades brasileiras se propuseram a comprovar a regularidade de preços de transferência com margens alternativas, pela implementação de APAs. A jurisprudência e a doutrina sobre o tema são igualmente escassas e serão abordadas e citadas, sempre que aplicáveis.

1.3. A estrutura proposta para o estudo do tema

Este capítulo primeiro aborda as noções preliminares sobre preços de transferência no modelo brasileiro e a problemática das margens fixas. Aborda ainda a existência de instrumentos legais para a utilização de margens alternativas (conforme itens 1.1 e 1.2 acima).

O capítulo segundo aborda o princípio *arm's length* e a necessidade da regra brasileira de preços de transferência aproximar operações entre partes vinculadas às praticadas em condições normais de mercado. Examina a relação do princípio *arm's length* com os princípios constitucionais brasileiros (garantias fundamentais dos contribuintes), notadamente os de legalidade, vinculação do ato administrativo, isonomia (igualdade) e capacidade contributiva. A ideia é demonstrar que a metodologia de margens fixas, se inflexível na prática, resultaria na inconstitucionalidade das regras brasileiras de preços de transferência.

O capítulo terceiro aborda a legislação de preços de transferência no Brasil, considerando-se: (i) os sujeitos das regras brasileiras de preços de transferência (“aspectos subjetivos da norma”, com abordagem sobre o conceito e alcance do termo “pessoas vinculadas”); (ii) os aspectos gerais de sua aplicação (“aspectos objetivos da norma”); e (iii) o detalhamento de cada um dos métodos existentes no ordenamento legal brasileiro. O capítulo examina as principais controvérsias entre fisco e contribuintes em matéria de preços de transferência, bem como as distorções causadas pela aplicação dos métodos de margens fixas.

O capítulo quarto trata das regras que dão suporte propriamente à utilização de margens alternativas, bem como à implementação dos APAs no modelo brasileiro (e suas principais diferenças em relação ao modelo OCDE), como forma de sanar as distorções causadas pelas margens fixas. São examinados os dispositivos específicos da Lei nº 9.430/1996, da Portaria nº 222/2008, da IN nº 1.312/2012, dos Tratados e dos *guidelines* da OCDE sobre a matéria. São abordados os aspectos relacionados à sua natureza jurídica (de consulta formal), os procedimentos práticos para sua implementação (momento, forma, documentação necessária e pontos de atenção), bem como os óbices que podem ser encontrados pelos contribuintes.

O capítulo quinto traz as conclusões do estudo, fazendo uma síntese objetiva dos aspectos favoráveis e contrários à utilização de margens alternativas, através dos APAs previstos no ordenamento legal brasileiro.

2. O PRINCÍPIO *ARM'S LENGTH*

2.1. Contexto macroeconômico

No contexto de crescente globalização econômica das últimas décadas, surgiram grandes grupos econômicos e as sociedades passaram a atuar em nível internacional, sendo comum a figura das multinacionais.

Se por um lado a globalização é positiva por tornar mais eficientes e dinâmicas as relações empresariais, reduzindo custos e preços em escala global; o lado negativo é a manipulação de preços para a transferência de lucros tributáveis para países com tributação favorecida.

Ricardo Marozzi Gregório⁸ observa que tal transferência, que pode ser voluntária ou involuntária, tem a possibilidade de provocar uma grande distorção na alocação dos tributos incidentes sobre os lucros. Por isso, os Estados nacionais têm grande preocupação em conter a manipulação dos preços pagos a título de remuneração dos fatores de produção no interior dos grupos multinacionais.

Da preocupação mencionada pelo autor resultaram intensos debates e diversos estudos, com o objetivo de criar mecanismos para evitar a manipulação do assim chamado preço de transferência. O ponto de partida comum a tudo que se discute sobre preços de transferência é o princípio *arm's length*.

2.2. O surgimento do princípio *arm's length*

Embora se tenha notícia de estudos e legislações que façam referência à temática de preços de transferência desde o início do século XX, o tema ganhou destaque em 1995, com a publicação das diretrizes (*guidelines*) da OCDE.

As *guidelines* decorrem de uma revisão dos relatórios da OCDE intitulados *Transfer Pricing and Multinational Enterprises*, publicados em 1979 e 1984, e trazem como premissa central o princípio *arm's length*.

Arm's length é expressão inglesa que, traduzida para o português, significa a “distância de um braço”. Traduz a ideia de paridade que deve ser observada nas relações entre partes não independentes, para que suas condições aproximem, o máximo possível, das verificadas em operações entre partes independentes (condições normais de mercado).

O princípio *arm's length* tem suas diretrizes gerais firmadas pelo artigo 9º, §1º, da Convenção Modelo da OCDE (modelo OCDE):

1. Quando: a) uma empresa de um Estado contratante participar, direta ou indiretamente, na direção, no controle ou no capital de uma empresa do outro Estado contratante; ou b) as mesmas pessoas participarem direta ou indiretamente, na direção, no controle ou no capital de uma empresa de um Estado contratante e de

⁸ GREGORIO, Ricardo Marozzi. Op. cit. 6, p. 24.

uma empresa do outro Estado contratante, e em ambos os casos, as duas empresas, nas suas relações comerciais ou financeiras, estiverem ligadas por condições aceitas ou impostas que difiram das que seriam estabelecidas entre empresas independentes, os lucros que, se não existissem essas condições, teriam sido obtidos por uma das empresas, mas não foram por causa dessas condições, podem ser incluídos nos lucros dessa empresa e, conseqüentemente, tributados. (Tradução livre do original)

As regras de preços de transferência tomam como base um parâmetro (traduzido pelo artigo 9º Convenção Modelo da OCDE como as “condições estabelecidas entre partes independentes”), para então determinar os ajustes tributáveis com base nas diferenças apuradas. A busca por tais condições caracteriza a base do princípio *arm’s length*.

Se os ajustes tributários forem excessivos, de modo que um Estado tribute lucros que, em condições normais de mercado, seriam tributados no outro Estado, essas condições devem ser ajustadas, evitando assim a bitributação⁹. Para tanto, a Convenção Modelo faz referência expressa à possibilidade de comunicação, se necessário, entre as autoridades fiscais dos diferentes Estados envolvidos (em seu § 2¹⁰).

Assim, a Convenção Modelo da OCDE busca um modelo de equilíbrio tributário, através da aplicação de ajustes de preços de transferência, para afastar a bitributação. Observa Alberto Xavier que “*precisamente para afastar esse resultado [bitributação], o parágrafo 2º do art. 9º do Modelo OCDE impõe ao outro Estado a obrigação de efetuar os ajustes adequados, devendo, se necessário, consultar as autoridades competentes do outro Estado*”¹¹.

⁹ O fenômeno da “bitributação” resulta em dupla incidência do imposto, no Brasil e no exterior, em decorrência de uma mesma operação. Exemplificativamente, no âmbito das regras de preços de transferência, a limitação à dedutibilidade do custo de importação para a sociedade brasileira, associado à sua tributação total no exterior pelo exportador estrangeiro, resulta em distorção pela bitributação. O mesmo se verifica em operações de exportação do Brasil para o exterior, quando a legislação brasileira de preços de transferência exige um valor mínimo tributável superior à dedutibilidade dos custos de exportação no exterior.

¹⁰ 2. Quando um Estado contratante incluir nos lucros de uma empresa deste Estado - e tributar nessa conformidade - os lucros pelos quais uma empresa do outro Estado contratante foi tributada neste outro Estado, e os lucros incluídos deste modo constituírem lucros que teriam sido obtidos pela empresa do primeiro Estado, se as condições impostas entre as duas empresas tivessem sido as condições que teriam sido estabelecidas entre empresas independentes, o outro Estado procederá ao ajustamento adequado do montante do imposto aí cobrado sobre os lucros referidos. Na determinação deste ajustamento, serão tomadas em consideração as outras disposições da Convenção e as autoridades competentes dos Estados contratantes consultar-se-ão, se necessário. (Tradução livre do original)

¹¹ Xavier, Alberto. “Direito tributário internacional do Brasil”. Forense. Rio de Janeiro, 2010, p. 330.

Contudo, há notável diferença na abordagem dos Tratados firmados pelo Brasil em comparação ao Modelo OCDE, no que diz respeito a preços de transferência. Ambos tomam por base o princípio *arm's length*, mas o modelo brasileiro (reproduzido nos Tratados) não aborda os mecanismos práticos para solucionar a problemática da bitributação.

2.3. *Arm's length* no Brasil: Abordagem dos Tratados e da legislação ordinária

Nos Tratados firmados pelo Brasil é feita referência apenas parcial ao artigo 9º da Convenção Modelo da OCDE. O modelo brasileiro reproduz o § 1º do artigo 9º (que aborda o princípio *arm's length*) e suprime o § 2º (que trata da sistemática da bitributação e mecanismos de ajustes mútuos)¹².

As regras brasileiras de preços de transferência, inseridas nos artigos 18 a 24 da Lei nº 9.430/1996, tiveram clara inspiração no modelo OCDE. Todavia, sua exposição de motivos indica que o objetivo principal da norma seria evitar a “prática lesiva” ou a “manipulação de preços”¹³.

Andou mal o legislador, pois ainda que a legislação tenha sido editada com esse intuito, tal fato não deveria ser usado como prejulgamento de que todas as operações realizadas entre partes relacionadas estariam relacionadas a fraudes ou à evasão fiscal¹⁴.

O modelo OCDE exige expressamente a observância de mecanismos para evitar a bitributação. Isto é, em âmbito internacional, o modelo OCDE revela clara preocupação: (i) em coibir planejamentos tributários abusivos, decorrentes de manobras de preços praticados entre partes vinculadas (que podem resultar em transferência de divisas tributáveis e sua concentração em jurisdições com tratamento tributário favorecido); e (ii) com a criação de

¹² A não inclusão do § 2º ao artigo 9º resultou na denúncia do Tratado Brasil-Alemanha, pela Alemanha. Isso porque o modelo claramente beneficia os interesses do Fisco brasileiro, colocando em segundo plano os mecanismos de equilíbrio e de combate a bitributação que beneficiariam mutuamente contribuintes brasileiros e alemães e evitariam distorções tributárias.

¹³ Exposição de Motivos da Lei nº 9.430/1996 (item 12): “As normas contidas nos arts. 18 e 24 representam significativo avanço na legislação nacional face ao ingente processo de globalização, experimentado pelas economias contemporâneas. No caso específico, em conformidade com as regras adotadas nos países integrantes da OCDE, são propostas normas que possibilitam o controle dos denominados ‘Preços de transferência’, de forma a evitar a prática, lesiva aos interesses nacionais de transferência de resultados para o exterior, mediante a manipulação dos preços pactuados nas importações ou exportações de bens, serviços ou direitos, em operações com pessoas vinculadas, residentes ou domiciliadas no exterior”.

¹⁴ Nesse sentido: GALHARDO, Luciana Rosanova. Rateio de despesas no direito tributário. São Paulo. Quartier Latin, 2004. P. 66.

mecanismos para evitar as distorções decorrentes da aplicação das regras de preços de transferência, em especial a bitributação.

No modelo brasileiro, as regras práticas refletem apenas parcialmente o modelo OCDE. O modelo brasileiro visa, em primeiro lugar, coibir a transferência de lucros tributáveis do Brasil para o exterior. Os demais objetivos do modelo OCDE (evitar bitributação e criar mecanismos para efetiva parametrização ao *arm's length*) não são abordados de forma privilegiada pela legislação brasileira. São consequências secundárias possíveis (não obrigatórias), que raramente se verificam na prática.

2.4. Dificuldade prática do *arm's length* no modelo brasileiro

Pela amplitude das operações sujeitas ao controle de preços de transferência, é possível que inexistam parâmetros concretos de mercado para as comparações que servirão de base para ajustes tributáveis. Para esses casos, seriam inaplicáveis os métodos PIC, PVEx, PCI e PECEX (únicos que, de fato, parametrizam as operações entre partes relacionadas às praticadas entre partes independentes).

Jonathan Vita observa que o princípio *arm's length* possui um limite teórico (“ponto cego”), sendo necessária a criação, pelo legislador, de mecanismos incompatíveis com as condições reais de mercado para alocar corretamente a carga tributária para cada uma das empresas vinculadas¹⁵. Esses mecanismos são os “modelos não *arm's length*”, ou métodos de margens fixas, que permitem alocar, com facilidade, uma margem tributável no Brasil em operações entre partes vinculadas.

Embora os métodos de margens fixas sejam importantes sob a perspectiva da “praticabilidade”, deve-se ter em mente que sua aplicação não considera a realidade de mercado. Consequentemente, alguns contribuintes podem se beneficiar e outros podem ser excessivamente prejudicados pela sua utilização¹⁶.

¹⁵ VITA, Jonathan Barros. Preços de transferência. São Paulo. Fiscosoft. Revista dos Tribunais, 2014. Pp. 109-110. Nas palavras do autor: “O sistema econômico não consegue (re)produzir todas as operações possíveis para construção de um parâmetro (como no caso da impossibilidade de construção de derivativos para cobrir emissão de opções) e, neste caso, o *arm's length* atinge seu limite teórico, devendo ser suplantado com uma aplicação mais contingente de como alocar os riscos assumidos entre partes dependentes que não possuam paralelo entre partes independentes”.

¹⁶ Sobre o exame comparativo dos princípios *arm's length* e de praticabilidade em matéria de preços de

Exemplificando: uma sociedade que industrializa autopeças e outra que industrializa medicamentos podem enfrentar a mesma dificuldade para encontrar parâmetros concretos de comparação no mercado (o que inviabilizaria a utilização dos métodos PIC e PEVEx), restando-lhes a aplicação do mais benéfico¹⁷ entre os métodos de margens fixas (métodos PRL, CPL, PVA, PVV ou CAP).

Neste exemplo hipotético, se a margem de lucro praticada pelo setor farmacêutico for muito maior do que a verificada no setor de autopeças, a utilização de qualquer dos métodos de margens fixas vai gerar um tratamento tributário distinto a contribuintes sujeitos à aplicação de uma mesma norma.

Portanto, a depender das margens que são normalmente praticadas no mercado de cada segmento, a aplicação das margens fixas dos métodos da Lei nº 9.430/1996 pode resultar em ajustes muito maiores do que seria razoável em uma condição normal de mercado, desdobrando os limites de sua capacidade contributiva. Por outro lado, se a margem fixa for menor do que a margem normal de mercado, a legislação brasileira acaba criando margem para planejamentos tributários internacionais.

A partir dessas considerações preliminares, se verifica a importância da utilização de margens alternativas para ajustes de preços de transferência. Entendimento contrário colocaria em dúvida a constitucionalidade da legislação sobre o tema, sob a perspectiva dos princípios e garantias fundamentais que norteiam a sua aplicação¹⁸.

transferência, fazemos referência à excelente obra de Ricardo Marozzi Gregório: “Preços de transferência – Arm’s length e praticabilidade”. Op. Cit. 6.

¹⁷ A legislação brasileira de preços de transferência prestigia a aplicação do método mais benéfico ao contribuinte para determinação dos ajustes tributáveis (artigos 18, §§ 4º e 5º e 19, § 5º, da Lei nº 9.430/1996). As razões dessa determinação serão abordadas em detalhe ao longo deste estudo.

¹⁸ Sobre a inconstitucionalidade das regras brasileiras de preços de transferência, fazemos referência à interessante e recente obra de Vivian de Freitas e Rodrigues de Oliveira – “Preço de transferência como norma de ajuste do imposto sobre a renda” (Editora Noeses. São Paulo, 2015) – resultante de sua tese de dissertação em doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (“USP”).

2.5. O *arm's length* sob a perspectiva dos princípios constitucionais brasileiros

2.5.1. Princípios como critérios de interpretação da norma jurídica – O *arm's length* como princípio brasileiro

Para Geraldo Ataliba¹⁹, a Constituição se define, materialmente, como a lei que limita o poder do Estado e nessa matéria todas as constituições do mundo estabelecem limitações. Nessa mesma linha, Ruy Barbosa Nogueira²⁰ observa que a Constituição submete o sistema tributário nacional a vários princípios que consubstanciam ao mesmo tempo garantias constitucionais dos contribuintes.

As regras brasileiras de preços de transferência (normas hierarquicamente inferiores no âmbito do sistema jurídico brasileiro) devem ser examinadas e interpretadas em conformidade com os princípios e garantias constitucionais dos contribuintes (hierarquicamente superiores no âmbito desse mesmo sistema).

O princípio *arm's length* não encontra previsão expressa na Constituição Federal, no CTN, ou na legislação ordinária sobre matéria tributária. Tal princípio decorre do modelo OCDE, que serviu de norte para a legislação tributária brasileira, tanto no âmbito do direito internacional (Tratados), como do direito doméstico (Lei nº 9.430/1996).

Não se deve observar o princípio *arm's length* de forma isolada, mas integrado aos princípios constitucionais brasileiros, para fins de interpretação da legislação tributária brasileira (conforme artigo 96 do CTN²¹).

O princípio *arm's length* deve nortear a elaboração e a aplicação das regras brasileiras, que criam metodologias para equipar de operações entre partes vinculadas às praticadas entre partes independentes (em condições normais de mercado), evitando-se a transferência indevida de lucros tributáveis no Brasil para o exterior (favorecida pela vinculação das partes).

¹⁹ ATALIBA, Geraldo; e outros. “Interpretação no direito tributário”. EDUC – Editora da Universidade Católica. São Paulo, 1975, pp. 13-23.

²⁰ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. “Curso de direito tributário”. Editora Saraiva. São Paulo, 1980, Pp. 118-119.

²¹ Nos termos do artigo 96 do Código Tributário Nacional, a expressão “legislação tributária” corresponde as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.

Embora a ideia de padronização às condições de mercado seja a principal característica do princípio *arm's length*, a sua verificação enquanto princípio, para fins de aplicação da legislação tributária brasileira, só pode ocorrer por intermédio da aplicação integrada dos princípios efetivamente previstos no texto constitucional brasileiro.

Essa exigência não decorre apenas do fato de o Brasil não integrar o quadro de países integrantes da OCDE²², mas como consequência da inexistência de previsão expressa do princípio *arm's length* no texto constitucional.

Isso não significa que tal princípio não tenha aplicabilidade para fins de interpretação das regras brasileiras de preços de transferência. Pelo contrário, o *arm's length* deve se mostrar como integrado aos princípios constitucionais, quais sejam: estrita legalidade, igualdade (isonomia), da tipicidade, da capacidade contributiva e da vinculação do ato administrativo, dentre outros.

Sob essa perspectiva integrada, o *arm's length* se mostra como efetivo princípio norteador da aplicação das regras brasileiras de preços de transferência. Isto é, se apresenta como efetivo princípio brasileiro, apto a resguardar as garantias fundamentais dos contribuintes em matéria tributária.

2.5.2. Estrita legalidade

O princípio da legalidade tributária encontra previsão nos artigos 5º, II e 150, I, da Constituição Federal, segundo os quais: (i) ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; e (ii) é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.

²² O Brasil não integra o quadro da OCDE, mas integra o quadro do G-20 e participa das discussões relativas aos planos de ação do BEPS. Até o momento, o plano de ações do BEPS não resultou em nenhuma alteração nas regras brasileiras de preços de transferência. O plano de ações visa coibir, de forma ampla, planejamentos tributários abusivos, relacionados a diversos temas de direito tributário internacional, dentre os quais, preços de transferência. A legislação brasileira, de forma geral é eficiente sob a perspectiva de coibir a evasão de divisas. Contudo, ainda há margem para planejamento tributário a depender do segmento econômico de determinados contribuintes (que praticam margens inferiores às margens fixas da Lei nº 9.430/1996). Os mecanismos abordados nesse estudo (aplicação de margens alternativas, viabilizadas a partir de APAs e MAPs), dessa forma, estão em sintonia com os planos de ação do BEPS.

Sobre o alcance desse princípio, valemo-nos da lição de Gerd W. Rothmann²³, para quem o princípio da legalidade tributária se apresenta como proibição constitucional dirigida à administração pública de instituir ou aumentar tributo sem base legal. Compartilham desse entendimento Alberto Xavier²⁴ e Paulo de Barros Carvalho²⁵.

Ao examinar o tema sob a perspectiva dos preços de transferência, Vivian Rodrigues de Oliveira²⁶ considera que o princípio da legalidade se apresenta como a principal razão para que o modelo OCDE não seja aplicável no Brasil.

Na visão da autora, a Lei nº 9.430/1996 traz uma metodologia rígida para apuração de ajustes de preços de transferência, indicando precisamente os métodos dos quais resulta a base tributável do IRPJ e da CSL. Assim, pondera que os lançamentos de ofício com base em métodos alternativos do modelo OCDE seriam facilmente contestados, sob a argumentação de ilegalidade dos lançamentos e inconstitucionalidade da legislação geral e abstrata.

Concordamos com a autora no que diz respeito à impossibilidade de a autoridade fiscal exigir tributo com base em método alternativo importado do modelo OCDE, o que não teria base no ordenamento legal brasileiro. Isso porque, conforme preceituam os artigos 5º e 151 da Constituição Federal, seria vedada a exigência ou aumento de tributo sem lei que o estabeleça.

²³ ROTHMANN, Gerd W. “O princípio da legalidade tributária”. Trabalho apresentado no Curso de Doutorado, na cadeira de Direito Tributário Comparado, sob orientação e regência do Professor Catedrático Ruy Barbosa Nogueira, na Faculdade de Direito da USP. Em suas palavras: “*Por força do princípio da legalidade tributária, exige-se que a lei formal determine todos os elementos constitutivos da obrigação tributária, ou seja, todos os aspectos do fato gerador. Uma lei que autoriza a cobrança de tributos não pode deixar ao critério da administração a diferenciação objetiva, ela própria tem que realizar esta diferenciação*”.

²⁴ XAVIER, Alberto. “Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação”. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 1978, P. 44. Em suas palavras: “*o direito tributário é de todos os ramos do Direito aquele em que a segurança jurídica assume a sua maior intensidade possível e é por isso que nele o princípio da legalidade se configura como uma reserva absoluta de lei formal*”.

²⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. “Curso de direito tributário”. Editora Saraiva. São Paulo, 2005, P. 158. Em suas palavras: “*O veículo introdutor da regra tributária no ordenamento há de ser sempre a lei (sentido lato), porém o princípio da estrita legalidade diz mais que isso, estabelecendo a necessidade de que a lei adventícia traga no seu bojo os elementos descritores do fato jurídico e os dados prescritores da relação obrigacional. Esse plus caracteriza a tipicidade tributária, que alguns autores tomam como outro postulado imprescindível ao subsistema de que nos ocupamos, mas que pode, perfeitamente, ser tido como uma decorrência imediata do princípio da estrita legalidade*”.

²⁶ OLIVEIRA, Vivian de Freitas e Rodrigues de. “Preço de transferência como norma de ajuste do imposto sobre a renda”. Editora Noeses. São Paulo, 2015, p. 33. Em suas palavras: “*Em matéria de preços de transferência, não é possível aderir ao modelo OCDE exatamente porque a legalidade é inafastável e não podemos conceber tributação com “tipos abertos”, onde não haja uma perfeita conexão da hipótese de incidência com o fato jurídico tributário construído com fundamento na norma geral e abstrata. O modelo OCDE no Brasil se aproximaria de uma tributação por analogia, o que nosso sistema não permite*” (Op. Cit. 16).

No entanto, o modelo OCDE apenas não seria aplicável naquilo que incompatível com o sistema jurídico brasileiro. Isto é, não seria possível aplicá-lo para viabilizar a aplicação alternativa de métodos que resultem em majoração da tributação, por violação de preceito constitucional fundamental.

A nosso sentir, não há óbice para aplicação do modelo OCDE para obtenção de margens alternativas que viabilizem a parametrização dos preços de transferência a condições normais de mercado. O próprio texto da Lei nº 9.430/1996 faz referência a essa possibilidade em seu artigo 20.

Nos termos do aludido dispositivo, é permitido ao Ministro da Fazenda alterar os percentuais de que tratam os métodos de margens fixas (PRL, CPL, PVA, PVV e CAP), em circunstâncias justificadas, de ofício ou mediante requerimento dos contribuintes, que devem comprovar essa margem com publicações, pesquisas ou relatórios (artigo 21 da Lei nº 9.430/1996)²⁷²⁸.

Portanto, a utilização de margens alternativas, no âmbito de APAs firmados em consonância com o texto legal brasileiro, não viola o princípio da legalidade tributária.

Embora a Lei nº 9.430/1996 e normas regulamentares brasileiras (Portaria nº 222/2008 e IN nº 1.312/2012) disponham sobre os procedimentos gerais para a utilização das margens alternativas, há regras específicas para APAs em Tratados e no modelo OCDE, que podem ser utilizadas como norte para o intérprete brasileiro (inclusive de modo a suprir as lacunas da legislação brasileira), quando não forem incompatíveis com a legislação e com o texto constitucional pátrio (conforme autoriza o artigo 96 do CTN).

²⁷ Art. 21 (...)

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

²⁸ Desde sua relação original, a Lei nº 9.430/1996 possibilitava a alteração dos percentuais indicados para os métodos de margens fixas em “circunstâncias especiais” (contudo, sem qualquer menção a “requerimento” por parte do contribuinte).

2.5.3. Vinculação do ato administrativo

O princípio da vinculação do ato administrativo decorre do princípio da legalidade e encontra previsão no artigo 37 da Constituição Federal²⁹. Em direito tributário, a atividade das autoridades fiscais é vinculada e não discricionária. Isto significa que qualquer ato tendente à formalização de exigências tributárias deve, necessariamente, estar pautado em um comando legal, conforme a lição de Hely Lopes Meirelles³⁰.

Em decorrência do princípio da vinculação do ato administrativo, a autoridade fiscal fica obrigada à aplicação das regras brasileiras de preços de transferência, tal qual disposta na Lei nº 9.430/1996 e demais normativos aplicáveis à matéria (inclusive Tratados, devendo suas determinações se sobreporem à legislação ordinária, por força do artigo 98 do CTN).

No que diz respeito às margens alternativas, a legislação autoriza que o contribuinte solicite a sua utilização às autoridades do Ministério de Fazenda (conforme artigos 20 da Lei 9.430/96). A Portaria nº 222/2008 e a IN nº 1.312/2012 trazem os procedimento gerais para sua utilização, em relação a cada um dos métodos de margens fixas, conforme detalhado no capítulo IV deste estudo.

Cabe à autoridade deferir ou indeferir o pleito do contribuinte, observado o direito de contraditório e ampla defesa. Em casos excepcionais (nunca vistos na prática), a autoridade pode determinar de ofício a margem alternativa, desde que justificadamente.

Não há qualquer dispositivo no ordenamento legal que “obrigue” as autoridades a autorizarem a aplicação de margens alternativas. O texto legal faz referência à possibilidade

²⁹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).

³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. “Direito administrativo brasileiro”. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 1983, P. 120-121. Em suas palavras: “atos vinculados ou regrados são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização. Nessa categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação dica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal, para a validação da atividade administrativa. Desatendido qualquer requisito, compromete-se a eficácia do ato praticado, tornando-se passível de anulação pela própria Administração, ou pelo Judiciário, se assim o requerer o interessado”. Como contraponto, o autor conceitua, como atos discricionários, aqueles “que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização. A rigor, a discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas no poder de a Administração praticá-lo pela maneira e nas condições que repute mais convenientes ao interesse público”.

de sua utilização, em circunstâncias justificadas, de ofício ou mediante requerimento do contribuinte.

Caso o contribuinte apresente documentos aptos a comprovar a adequação da margem alternativa (com base em publicações ou relatórios oficiais, pesquisas efetuadas por empresa ou instituição de notório conhecimento técnico, nos termos da lei), as autoridades somente poderão desconsiderá-la de forma justificada.

Por outro lado, caso o pleito de margem alternativa seja deferido, resultando assim na edição de portaria ministerial que determina a sua aplicação para as situações especificamente apresentadas pelo contribuinte, a autoridade fiscal fica vinculada à sua observação. Portanto, para as hipóteses expressamente indicadas na portaria ministerial, a autoridade fiscal fica impedida de exigir ajustes de preços de transferência com base nas margens fixas previstas na Lei nº 9.430/1996.

É por essa razão que, como será abordado em detalhes no capítulo IV adiante, o pleito de margens alternativas (APA brasileiro) se assemelha a uma verdadeira consulta formal, que segue ao rito previsto no Decreto nº 70.235/1972. O resultado da consulta formal, como o pleito de margem alternativa (APA), vincula a autoridade fiscal.

Se por um lado a solução (materializada através de portaria) for favorável ao contribuinte, a autoridade fiscal fica vinculada aos seus termos. Se, por outro lado, a solução for desfavorável ao contribuinte, este pode ainda questioná-la pela via do contencioso. A vinculação é do fisco, não do contribuinte.

2.5.4. Isonomia (igualdade)

O princípio de isonomia (ou igualdade) está previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal. Em sua redação, todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Em matéria tributária, o princípio encontra disciplina no artigo 150, II, do texto constitucional. Em seus termos: sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte,

é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

Para Leandro Paulsen³¹, “a isonomia imposta pelo art. 150, II, da CF impede que haja diferenciação tributária entre contribuintes que estejam em situação equivalente, ou seja, discriminação arbitrária. Justifica-se a diferenciação tributária quando haja situações efetivamente distintas, se tenha em vista uma finalidade constitucionalmente amparada e o tratamento diferenciado seja apto a alcançar o fim colimado”. Esse entendimento é compartilhado por Para Paulo de Barros Carvalho³² e Luciano Amaro³³.

Considerando o objetivo das regras de preços de transferência (parametrização de operações entre partes vinculadas a condições normais de mercado para coibir transferências indevidas de lucros tributáveis do Brasil para o exterior), o princípio de igualdade deve ser aplicado de forma a evitar que as operações praticadas entre partes vinculadas recebam tratamento fiscal distinto (mais ou menos favorável) do que o conferido a operações entre partes independentes.

A aplicação deste princípio é sensível no que diz respeito à aplicação dos métodos de margens fixas, previstos pela Lei nº 9.430/1996, pois o legislador não poderia determinar a aplicação das mesmas margens fixas para contribuintes que, comprovadamente, se encontram em realidades de mercado distintas (que praticam margens de lucro distintas). Isto é, para os quais as margens de lucro praticadas são muito díspares das margens fixas estabelecidas em lei.

³¹ PAULSEN, Leandro. “Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência”. Editora Livraria do Advogado. ESMAFE. Porto Alegre, 2007, P. 194.

³² Op. Cit. 25. P. 151. Nas palavras do autor: “Seu destinatário é o legislador, entendido aqui na sua proporção semântica mais larga possível, isto é, os órgãos da atividade legislativa e todos aqueles que expedirem normas de juridicidade. (...) O conceito de igualdade, porém não é de fácil determinação. Autores ilustres pretenderam demarcá-lo, encontrando acerbas dificuldades, pois os valores não podem ser objetivados. Em função da sua plasticidade, amolda-se diferentemente aos múltiplos campos de incidência material das regras jurídicas, o que torna penosa a indicação precisa do seu conteúdo”.

³³ AMARO, Luciano. “Direito tributário brasileiro”. Editora Saraiva. São Paulo, 1998, P. 131. Em suas palavras: “Deve ser diferenciado (através de isenções ou de incidência tributária menos gravosa) o tratamento de situações que não revelem capacidade contributiva ou que mereçam um tratamento fiscal ajustado à sua menor expressão econômica. Não de ser tratados, pois, com igualdade aqueles que tiverem igual capacidade contributiva, e com desigualdade os que revelem riquezas diferentes e, portanto, diferentes capacidades de contribuir”.

A aplicação indiscriminada da margem fixa resulta em tratamento tributário desigual (maiores ou menores ajustes tributáveis) a contribuintes que se encontram a situação equivalente (sujeitos a ajustes com base em métodos de margens fixas). Neste ponto, a praticabilidade colide com o padrão *arm's length* e, sob a perspectiva da isonomia, aponta para potenciais inconstitucionalidades.

Essa distorção é bem observada por Ricardo Marozzi Gregório³⁴. Em suas palavras:

O princípio da igualdade, quando transportado para a área tributária, determina que não se deve exigir dos contribuintes além de sua capacidade contributiva. Porém, é dever do Estado impor a mesma carga tributária aos que estão em situação equivalente. Por isso, o Estado brasileiro, por meio de seus representantes governamentais na área tributária, precisa se convencer de que o atual regime de controle de preços de transferência possibilita uma ilegítima tributação sobre contribuintes que se encontram em situação de equivalência com outros que não podem se beneficiar dos planejamentos propiciados pelo mecanismo das margens predeterminadas combinado com o da liberdade de escolha de métodos.

Por possuir mecanismos que fomentam a praticabilidade em uma intensidade desproporcional à realização do *arm's length*, a legislação brasileira não garante que os contribuintes não serão tributados além de suas capacidades contributivas nem que haverá equivalência entre contribuintes na mesma situação.

Se dois contribuintes (por exemplo, um que industrializa *tablets* e outro que industrializa painéis) não puderem aplicar o método PIC em suas importações com partes vinculadas, o controle de seus preços de transferência deve seguir o CPL ou o PRL (métodos de margens fixas).

A depender das margens de mercado praticadas pelos setores de tecnologia e de utensílios domésticos (que tendem a ser distintas entre si), a aplicação das margens de 20% no CPL (sobre o custo de produção estrangeiro) e no PRL (descontada do preço de revenda no Brasil) pode, ou não, resultar em ajustes tributáveis.

³⁴ Op. Cit. 6. P. 397

Tais ajustes não decorrem necessariamente da transferência indevida de resultados tributáveis ao exterior, mas da diferença entre a margem fixa e a margem efetivamente praticada nos mercados em questão.

O contribuinte que manipula preços pode importar de partes vinculadas sem sofrer ajustes pelo PRL, desde que sua margem de lucro bruta seja superior à margem fixa estabelecida em lei (no PRL 20% atual, essa margem bruta corresponderia a 28%)³⁵. Por outro lado, o contribuinte que não manipula os preços de importação sofrerá ajustes se a sua margem bruta de revenda for inferior a 28%.

Neste último caso, um contribuinte que não manipulou preços de importação receberia tratamento fiscal mais gravoso do que um contribuinte que opera com partes independentes (ou que não importa bens), apenas porque a margem praticada em suas vendas efetivas, por questões negociais normais de mercado, é inferior à margem mínima exigida pela legislação de preços de transferência.

O tratamento mais gravoso, no caso, caracteriza a desigualdade tributária decorrente da aplicação da metodologia de margens fixas em preços de transferência. Essa desigualdade acarreta inconstitucionalidade por inobservância ao princípio de isonomia.

Não existe lógica para que os contribuintes de determinado segmento sofram tratamento mais gravoso do que outros, em decorrência da aplicação das regras de preços de transferência, simplesmente porque suas margens de lucro praticadas no Brasil (no caso do PRL ou CPL) ou no exterior (no caso do CAP, PVA ou PVV) são mais ou menos distantes das margens fixas previstas em lei.

A solução para essa distorção depende (principalmente quando inviáveis os métodos PIC e PVEx) da aplicação de margens alternativas. Qualquer óbice à aplicação da margem alternativa, sem justificativa plausível, acarreta violação à Lei nº 9.430/1996 (que dispõe genericamente sobre a possibilidade de alteração das margens fixas, em situações justificadas) e à Constituição Federal (isonomia tributária).

³⁵ Sobre as margens de lucro efetivas em relação ao PRL e identificação das margens de lucro efetivamente exigidas para evitar ajustes tributáveis, fazemos referência à obra de Demétrio Gomes Barbosa (*in* Preços de Transferência no Brasil – *Compliance & Perspectiva Econômica*). Editora Aduaneiras. São Paulo, 2015), cujas bases são exploradas neste estudo no tópico 4.3.

2.5.5. Capacidade contributiva

O princípio de capacidade contributiva está intimamente relacionado com o princípio de isonomia. Encontra previsão no artigo 145, § 1º, da Constituição Federal, segundo o qual: sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Para Bernardo Ribeiro de Moraes³⁶, “*cada pessoa deve contribuir para as despesas da coletividade de acordo com a sua aptidão econômica, ou capacidade contributiva, e disso, origina-se o ideal de justiça distributiva*”.

Nos parece claro que a aplicação das regras de preços de transferência não pode resultar em ajustes excessivamente onerosos aos contribuintes, sob pena de violação ao princípio de capacidade contributiva, conforme enunciado pela Constituição Federal.

A metodologia das margens fixas deve alinhar (ou ao menos aproximar) os preços entre partes vinculadas aos praticados a condições normais de mercado, neutralizando assim potenciais os efeitos danosos da vinculação entre as partes (que permite a manobra de preços para a transferência indevida de lucros do Brasil para o exterior).

Quando atendem a essa finalidade, as normas de preços de transferência alcançam o padrão *arm's length* e, conseqüentemente, encontram-se dentro das balizas constitucionais, inclusive sob a perspectiva do princípio de capacidade contributiva.

Não obstante, a aplicação dos métodos de margens fixas pode resultar em ajustes abusivos, em clara violação ao texto constitucional. É o que se verifica, por exemplo, na aplicação do PRL para contribuintes que praticam margens brutas reduzidas em operações locais (por exemplo, sociedades comerciais atacadistas).

³⁶ MORAES, Bernardo Ribeiro de. “Compêndio de direito tributário”. 6ª Edição. Editora Forense. Rio de Janeiro, 1997. P. 118.

O exemplo é interessante, pois o legislador de preços de transferência, ao aplicar os métodos de importação (em especial os de margem fixa), sequer cuidou de segregar as margens fixas de atacadistas e varejistas, diferente do que se verifica nos métodos de exportação (PVA e PVV).

Dessa forma, considerando as diferentes capacidades contributivas de atacadistas e varejistas, se não admitida a possibilidade efetiva de uma margem alternativa, será claramente identificada a inconstitucionalidade da regra de preços de transferência.

De tudo o que foi exposto, resta claro que a sistemática de margens alternativas é o instrumento que permite ao intérprete afirmar que a regra de preços de transferência é constitucional sob a perspectiva estritamente jurídica. Entretanto, é necessário conferir aplicabilidade prática a essa norma, caso contrário a inconstitucionalidade será constatada sob a perspectiva prática (em casos concretos, comumente verificados).

3. AS REGRAS BRASILEIRAS DE PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

As regras brasileiras de preços de transferência foram introduzidas no ordenamento legal pela Lei nº 9.430/1996, em seus artigos 18 a 24, que sofreram posteriores alterações pelas Leis nºs 9.959/2000 e 12.713/2012.

A matéria foi regulamentada pelas autoridades fiscais da Receita Federal do Brasil (“RFB”), principalmente através das INs nºs 38/1997, 32/2001, 243/2002, 1.312/2012, 1.322/2013, 1.395/2013, e 1.458/2014. Especificamente no que diz respeito à utilização de margens alternativas, foram editadas as Portarias nºs 95/1997 e 222/2008.

3.1. Aspectos objetivos e alcance do texto legal

3.1.1. Alcance das regras de preços de transferência

A Lei nº 9.430/1996 tem por objetivo coibir a manipulação de preços em operações de importação e exportação entre partes vinculadas, para que lucros tributáveis no Brasil não sejam indevidamente transferidos para o exterior.

Nas regras brasileiras de preços de transferência, não há referência ao termo “evasão de divisas”. O legislador optou pelo termo “transferência de resultados”, evitando assim confusão da matéria tributária com a matéria criminal.

A Lei nº 9.430/1996 não cuida do crime de evasão de divisas, objeto do artigo 22 da Lei nº 7.492/1986. Trata-se de ilícito formal, que se caracteriza pela prática de remessas não autorizadas (sem observar as normas regulatórias do Banco Central do Brasil³⁷) de divisas do Brasil para o exterior³⁸.

A jurisprudência distingue a evasão de divisas dos crimes contra a ordem tributária. Observa que os crimes de evasão de divisas (art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86) e contra a ordem tributária (art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90) têm objetividades jurídicas distintas, pois enquanto o primeiro visa proteger e tutelar o Sistema Financeiro Nacional, o segundo objetiva tutelar a ordem tributária (quanto à regularidade e legitimidade no recolhimento dos tributos devidos ao Fisco que, em última análise, beneficiam a toda a sociedade)³⁹⁴⁰.

O controle dos preços de transferência praticados entre sociedades brasileiras e partes relacionadas no exterior, abordado pelos artigos 18 a 24 da Lei nº 9.430/1996, não se confunde com o crime de evasão de divisas, tampouco com os crimes contra a ordem tributária.

Da mesma forma, não se confunde e nem se restringe a condutas ilícitas que caracterizam a “evasão fiscal”⁴¹⁴². Tais condutas correspondem: (i) à sonegação (ocultação de rendimentos que resulta em tributação a menor); (ii) à fraude (adulterações ou falsificações

³⁷ Até o ano de 2001, o crime de evasão de divisas era apurado com base nas informações constantes dos sistemas da Receita Federal do Brasil. A partir de 2002, contudo, o BACEN passou a editar sucessivas Cartas Circulares que o definiam como a repartição destinatária de tais informações.

³⁸ Nesse sentido: TRF- 2ª Região, ACR 2705, 5ª Turma, Relator Alberto Nogueira, em 5.4.2004.

³⁹ Nesse sentido: TRF - 2ª Região, ACR 200251015064240, Relator Guilherme Calmon, em 31.3.2008.

⁴⁰ No mesmo sentido: STF, HC 87208/MS, Ministro Relator Cezar Peluzo, em 23.9.2008.

⁴¹ Conforme leciona Hugo de Brito Machado, o termo “elisão fiscal” está relacionado a uma conduta lícita do contribuinte, contrapondo-se, dessa forma, ao termo “evasão fiscal”, que pressupõe o emprego de meios ilegítimos para se furtar ao pagamento de tributos (MACHADO, Hugo de Brito. “A norma antielisão e o princípio da legalidade – Análise crítica do Parágrafo único do Art. 116 do CTN”. In “O planejamento tributário e a Lei Complementar 104”. Editora Dialética. São Paulo, 2001. P. 115).

⁴² Sob a perspectiva internacional, os conceitos de evasão (*tax evasion*) e elisão (*tax avoidance*) estão diretamente relacionados à legalidade dos meios utilizados para se evitar o pagamento de tributos (IBFD. International Tax Glossary. IBFD. Amsterdam, 1988. Pp 22 e 101).

em documentos, das quais resulta tributação a menor); (iii) à simulação (iii.1) absoluta (exprime-se como real um ato jurídico inexistente, para se reduzir a tributação) e (iii.2) relativa (exprime-se um determinado ato jurídico como sendo outro, resultando em menor tributação)⁴³.

Nas autuações fiscais federais que envolvem tais condutas ilícitas, a multa aplicada é comumente agravada, saltando do patamar de 75% (multa *ex officio*) para 150% sobre o valor de principal. Não são frequentes as autuações de preços de transferência que envolvam a figura da multa agravada, o que denota que a sua aplicação não depende da comprovação da ocorrência de evasão fiscal (caracterizada por sonegação, fraude, ou simulação na conduta do contribuinte)⁴⁴.

Todavia, se verificadas fraudes em documentos de importação e exportação referentes ao período fiscalizado (ou qualquer das figuras que caracterizam a evasão fiscal), as autoridades fiscais podem, além de determinar o arbitramento de ajustes de transferência com base em algum dos métodos previstos no texto legal (para o fim de determinar os montantes tributáveis em operações entre partes vinculadas), aplicar a multa majorada (em decorrência da fraude documental).

As regras de preços de transferência têm aplicabilidade ampla, alcançando não apenas operações ilícitas, mas principalmente as lícitas. O objetivo não consiste em coibir condutas criminosas ou ilegais, mas regular os preços de toda e qualquer operação (de importação e exportação de bens, serviços, direitos e empréstimos) entre sociedade brasileira e partes vinculadas no exterior, para evitar a transferência de lucros tributáveis do Brasil para outras jurisdições.

⁴³ Nas palavras de Misabel Derzi: “A *simulação absoluta exprime ato jurídico inexistente, ilusório, fictício ou que não corresponde à realidade, total ou parcialmente, mas a uma declaração de vontade falsa. É o caso de um contribuinte que abate despesas inexistentes, relativas a dívidas fictícias. Ela se diz relativa, se atrás do negócio simulado existe outro dissimulado*” (DERZI, Misabel. “A desconsideração dos atos e negócios jurídicos dissimulatórios segundo a Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001”. In “O planejamento tributário e a Lei Complementar 104”. Editora Dialética. São Paulo, 2001. P. 214).

⁴⁴ As principais autuações sobre preços de transferência estão relacionadas à aplicação prática dos métodos, aos critérios para sua escolha e à legalidade das instruções normativas que regulamentam a sua aplicação. Não obstante, há casos de planejamentos tributários em que os contribuintes podem interpor sociedades entre as partes vinculadas para dissimular as operações de importação e exportação entre sociedades vinculadas. Embora a legislação disponha de mecanismos para coibir planejamentos dessa natureza (como será abordado adiante neste estudo, em tópico específico sobre operações com “interposta pessoa”), estruturas desse tipo podem resultar em autuações para formalização, além da exigência de IRPJ/CSL, da multa majorada de 150% (sob alegação de simulação).

Embora o modelo OCDE preconize a flexibilidade formal para os mecanismos de ajuste e equiparação das operações entre partes vinculadas às condições normais de mercado (condições neutras, em conformidade com o princípio *arm's length*), o modelo brasileiro adotou um modelo mais rígido, que privilegia a utilização de métodos de margens fixas (também existentes no modelo OCDE).

A opção do legislador denota o objetivo dos artigos 18 a 24 da Lei nº 9.430/1996: “*coibir a prática, lesiva aos interesses nacionais de transferência de resultados para o exterior, mediante a manipulação dos preços pactuados nas importações ou exportações de bens, serviços ou direitos, em operações com pessoas vinculadas, residentes ou domiciliadas no exterior*” (redação do item 12 da Exposição de Motivos da Lei nº 9.430/1996).

É um modelo que protege o fisco (e os interesses arrecadatórios da União Federal) e impõe ao contribuinte o ônus de comprovar que suas operações, com partes vinculadas, são praticadas em condições normais de mercado pelos métodos que especifica.

Os únicos métodos aptos a equiparar as operações entre partes vinculadas a condições de mercado são o PIC e o PVEX (além do PCI e do PECEX, restritos a *commodities*). Na impossibilidade de aplicação desses métodos, a legislação determina aplicação dos métodos de margens fixas (CPL, PRL, CAP, PVV e PVA) para estabelecer um “preço parâmetro” fictício de mercado, para ajuste da base tributável de IRPJ e CSL.

Portanto, o objetivo principal da legislação não é o de evitar práticas criminosas ou abusivas, mas preservar os interesses fiscais de arrecadação em operações entre partes brasileiras e partes vinculadas no exterior (sejam lícitas, ilícitas, criminosas ou não).

A comprovação do preço efetivo de mercado é um dos meios possíveis para esse fim (através dos métodos PIC e PVEx, além do PCI e PECEX, aplicáveis a operações com *commodities*). Caso não se identifique o preço de mercado, o legislador atinge seu objetivo pela aplicação dos métodos de margens fixas, cabendo ao contribuinte, justificadamente, substituí-las pelas margens alternativas (via APA).

3.1.2. As operações objeto das regras de preços de transferência

Ao abordar os aspectos objetivos da regra brasileira de preços de transferência, Alberto Xavier⁴⁵ considera que o principal elemento a ser observado é a natureza das operações a que se aplicam. O regime de preços de transferência é aplicável a dois tipos de operações: comerciais e financeiras.

Tais operações são consideradas sob a perspectiva da pessoa jurídica brasileira e podem ser consideradas como: (i) *operações comerciais ativas*, que envolvem operações de exportações de bens, serviços e direitos do Brasil para o exterior; (ii) *operações comerciais passivas*, que envolvem importações de bens, serviços e direitos; (iii) *operações financeiras ativas*, nas quais a empresa brasileira concede mútuos (empréstimos) a parte estrangeira; e (iv) *operações financeiras passivas*, em que a empresa brasileira toma empréstimos do exterior.

Não se sujeitam às regras brasileiras de preços de transferência as operações relacionadas à transferência de tecnologia (que envolvam o recebimento ou o pagamento de *royalties*, bem como assistência técnica relacionada), as quais, nos termos do artigo 18, § 9º, da Lei nº 9.430/1996, permanecem sujeitas a regras específicas contidas no ordenamento legal⁴⁶⁴⁷.

Portanto, exceto em relação a operações internacionais que envolvam a transferência de tecnologia e o pagamento de *royalties*/assistência técnica relacionada, as regras brasileiras de preços de transferência alcançam e regulam os preços praticados em toda e qualquer operação comercial ou financeira, ativa e passiva.

⁴⁵ XAVIER, Alberto. “Direito Tributário Internacional do Brasil”. 8ª Edição. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2015. P. 358 e ss.

⁴⁶ Estabelecem os artigos 352 a 355 do RIR/99, assim como os artigos 52 a 71 da Lei nº 4.506/1974, e artigo 74 da Lei nº 3.470/1958, limites específicos e rígidos para a dedutibilidade das despesas com *royalties* em contratos que envolvem a transferência de tecnologia. Na mesma linha, dispõe o próprio artigo 18, § 9º, da Lei nº 9.430/1996.

⁴⁷ Nesse ponto, Alberto Xavier pondera que a legislação brasileira é alvo de severas críticas, por restringir a dedutibilidade de despesas com *royalties* mesmo nos casos em que as empresas observam condições de mercado e o padrão *arm's length*. (Op. Cit. 45. P. 359)

Sempre que tais operações forem praticadas com os sujeitos determinados pela lei (pessoas vinculadas e equiparadas), a pessoa jurídica brasileira deve ajustar os preços praticados para determinação da base tributável de IRPJ e CSL.

Em todas as operações sujeitas a controle de preços de transferência, o que se vê na prática é a larga utilização dos métodos de margens fixas. Dadas as distorções decorrentes de sua aplicação e as potenciais inconstitucionalidades abordadas no capítulo anterior, importa examinar a aplicabilidade de margens alternativas para os métodos aplicáveis em todas essas operações.

3.1.3. Preços de transferência e DDL

Antes de examinar os aspectos subjetivos das regras brasileiras de preços de transferência, cabe tecer alguns breves comentários sobre a distinção das aludidas regras em comparação às chamadas regras de distribuição disfarçada de lucros (“DDL”).

As regras de DDL encontram disciplina nos artigos 464 a 466 do RIR/99 (que remetem ao Decreto-Lei nº 1.598/1977 e suas alterações posteriores). São de aplicação mais restrita do que as regras de preços de transferência, pois alcançam exclusivamente os negócios jurídicos praticados por pessoa jurídica brasileira com pessoa ligada; sendo o alcance do termo “pessoa ligada” mais restrito do que o termo “pessoa vinculada”.

A finalidade das regras de DDL é evitar a transferência de lucros da pessoa jurídica para pessoas a ela ligadas, por meio da prática de preços e/ou condições que não seriam praticadas entre pessoas independentes, de forma a coibir a obtenção das vantagens fiscais que essas práticas provocariam.

As principais características das regras de DDL são a sua objetividade e taxatividade. A sua aplicação pressupõe a efetiva ocorrência de uma das hipóteses do artigo 464 do RIR/99⁴⁸. Isso significa que as hipóteses legais de DDL são “*numerus clausus*” e não meramente exemplificativas, como reconhecem a doutrina⁴⁹ e a jurisprudência⁵⁰.

⁴⁸ Presume-se distribuição disfarçada de lucros no negócio pelo qual a pessoa jurídica: (i) aliena, por valor notoriamente inferior ao de mercado, bem do seu ativo a pessoa ligada; (ii) adquire, por valor notoriamente superior ao de mercado, bem de pessoa ligada; (iii) perde, em decorrência do não exercício de direito à

A legislação tributária prevê um conceito próprio de pessoa ligada, diverso do conceito trazido pela legislação societária. Conforme as regras de DDL, considera-se pessoa ligada: (i) o sócio da pessoa jurídica, ainda que seja outra pessoa jurídica; (ii) o administrador ou o titular da pessoa jurídica; e (iii) o cônjuge e os parentes até terceiro grau, inclusive os afins, do sócio pessoa física, do administrador e do titular da pessoa jurídica (artigo 465 do RIR/99).

O artigo 466 do RIR/99 determina ainda que ocorrerá a presunção de DDL se os negócios forem realizados por intermédio de outrem, ou com sociedade na qual a pessoa jurídica tenha interesse de forma direta ou indireta. Portanto, as regras de DDL operam tanto nas transações realizadas diretamente entre a pessoa jurídica e sua pessoa ligada, quanto nas transações triangulares que são efetuadas por pessoas ligadas por intermédio de outrem.

Outro conceito fundamental para aplicação das regras de DDL é o de valor de mercado, contido nos parágrafos 1º a 4º do artigo 465 do RIR/99⁵¹. Segundo os aludidos dispositivos, valor de mercado é a importância em dinheiro que o vendedor pode obter mediante negociação do bem no mercado. Ainda, no caso dos bens em que não há um mercado ativo, o valor de mercado poderá ser determinado com base em negociações anteriores e recentes do mesmo bem, ou em negociações contemporâneas dos mesmos bens ou bens semelhantes.

aquisição de bem e em benefício de pessoa ligada, sinal, depósito em garantia ou importância paga para obter opção de aquisição; (iv) transfere a pessoa ligada, sem pagamento ou por valor inferior ao de mercado, direito de preferência à subscrição de valores mobiliários de emissão de companhia; (v) paga a pessoa ligada aluguéis, royalties ou assistência técnica em montante que excede notoriamente ao valor de mercado; e (vi) realiza com pessoa ligada qualquer outro negócio em condições de favorecimento, assim entendidas condições mais vantajosas para a pessoa ligada do que as que prevaleçam no mercado ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros.

⁴⁹ Nesse sentido: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. “Fundamentos do imposto de renda”. Editora Quartier Latin. São Paulo, 2008. P. 778.

⁵⁰ Nesse sentido: CARF. Acórdão 108-09.696. Relator Conselheiro Orlando José Gonçalves Bueno.

⁵¹ Art. 464. (...)

§ 1º Valor de mercado é a importância em dinheiro que o vendedor pode obter mediante negociação do bem no mercado (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 60, § 4º).

§ 2º O valor do bem negociado frequentemente no mercado, ou em bolsa, é o preço das vendas efetuadas em condições normais de mercado, que tenham por objeto bens em quantidade e em qualidade semelhantes (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 60, § 5º).

§ 3º O valor dos bens para os quais não haja mercado ativo poderá ser determinado com base em negociações anteriores e recentes do mesmo bem, ou em negociações contemporâneas de bens semelhantes, entre pessoas não compelidas a comprar ou vender e que tenham conhecimento das circunstâncias que influam de modo relevante na determinação do preço (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 60, § 6º).

§ 4º Se o valor do bem não puder ser determinado nos termos dos §§ 2º e 3º e o valor negociado pela pessoa jurídica basear-se em laudo de avaliação de perito ou empresa especializada, caberá à autoridade tributária a prova de que o negócio serviu de instrumento à distribuição disfarçada de lucros (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 60, § 7º).

Verifica-se que as regras de DDL adotam um conceito subjetivo de valor de mercado, sem que haja a imposição das margens de lucro ou limites rígidos previstos nas regras de preços de transferência. Inexiste um conceito objetivo de “valores notoriamente superiores ou inferiores ao valor de mercado”⁵².

Por último, os artigos 467 e 468 do RIR/99⁵³ determinam quais as consequências fiscais decorrentes da configuração das hipóteses de DDL trazidas pelos incisos I a VI do artigo 464 do RIR/99. Em linhas gerais, a configuração de qualquer hipótese de DDL pode gerar ajuste no lucro líquido da pessoa jurídica (adição ou restrição da dedutibilidade), para fins de apuração do lucro real, de forma a descartar os efeitos que a operação tipificada como DDL gerou na apuração do lucro real da sociedade.

Do exposto, verifica-se a similaridade de objetivo entre as regras de DDL e de preços de transferência, já que ambas têm por finalidade ajustar a base tributável do IRPJ (e da CSL), criando mecanismos para equiparação das operações entre partes ligadas (no caso de DDL) e partes vinculadas (no caso de preços de transferência) a condições normais de mercado. Isso que as regras de DDL, assim como as regras de preços de transferência, seriam formas de positivação do princípio *arm's length*.

As principais diferenças, no entanto, decorrem da aplicação restrita das regras de DDL às hipóteses previstas no texto legal. Isso não se verifica no caso das regras de preços de transferência, que são passíveis de aplicação a toda e qualquer operação de importação e exportação de bens, serviços e direitos, além de empréstimos contratados entre partes vinculadas e demais sujeitos das regras de preços de transferência.

⁵² Nesse sentido: Luciana Rosanova Galhardo, ob. cit. 12. P. 84.

⁵³ Art. 467. Para efeito de determinar o lucro real da pessoa jurídica (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 62, e Decreto-Lei nº 2.065, de 1983, art. 20, incisos VII e VIII):

I - nos casos dos incisos I e IV do art. 464, a diferença entre o valor de mercado e o de alienação será adicionada ao lucro líquido do período de apuração;

II - no caso do inciso II do art. 464, a diferença entre o custo de aquisição do bem pela pessoa jurídica e o valor de mercado não constituirá custo ou prejuízo dedutível na posterior alienação ou baixa, inclusive por depreciação, amortização ou exaustão;

III - no caso do inciso III do art. 464, a importância perdida não será dedutível;

IV - no caso do inciso V do art. 464, o montante dos rendimentos que exceder ao valor de mercado não será dedutível;

V - no caso do inciso VI do art. 464, as importâncias pagas ou creditadas à pessoa ligada, que caracterizarem as condições de favorecimento, não serão dedutíveis.

Art. 468. O disposto no artigo anterior aplica-se aos lucros disfarçadamente distribuídos e não prejudica as normas de indedutibilidade estabelecidas neste Decreto.

Dada a taxatividade das regras de DDL, é rara sua aplicação a operações internacionais (o que não significa que não possam ser aplicadas em caráter subsidiário às regras de preços de transferência, quando inaplicáveis nos termos da lei). Como consequência prática, as regras de DDL são mais comumente aplicadas nas operações locais e as regras de preços de transferência no âmbito internacional.

Assim, as regras de DDL não devem impactar na temática da aplicação de margens alternativas para ajustes de preços de transferência.

3.2. Aspectos subjetivos das regras de preços de transferência

Estão sujeitos à observância das regras brasileiras de preços de transferência:

(i) pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no Brasil que praticarem operações com pessoas físicas ou jurídicas, residentes ou domiciliadas no exterior, consideradas vinculadas, mesmo que por intermédio de interposta pessoa;

(ii) pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no Brasil que realizem operações com qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada, residente ou domiciliada em país ou dependência de tributação favorecida; e

(iii) pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no Brasil que realizem operações com qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada, residente ou domiciliada no exterior, e que goze, nos termos da legislação em vigor, de regime fiscal privilegiado⁵⁴.

Como se verifica, a aplicação das regras de preços de transferência é bastante ampla sob o aspecto subjetivo, alcançando não apenas pessoas vinculadas, mas operações com pessoas a estas equiparáveis (caso das “interpostas pessoas” e das pessoas físicas e jurídicas localizadas em “paraísos fiscais”).

⁵⁴ Fonte: Perguntas e Respostas da Receita Federal (www.receita.fazenda.gov.br). Acesso em 13.3.2016.

3.2.1. Pessoas vinculadas

Consideram-se pessoas vinculadas à sociedade brasileira, para fins de aplicação das regras de preços de transferência (artigo 23 da Lei nº 9.430/1996)⁵⁵:

I - a matriz desta, quando domiciliada no exterior;

II - a sua filial ou sucursal, domiciliada no exterior;

III - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, cuja participação societária no seu capital social a caracterize como sua controladora ou coligada;

IV - a pessoa jurídica domiciliada no exterior que seja caracterizada como sua controlada ou coligada;

V - 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 do capital social de cada uma pertencer a uma mesma pessoa física ou jurídica;

VI - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que, em conjunto com a pessoa jurídica domiciliada no Brasil, tiver participação societária no capital social de uma terceira pessoa jurídica, cuja soma as caracterizem como controladoras ou coligadas desta;

VII - 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;

VIII - 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;

IX - 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;

X - 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.

Há dois grupos para fins de vinculação: (i) o primeiro compreende pessoas jurídicas residentes e não residentes no Brasil (incisos I, II, III, IV, V, VI, VII, IX e X); e (ii) o segundo considera as relações entre pessoa jurídica residente e pessoa física não residente (incisos X, VI, VII, VIII, IX e X).

⁵⁵ O dispositivo é reproduzido com algumas especificidades pela IN 1.312/2012, apenas em caráter regulamentar.

Luis Eduardo Schoueri⁵⁶ constata divergência entre o direito brasileiro e os acordos de bitributação, já que o primeiro adota o conceito de “pessoa vinculada”, muito mais amplo que o de “empresas associadas” (verificado nos Tratados).

Nos termos do artigo 9º da Convenção Modelo da OCDE, há operações entre “empresas associadas” quando: “(a) *uma empresa de um Estado Contratante participar direta ou indiretamente da direção, controle ou capital de uma empresa do outro Estado Contratante; ou (b) as mesmas pessoas participarem direta ou indiretamente da direção, controle ou capital de uma empresa de um Estado Contratante e de uma empresa do outro Estado Contratante*”.

O modelo OCDE considera como “associadas” as empresas que participem, de forma direta ou indireta, na direção, controle ou capital de outra, ou se estiverem sob o controle comum. Já o modelo brasileiro apresenta hipóteses mais amplas de vinculação.

A legislação brasileira alcança as mesmas hipóteses dos Tratados e outras: operações com pessoas físicas, associações na forma de consórcio ou condomínio, além de relações comerciais de exclusividade com agentes, concessionários e distribuidores.

Embora a redação do Modelo OCDE seja imprecisa e genérica, a sua interpretação deve ser feita conforme o princípio *arm's length*, para que sua aplicação se dê em conformidade com o contexto da operação.

Para países com os quais o Brasil é signatário de Tratados (cujas redações seguem o modelo OCDE), a legislação brasileira deve ter seu alcance limitado. Nesse particular, o texto legal brasileiro (por incompatibilidade e inferioridade hierárquica ao Tratado⁵⁷) ficaria restrito a operações praticadas com “empresas associadas”.

No que incompatível com o modelo OCDE (e ao conceito de “empresas associadas” previsto em seu artigo 9º), a Lei nº 9.430/1996 somente seria aplicável a países com os quais o Brasil não tenha firmado Tratado.

⁵⁶ Op. Cit. 5. P 454.

⁵⁷ Artigo 98 do Código Tributário Nacional: Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.

3.2.1.1. Vinculação de matriz, filial e sucursal (artigo 23, incisos I e II)

Os incisos I e II consideram vinculadas à empresa brasileira a sua matriz, filial ou sucursal estrangeira. Rubens Requião⁵⁸ define a matriz, ou estabelecimento principal, como: aquele em que se situa a chefia, de onde emanam as ordens e instruções, em que se procede às operações comerciais e financeiras de maior vulto e em massa. É o estabelecimento que dirige os demais estabelecimentos (filiais ou sucursais).

A filial, por dispor de personalidade jurídica derivada e dependente da matriz, atua em nome desta em todas as suas relações comerciais. A legislação brasileira a considera como um estabelecimento jurídico permanente, recebendo tratamento de pessoa jurídica nacional (com capacidade tributária própria), para fins de aplicação da legislação tributária (artigo 126, III, do CTN⁵⁹).

Nos termos do artigo 147, II, do Regulamento do Imposto de Renda de 1999 (“RIR/99”), consideram-se contribuintes do IRPJ (o mesmo valendo para a CSL) as filiais e sucursais (assim como agências ou representações no País⁶⁰) das pessoas jurídicas com sede no exterior.

As regras pertinentes à tributação dos lucros dessas sociedades no Brasil (como se pessoas jurídicas brasileiras fossem) não interfere na aplicação das regras de preços de transferência. Aplicam-se normalmente as regras da Lei nº 9.430/1996 às operações de importação e exportação de bens, direitos e serviços, além de empréstimos, entre sociedades brasileiras e suas matrizes, filiais e sucursais no exterior.

Em vista da concorrência das normas em questão (preços de transferência e lucros no exterior), e observando que a legislação tributária deve observar os princípios constitucionais (garantias fundamentais dos contribuintes), em especial o princípio da igualdade (isonomia), as novas regras de lucros no exterior dispõem expressamente que os ajustes de preços de

⁵⁸ REQUIÃO, Rubens. “Curso de Direito Comercial”. Editora Saraiva. São Paulo, 2003. P. 277.

⁵⁹ Art. 126. A capacidade tributária passiva independe: (...)

III - de estar a pessoa jurídica regularmente constituída, bastando que configure uma unidade econômica ou profissional.

⁶⁰ A legislação faz referência apenas a filiais e sucursais, não exigindo ajustes de preços de transferência em operações com agências e representações.

transferência (e também os decorrentes da aplicação das regras de subcapitalização⁶¹) poderão ser deduzidos na apuração dos lucros de sociedade estrangeira⁶².

Até a edição da Lei nº 12.973/2014, uma sociedade brasileira que tributava no Brasil os lucros auferidos por filial estrangeira e, simultaneamente, importava bens dessa sociedade com ajustes de preços de transferência, recebia tratamento tributário desigual (não isonômico e possivelmente mais gravoso) ao conferido a uma sociedade brasileira que apenas detinha uma filial no exterior (e importava produtos de terceiros não vinculados).

Se por um lado a regra nova estancou a problemática da concorrência de normas, por outro abriu a possibilidade de contribuintes questionarem essa concorrência para períodos anteriores, restituindo recolhimentos indevidos, observado o prazo prescricional de 5 anos.

3.2.1.2. Vinculação de controladora, controlada ou coligada (artigo 23, incisos III a V)

Os incisos III e V fazem referência à vinculação por controle ou coligação de forma ampla: pessoa física ou jurídica estrangeira em relação à qual exerça controle, seja controlada, ou coligada; ou pessoa física ou jurídica estrangeira com a tenha controladoras, controladas ou coligadas em comum.

Novamente, há um paralelo entre a legislação aplicável a preços de transferência e a aplicável aos lucros no exterior (aplicando-se os mesmos comentários do item 3.2.1.1 acima). Os mesmos conceitos de sociedade controladora, controlada e vinculada, delineados pelo artigo 243 da Lei nº 6.404/1976 (“Leis das S.A.”), são verificados tanto da Lei nº 9.430/1996 (regras de preços de transferência), como na Lei nº 12.973/2014 (regras de lucros no exterior)⁶³.

⁶¹ Artigos 24 a 26 da Lei nº 12.249/2010.

⁶² Nesse particular, destacamos o artigo 86 da Lei nº 12.973/2014: Art. 86. Poderão ser deduzidos do lucro real e da base de cálculo da CSLL os valores referentes às adições, espontaneamente efetuadas, decorrentes da aplicação das regras de preços de transferência, previstas nos arts. 18 a 22 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e das regras previstas nos arts. 24 a 26 da Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010, desde que os lucros auferidos no exterior tenham sido considerados na respectiva base de cálculo do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ e da CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil ou a ela equiparada, nos termos do art. 83 e cujo imposto sobre a renda e contribuição social correspondentes, em qualquer das hipóteses, tenham sido recolhidos.

⁶³ Novamente, fazemos a ressalva sobre a concorrência na aplicação das regras de preços de transferência e lucros no exterior, que podem resultar na caracterização de inconstitucionalidade, por violação aos princípios

Considerando que a Lei nº 9.430/1996 não dispõe especificamente sobre os conceitos de sociedades controladas e coligadas, devem ser observadas as definições da Lei das S.A. para fins de aplicação das regras de preços de transferência (conforme artigo 110 do CTN⁶⁵).

A Lei das S.A. considera coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa (artigo 243, § 1º). Por seu turno, considera como controlada a sociedade na qual a controladora (diretamente ou através de outras controladas) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores (artigo 243, § 2º).

A influência significativa, apta a caracterizar a coligação entre sociedades, é identificada pela Lei das S.A. quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la (artigo 243, § 4º). A influência significativa é presumida quando a investidora for titular de 20% ou mais do capital votante da investida, também sem controlá-la (artigo 243, § 5º).

Portanto, sempre que uma sociedade brasileira contratar importações, exportações ou empréstimos, com controladoras, controladas ou coligadas (conforme definição da Lei das S.A.), tais operações estarão sujeitas ao controle das regras brasileiras de preços de transferência. Tais ajustes, como visto, poderão ser deduzidos na apuração de lucros no exterior (artigo 86 da Lei nº 12.973/2014).

3.2.1.3. Vinculação por controle comum (artigo 23, inciso V)

A regra de vinculação por controle comum, prevista pelo artigo 23, inciso V, não decorre da Lei das S.A. Esse dispositivo considera como parte vinculada a sociedade estrangeira cuja controladora seja a mesma da sociedade brasileira (caso típico das *holdings*).

de igualdade (isonomia) e capacidade contributiva, conforme abordado no item 3.3.1.1 acima.

⁶⁴ O artigo 76 da Lei nº 12.973/2014 dispõe sobre a regra geral aplicável às sociedades brasileiras, para fins de apurar o imposto sobre a renda devido em relação aos lucros de sociedades controladas (direta ou indiretamente no exterior).

⁶⁵ Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

O legislador estabelece um percentual mínimo de 10% da participação da controladora em relação à controlada estrangeira, para que seja considerada como vinculada à sociedade brasileira.

Aparentemente, esse percentual foi importado da redação antiga do artigo 243 da Lei das S.A., que considerava como coligadas as sociedades que detivessem 10% ou mais do capital de outra, sem controlá-la (a nova redação da Lei das S.A. aumentou esse percentual para 20%).

Em que pese a alteração da Lei das S.A., a Lei nº 9.430/1996 não foi alterada nesse ponto, prevalecendo o percentual de 10% para fins de aplicação das regras de preços de transferência.

3.2.1.4. Vinculação por controle cruzado (artigo 23, incisos VI e VII)

Conforme o VI: são consideradas vinculadas à sociedade brasileira as pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras que, em conjunto com a sociedade brasileira, detiverem o controle de uma terceira pessoa jurídica.

É a hipótese de controle cruzado nas chamadas *joint ventures*, que constituem parcerias entre sociedades independentes para exploração de um negócio comum, através de uma sociedade sobre a qual exercem controle mútuo.

O inciso VII (do mesmo artigo 23) expande a vinculação dos casos de *joint ventures* às associações entre sociedade independentes, na forma de consórcio ou condomínio, localizado no Brasil ou no exterior.

O consórcio é uma forma de reunião, de caráter temporário, de pessoas para produção de um autofinanciamento e auto-gestão de projetos para aquisição de bens ou serviços, próprios ou de terceiros, analogamente a uma cooperativa com fim determinado. Embora não tenham personalidade jurídica própria (distinguindo-se assim da figura da *joint venture*), constituem uma unidade autônoma de negócios⁶⁶.

⁶⁶ Conforme a Lei nº 11.795/2008 (que deve ser examinada conjuntamente com os artigos 278 e 279 da Lei das S.A.

Já o condomínio é uma forma de propriedade conjunta exercida por várias pessoas (físicas ou jurídicas), cuja unidade não pode ser desmembrada sem a perda das suas características principais⁶⁷.

Observa Jonathan Vita⁶⁸ que somente deve haver vinculação se o condomínio for relevante nas atividades das empresas. Isso porque, se tomado de maneira ampla, todas as empresas que possuem imóveis no mesmo edifício seriam consideradas como vinculadas.

Para Marcelo Alvares Vicente⁶⁹: esse mesmo racional deve ser estendido às hipóteses de vinculação por *joint ventures* e consórcios (inciso VI e VII do artigo 23). Nesse sentido, a regra de vinculação somente seria aplicável se as associações tivessem o propósito de distorcer a concorrência, criando condições artificiais de negociação.

O entendimento dos autores é coerente, pois uma interpretação restritiva e literal do texto legal resultaria em ajustes em operações cujos preços naturalmente observariam as condições normais de mercado.

3.2.1.5. Vinculação por parentesco (artigo 23, inciso VIII)

O inciso VIII considera como vinculada a pessoa física que reside no exterior, que seja parente (em até 3º grau), cônjuge ou companheiro de diretor, sócio ou acionista controlador, da pessoa jurídica brasileira.

A relação de parentesco, no caso, é a regulada pelo Código Civil (artigos 1591 e seguintes) e vincula, para fins de aplicação das regras brasileiras de preços de transferência, uma sociedade brasileira e uma sociedade estrangeira cujos sócios ou dirigentes sejam parentes.

Naturalmente, a legislação de preços de transferência busca evitar condições comerciais indevidamente favorecidas por relações familiares.

⁶⁷ Conforme se depreende dos artigos 1.314 a 1.358 do Código Civil.

⁶⁸ Op. Cit. 16. P. 130.

⁶⁹ VICENTE. Marcelo Alvares. “Controle fiscal dos preços de transferência na importação e exportação veiculados pela legislação brasileira”. Dissertação de Mestrado em Direito. PUC/SP, 2007.

3.2.1.6. Vinculação por exclusividade (artigo 23, incisos IX e X)

Por fim, os incisos IX e X abordam a vinculação de pessoa física ou jurídica estrangeira com sociedade brasileira, em que exista relação de exclusividade. É o caso dos agentes, distribuidores ou concessionários, para compra e venda de bens, serviços ou direitos.

A regra visa ao controle de preços de transferência em operações em que há “contratos de intermediação” entre sociedade brasileira e sociedade/pessoa física estrangeira. Não há relação societária, mas um controle efetivo decorrente da relação econômica entre as partes.

Um ponto de controvérsia deste inciso consiste em definir o que seria relação de exclusividade. Nos termos da IN nº 1.312/2012 (artigo 2º):

(i) a vinculação aplica-se somente em relação às operações com os bens, serviços ou direitos para os quais se constatar a exclusividade;

(ii) será considerado distribuidor ou concessionário exclusivo, a pessoa física ou jurídica titular desse direito relativamente a uma parte ou a todo o território do país, inclusive do Brasil; e

(iii) a exclusividade será constatada por meio de contrato escrito ou, na inexistência deste, pela prática de operações comerciais, relacionadas a um tipo de bem, serviço ou direito, efetuadas exclusivamente entre as duas pessoas jurídicas ou exclusivamente por intermédio de uma delas.

Nestes termos, a acepção do termo exclusividade seria ampla, de modo a contemplar o direito de intermediar, em caráter exclusivo (sem concorrência), as operações de terceiro (vinculado ou não), independentemente da existência de um contrato específico para esse fim⁷⁰.

⁷⁰ Sobre o tema, fazemos referência à obra de Thaís Folgosi Françoso: “Operações controladas segundo a legislação brasileira de preços de transferência”. In “Manual dos preços de transferência no Brasil”. Editora MP. São Paulo, 2007. P. 45.

3.2.2. Importações por interposta pessoa, por conta e ordem e por encomenda

O conceito de interposta pessoa não é identificado no texto da Lei nº 9.430/1996. Foi originalmente disciplinado pelo artigo 2º, § 5º, da IN nº 243/2002 (reproduzido de forma idêntica pela IN nº 1.312/2012).

Em seus termos, aplicam-se as normas sobre preço de transferência às operações efetuadas pela pessoa jurídica domiciliada no Brasil, por meio de interposta pessoa não caracterizada como vinculada, que opere com outra, no exterior, caracterizada como vinculada à pessoa jurídica brasileira.

Em se tratando de norma secundária, a instrução normativa deve ser examinada de forma restritiva, limitando-se a esclarecer o propósito da legislação⁷¹. Parece-nos que o objetivo da regra foi o de coibir que importações ou exportações via *tradings* fossem realizadas sem o controle das regras de preços de transferência⁷².

A regra evita o planejamento tributário mediante negociação triangular. Em termos práticos, desconsidera-se a existência da interposta pessoa (independente, interposta com o intuito exclusivo de afastar o controle de preços de transferência) e os eventuais ajustes são aplicados sobre as importações e exportações diretamente entre as partes vinculadas⁷³.

As operações com interposta pessoa não se confundem com as realizadas por conta e ordem⁷⁴. Nestas existe mera contratação, pelo adquirente, de um facilitador para a importação (que somente age em nome do adquirente). Todos os recursos e a responsabilidade pela importação permanecem com o adquirente, razão pela qual o controle de preços de transferência se dá entre este e o exportador estrangeiro (desde que sejam partes vinculadas).

⁷¹ Nesse sentido: Luis Eduardo Schoueri. Op. Cit. 5. P. 91.

⁷² A esse respeito, destaca-se a Solução de Consulta COSIT nº 02/2003: “Caso fique demonstrado que a *trading* atue de forma autônoma e seja a beneficiária final das operações de importações, exportações e de pagamento ou crédito de juros realizados com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no exterior, esta deve apurar os preços de transferência como qualquer contribuinte do imposto de renda que esteja relacionado diretamente com o fato gerador”.

⁷³ É o que se depreende do julgamento do CARF no Acórdão nº 101-95.499. Conselheira Relatora Sandra Maria Faroni. 27.4.2006.

⁷⁴ Artigos 77 a 81 da Medida Provisória nº 2.185-35/2001.

No caso da importação por interposta pessoa é necessária a desconsideração pela presunção de um ato simulado, destinado a afastar a aplicação das regras brasileiras de preços de transferência (o que permitiria, em caso de eventual fiscalização e autuação, a imposição de multa majorada).

As regras de preços de transferência também se verificam nas operações de importação por encomenda (artigo 11 e seguintes da Lei nº 11.281/2006⁷⁵). Para estas operações, o artigo 14 da Lei 11.281/2006 dispõe que aplicam-se ao importador e ao encomendante as regras de preços de transferência objeto da Lei nº 9.430/1996.

Diferente da importação por conta e ordem (ou da importação por interposta pessoa), a importação por encomenda prevê duas operações distintas: uma entre exportador estrangeiro e importador brasileiro; outra entre importador brasileiro e encomendante.

Caso o exportador estrangeiro e o importador brasileiro sejam partes vinculadas, o importador terá os custos de importação sujeitos ao controle de preços de transferência. Caso o exportador estrangeiro e o encomendante brasileiro sejam partes relacionadas, este último fará o controle de preços de transferência exclusivamente sobre os custos de importação (as regras de preços de transferência não alcançam operações locais).

Caso todas as partes sejam vinculadas (exportador estrangeiro, importador e encomendantes brasileiros), em princípio a regra se aplica ao importador e ao encomendante, apenas para o controle da dedutibilidade do custo de importação. Se tais custos são assumidos pelo importador, este estará sujeito ao controle. Se forem assumidos pelo encomendante, este fará o controle. Em hipótese alguma a regra de preços de transferência pode permitir o ajuste

⁷⁵ Art. 11. A importação promovida por pessoa jurídica importadora que adquire mercadorias no exterior para revenda a encomendante predeterminado não configura importação por conta e ordem de terceiros.

§ 1º A Secretaria da Receita Federal:

I - estabelecerá os requisitos e condições para a atuação de pessoa jurídica importadora na forma do caput deste artigo; e

II - poderá exigir prestação de garantia como condição para a entrega de mercadorias quando o valor das importações for incompatível com o capital social ou o patrimônio líquido do importador ou do encomendante.

§ 2º A operação de comércio exterior realizada em desacordo com os requisitos e condições estabelecidos na forma do § 1º deste artigo presume-se por conta e ordem de terceiros, para fins de aplicação do disposto nos arts. 77 a 81 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001.

§ 3º Considera-se promovida na forma do caput deste artigo a importação realizada com recursos próprios da pessoa jurídica importadora, participando ou não o encomendante das operações comerciais relativas à aquisição dos produtos no exterior. (Incluído pela Lei nº 11.452, de 2007)

de preços praticados em operações domésticas, ainda que entre partes ligadas (para este fim, aplicam-se as regras de DDL, abordadas no item 3.1.3 acima).

Portanto, nos termos dos dispositivos abordados, busca-se coibir estruturas destinadas a afastar os ajustes de preços de transferência, através da interposição de agentes (não vinculados) entre exportadores e importadores vinculados. Sempre que houver alguma estrutura triangular destinada a afastar o controle das regras de preços de transferência, esta deverá ser desconsiderada, para que os custos de importação sejam ajustados nos termos da lei.

3.2.3. Paraísos fiscais⁷⁶

Conforme os artigos 24, 24-A e 24-B da Lei nº 9.430/1996, estão sujeitas às regras de preços de transferência: as pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no Brasil que realizem operações com qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada, residente ou domiciliada em país ou dependência de tributação favorecida, bem como as que gozem de regime fiscal privilegiado.

A legislação considera “país com tributação favorecida” aquele “não tribute a renda ou que a tribute a alíquota máxima inferior a vinte por cento” (artigo 24, *caput*). Os países que gozam de regime fiscal privilegiado, por seu turno, são aqueles que apresentem uma ou mais das seguintes características (artigo 24-A e incisos):

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;

⁷⁶ Termo aqui utilizado em acepção genérica, para contemplar amplamente os países com tributação favorecida e os que disponham de regime fiscal privilegiado, que conjuntamente compõem a *black list* brasileira. Diversos autores, dentre os quais Heleno Tôrres consideram inapropriada a utilização do termo “paraísos fiscais” (*tax heavens*) por ter significação na prática internacional distinta e mais do que aquela pretendida pela legislação brasileira, englobando paraísos societários, bancários, penais, tributários, etc. (TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2001). Não discordamos dos autores, apenas adotamos o termo genérico para fins meramente didáticos, considerando o escopo do presente estudo.

IV – não permita o acesso a informações relativas à composição societária, titularidade de bens ou direitos ou às operações econômicas realizadas.

A Lei nº 11.727/2008 fez a primeira referência na legislação brasileira ao “termo beneficiário efetivo” (ao introduzir o § 4º ao caput do artigo 24 Lei nº 9.430/1996). Em seus termos: considera-se também país ou dependência com tributação favorecida aquele cuja legislação não permita o acesso a informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas, à sua titularidade ou à identificação do beneficiário efetivo de rendimentos atribuídos a não residentes.

Com a edição da Lei nº 12.249/2010, que introduziu à legislação interna as regras de subcapitalização (*thin capitalization rules*), o conceito de beneficiário efetivo foi apresentado de forma mais concreta, como sendo: a pessoa física ou jurídica não constituída com o único ou principal objetivo de economia tributária que auferir esses valores por sua própria conta e não como agente, administrador fiduciário ou mandatário por conta de terceiro (artigo 26, § 1º)⁷⁷⁷⁸.

Esse conceito permite identificá-lo simplesmente como a pessoa física ou jurídica que atue por conta própria. Isto é, que não atue na estrutura como mero agente ou intermediário. Caso esteja localizado em país de tributação favorecida ou que goze de regime fiscal privilegiado, suas operações com pessoas jurídicas brasileiras estarão sujeitas ao controle das regras de preços de transferência.

É curioso que a legislação brasileira tenha adotado um critério subjetivo, ao invés de simplesmente adotar uma “lista fechada” de países (como se verifica em muitos casos do direito comparado⁷⁹).

⁷⁷ O conceito foi reproduzido pelo artigo 11, § 1º, da IN nº 1.154/2011.

⁷⁸ Esse conceito já existia nos Tratados firmados pelo Brasil, conforme o Modelo OCDE, como forma de esclarecer o significado da expressão “pagos a um residente” utilizada no parágrafo 2º dos artigos 10, 11 e 12, aplicáveis a dividendos, juros e royalties. Apesar de sua utilização, o modelo da OCDE também não apresentou uma definição técnica, restringindo-se a diferenciar a figura do beneficiário efetivo de agentes e mandatários que eventualmente fossem interposto na relação de pagamento/remuneração.

⁷⁹ São exemplos de países que adotam o critério objetivo de lista fechada: Espanha (*cf. Real Decreto nº 1.081/1991*); Portugal (*cf. Código do Imposto sobre Rendimentos das Pessoas Colectivas, art. 58*), Itália (*Decreto Ministeriale del 21 novembre 2001*), etc.

Talvez pela dificuldade de aplicação desse critério subjetivo, a RFB tenha editado uma série de instruções normativas⁸⁰, das quais a mais recente é a IN nº 1.037/2010 (com alterações pontuais pelas INs nºs 1.045/2010 e 1.474/2014), que traz a chamada *black list* brasileira (rol dos paraísos fiscais, assim considerados os países com regime de tributação favorecida, ou que goze de regime fiscal privilegiado).

Não há consenso na doutrina sobre a taxatividade da *black list* brasileira. Ana Cláudia Utumi⁸¹ defende seu caráter meramente exemplificativo, pois não poderia uma instrução normativa restringir o alcance do texto legal, mas apenas nortear a sua interpretação. A maior parte dos doutrinadores (como Luis Eduardo Schoueri⁸², Alberto Xavier⁸³, Marco Aurélio Greco e Sérgio André Rocha⁸⁴), no entanto, defende que o rol seria taxativo.

Concordamos com a doutrina majoritária, pois desdobraria dos parâmetros da razoabilidade fazer com que os contribuintes brasileiros façam prova com base na legislação estrangeira. Contudo, reconhecemos que foi infeliz o legislador brasileiro ao não determinar um critério objetivo no texto da lei, o que pode resultar em disputas entre fisco e contribuintes, sobre se determinado país (não incluído na *black list*) poderia ou não ser considerado como paraíso fiscal para fins de aplicação das regras de preços de transferência.

3.3. Os métodos previstos para ajustes de preços de transferência

Para as operações entre partes vinculadas e equiparadas, sujeitas às regras da Lei nº 9.430/1996, quais sejam, operações comerciais e financeiras, ativas e passivas, passamos a examinar os métodos criados pelo legislador brasileiro para ajustes dos preços praticados.

Examinaremos inicialmente a aplicação das regras de transferência para operações financeiras ativas e passivas. Em seguida, examinaremos os métodos de ajustes para operações comerciais ativas e passivas.

⁸⁰ IN nº 164/1999, IN nº 68/2000, IN nº 33/2001, IN nº 188/2002 (primeira a considerar países que gozem de regime fiscal privilegiado) e IN nº 1.037/2010 (atualmente em vigor).

⁸¹ UTUMI, Ana Cláudia Akie. “Países com tributação favorecida no direito brasileiro”. TÔRRES, Helene Taveira (Coord.). “Direito Tributário Internacional Aplicado”. Editora Quartier Latin. São Paulo, 2003. P. 236.

⁸² Op. Cit. 5. P. 88.

⁸³ Op. Cit. 11. P. 302.

⁸⁴ GRECO, Marco Aurélio; ROCHA, Sérgio André. “Manual de Direito Tributário Internacional”. Editora Dialética. São Paulo, 2012. P. 373.

O enfoque principal será dado às metodologias que preveem a aplicação de margens fixas. Considerando o escopo deste estudo, é para esses casos que a aplicação de margens alternativas via APAs deve ser considerada.

3.3.1. Preços de transferência em operações financeiras

As regras brasileiras de preços de transferência são aplicáveis a operações financeiras ativas e passivas praticadas entre sociedade brasileira e pessoa vinculada no exterior, ou a ela equiparável.

Em operações financeiras passivas (tomada de empréstimos), as regras de preços de transferência determinam os patamares máximos para a dedutibilidade dos respectivos juros. A legislação não exige a contratação de juros mínimos em operações passivas, apenas estabelece um teto para a sua dedutibilidade, evitando assim a excessiva remuneração da parte estrangeira e a transferência de resultados tributáveis do Brasil para o exterior.

Na outra ponta, considerando as operações financeiras ativas, as regras de preços de transferência estabelecem juros mínimos que devem ser cobrados pela mutuante brasileira, em relação a empréstimos concedidos a partes vinculadas no exterior. Novamente, o objetivo é evitar a saída de lucros tributáveis do Brasil.

Houve sensível alteração no texto legal sobre a matéria (artigo 22 da Lei 9.430/1996⁸⁵) após a edição das Leis nºs 12.715/2012 e 12.766/2012.

No texto antigo, para contratos de empréstimo não registrados no BACEN, o preço parâmetro correspondia ao montante calculado pela aplicação da taxa *Libor*, acrescida do

⁸⁵ Art. 22 da Lei nº 9.430/1996, conforme redação antiga (anterior às alterações das Leis nºs 12.715/2012 e 12.766/2012): Art. 22 Os juros pagos ou creditados a pessoa vinculada, quando decorrentes de contrato não registrado no Banco Central do Brasil, somente serão dedutíveis para fins de determinação do lucro real até o montante que não exceda ao valor calculado com base na taxa *Libor*, para depósitos em dólares dos Estados Unidos da América pelo prazo de seis meses, acrescida de três por cento anuais a título de spread, proporcionalizados em função do período a que se referirem os juros. §1º No caso de mútuo com pessoa vinculada, a pessoa jurídica mutuante, domiciliada no Brasil, deverá reconhecer, como receita financeira correspondente à operação, no mínimo o valor apurado segundo o disposto neste artigo. (...) §4º Nos casos de contratos registrados no Banco Central do Brasil, serão admitidos os juros determinados com base na taxa registrada. (...).

spread de 3%. Para os casos de operações registradas no BACEN, o preço parâmetro era calculado com base na própria taxa fixada em contrato.

Observa Elidie Palma Bifano⁸⁶ que, desde sua introdução ao ordenamento jurídico brasileiro (em 1996), o artigo 22 da Lei nº 9.430/1996 foi objeto de duras críticas, pelas seguintes razões: (i) afastamento do princípio *arm's length*; (ii) margens preestabelecidas que não se baseiam em dados de mercado; (iii) taxas de juros que podem ser estranhas ao segmento de mercado que contrata; e (iv) possibilidade geração de uma renda presumida (a renda mínima) que se afasta do conceito de renda constitucional.

O único “porto seguro” (*safe harbour*)⁸⁷ para as operações em questão seria o registro dos respectivos contratos no BACEN. Aqui a regra brasileira de preços de transferência presumia que as normas regulatórias somente permitiriam o registro de obrigações em condições *arm's length*.

A partir da vigência das novas regras⁸⁸, os juros pagos ou recebidos de pessoa jurídica vinculada em decorrência de contrato de mútuo (operações financeiras passivas ou ativas), independentemente de seu registro perante o BACEN, passaram a estar sujeitos ao controle de preços de transferência. Foi afastada a única regra de *safe harbour* a que fazia referência o texto legal sobre o tema.

A contratação de juros com partes vinculadas passou a observar o preço parâmetro calculado com base na taxa determinada pelo artigo 38-A da IN nº 1.312/2012, acrescido de uma margem variável (*spread*), definida pelo Ministro da Fazenda.

Nos termos do artigo 38-A, §8º, da IN 1.312/12, essa taxa varia a depender da moeda de contratação do empréstimo. Determina-se que: (i) em operações contratadas em dólares e

⁸⁶ BIFANO, Elidie Palma. “Disciplina dos juros em matéria de preços de transferência”. In “Tributos e preços de transferência”. (Coord. Luis Eduardo Schoueri). Editora Dialética. São Paulo, 2013. P. 107.

⁸⁷ A doutrina faz referência a determinadas hipóteses práticas em que a regra de ajuste encontra exceção. São os chamados *safe harbours* ou “portos seguros”. Em matéria de juros, na redação original da Lei nº 9.430/1996, a regra de *safe harbour* era aplicada a contratos de mútuo entre partes vinculadas com registro no BACEN.

⁸⁸ Em vista das polêmicas em torno do preço parâmetro determinado para os contratos não registrados no BACEN, as Leis nºs 12.715/2012 e 12.766/2012 trouxeram uma série de alterações ao artigo 22 da Lei nº 9.430/1996. Nos termos do artigo 56 da IN nº 1.312/2012 (que regulamentou as novas regras), tais alterações eram de aplicação optativa para o próprio ano de 2012 (opção irrevogável), passando a ser obrigatórias a partir de 2013.

taxa prefixada, a taxa aplicável seja a de mercado dos títulos soberanos da República Federativa do Brasil emitidos no mercado externo também em dólares; (ii) na hipótese de operações em reais no exterior com taxa prefixada, a taxa aplicável seja a de mercado dos títulos soberanos da República Federativa do Brasil emitidos no mercado externo em reais; e (iii) para os demais casos, o índice a ser empregado seja a taxa *Libor*, acumulada no prazo de seis meses.

As regras atinentes ao *spread* foram estabelecidas pela Portaria do Ministério da Fazenda (MF) nº 427/2013. Em seus termos, as margens percentuais a título de *spread* (a serem acrescidas às taxas de juros) serão de: (i) 3,5% para fins de dedutibilidade das despesas financeiras em operações passivas (tomada de empréstimos junto a partes vinculadas ou equiparadas); (ii) 2,5% para fins de reconhecimento de valor mínimo de receita financeira em operações ativas (empréstimos concedidos a partes vinculadas ou equiparadas); e (iii) zero para as operações ocorridas entre 1.1.2013 e 2.8.2013.

O que se observa é que a média do mercado do *spread* corresponde a um dado mantido e divulgado pelo próprio BACEN, e que os referenciais a serem considerados pelo Ministério da Fazenda, para fins de aplicação das regras de preços de transferência, devem observar esses referenciais. Em caso de alteração das margens de *spread* por oscilações das condições de mercado (por exemplo, cenário de crise econômica), seria razoável a alteração da Portaria nº 427/2013, para refletir a nova realidade de mercado (com base nos dados coletados pelo BACEN para o período).

Existe um estudo no âmbito do BACEN, denominado “Evolução do crédito, da taxa de juros e do *spread* bancário”⁸⁹, que, além de apresentar uma análise comparativa entre o *spread* bancário e as taxas de juros, decompõe o *spread* nos fatores que o integram (resíduos do banco, impostos diretos e indiretos, custos de compulsório, de inadimplência e de administração).

Como se verifica na edição de 2014 do aludido documento, a diminuição do *spread* bancário liderada pelos bancos públicos de 2012 e a retomada da tendência de elevação da taxa SELIC no ano de 2013, juntamente com a gradativa recomposição dos níveis de

⁸⁹ Disponível para consulta no site do BACEN: www.bcb.gov.br.

compulsórios, a partir do final de 2011, elevaram a participação do *spread* para algo em torno de 3%.

Por haver uma série de modalidades de *spread* bancário (que variam conforme o tipo de operação, que pode ser prefixada, pós fixada ou flutuante; ou pelas características do tomador de empréstimo, que podem ser pessoas físicas ou jurídicas, em condições normais ou preferenciais), esse percentual considera uma média, com base nos dados coletados pelo BACEN.

Em comparação com as regras originalmente previstas pela Lei nº 9.430/1996 (em especial às aplicáveis a contratos sem registro no BACEN), pode-se dizer que as Leis nºs 12.715/2012 e 12.766/2012 criaram mecanismos cujo objetivo era aproximar os preços parâmetros à realidade de mercado.

Contudo, o legislador pecou ao determinar que a essas taxas deve ser acrescido um *spread* fixo, conforme definido em portaria ministerial. Considerando a constante oscilação das condições de mercado e demais variáveis que podem afetar a composição do *spread*, os percentuais apontados pelo Ministério da Fazenda (atualmente na Portaria nº 427/2013), em muitos casos, tendem a se distanciar de condições normais de mercado (e do padrão *arm's length*).

A exemplo do que ocorre com os métodos de margens fixas (CPL, PRL, CAP, PVA e PVV), cuja aplicação pode resultar em distorções e inconstitucionalidades (por violação a princípios de isonomia e capacidade contributiva), o mesmo pode ser verificado em relação ao *spread* fixo que compõe o preço parâmetro para contratação de juros em empréstimos com partes vinculadas, conforme determinam as regras de preços de transferência.

No intuito de mitigar tais distorções, consta da Lei nº 9.430/1996 (artigo 22, § 7º) que: o Ministro de Estado da Fazenda poderá fixar a taxa de que trata o caput na hipótese de operações em reais no exterior com taxa flutuante⁹⁰. A regra aqui é limitada, pois não aborda as hipótese de contração em moeda estrangeira. Além disso, não permite ao contribuinte

⁹⁰ Trata-se de regra distinta da verificada no artigo 21 da Lei nº 9.430/1996, segundo a qual se admitem margens distintas das aplicáveis aos métodos CPL, PRL, PVA, PVV e CAP, desde que devidamente comprovadas com documentação pertinente.

pleitear a utilização de margens alternativas, como ocorre em relação aos métodos de margens fixas.

Essa inflexibilidade e restrição de alcance expõe o texto legal a potenciais questionamentos sobre sua constitucionalidade. Ao não dispor de mecanismos para equiparação do preço parâmetro dos juros às condições de mercado, a legislação acaba por materializar violações aos princípios de capacidade contributiva e de isonomia (abordados no capítulo II acima).

Se a legislação não dispõe de mecanismos para utilização da margem alternativa para a parametrização dos juros, os contribuintes podem pleiteá-la pela via judicial. Lamentavelmente, os APAs, que serão abordados no capítulo IV, não encontram fundamento na Lei nº 9.430/1996 para a questão específica dos juros. Falhou o legislador neste ponto.

A restrição da possibilidade de APAs apenas para operações comerciais, por si, denota uma desigualdade passível de questionamento perante o judiciário. Dessa forma, caso os contribuintes identifiquem que as margens estabelecidas pela Lei nº 9.430/1996 destoam das condições normais de mercado, a alternativa a ser adotada para solução dessa distorção é o litígio judicial.

3.3.2. Preços de transferência em operações comerciais

No caso de operações comerciais passivas com partes vinculadas, os custos, despesas e encargos de importações somente serão dedutíveis, na apuração de IRPJ e CSL, até o valor que não exceda ao preço parâmetro determinado por um dos seguintes métodos: PIC, CPL e ou PRL (artigo 18 da Lei nº 9.430/1996).

Nas operações comerciais ativas (artigo 19 da Lei nº 9.430/1996), as receitas das exportações efetuadas para pessoa vinculada, ou a residente em paraíso fiscal, ficam sujeitas a arbitramento quando o preço médio de venda dos bens, serviços ou direitos for inferior a 90% do preço médio praticado na venda dos mesmos bens, serviços ou direitos, no mercado brasileiro, durante o mesmo período, em condições de pagamento semelhantes. Nessa hipótese, os ajustes são determinados com base em um dos seguintes métodos: PVEx, PVA, PVV ou CAP.

Especificamente no que diz respeito a operações comerciais passivas e ativas com *commodities*, sujeitas à cotação em bolsas de mercadorias e futuro internacionalmente reconhecidas, a Lei nº 12.715/2012 (artigo 50) introduziu, ao texto da Lei nº 9.430/1996, métodos específicos para determinação do preço parâmetro: o PCI e o PECEX.

As regras de preços de transferência se aplicam a toda e qualquer operação comercial ativa ou passiva, exceto as que envolvam royalties, transferência de tecnologia e assistência técnica relacionada (que permanecem sujeitas aos controles dos artigos 352 a 355 do RIR/99). São aplicáveis, inclusive, a operações que não envolvem a entrada/saída física de mercadorias no/do Brasil (operações de *back to back*).

No caso de operações na modalidade *back to back*, em que uma sociedade brasileira importa produto de parte vinculada (ou de paraíso fiscal) e o exporta a parte vinculada (ou a paraíso fiscal), sem o trânsito da mercadoria pelo Brasil, as regras de preços de transferência devem ser observadas tanto na operação de importação quanto na operação de exportação (desde que envolvam partes vinculadas). É irrelevante que não exista circulação física da mercadoria no Brasil⁹¹.

Feitas as considerações preliminares acima, passamos ao exame dos métodos previstos pela legislação brasileira para ajustes de preços de transferência em operações comerciais.

3.3.2.1. Operações comerciais passivas e ativas com commodities – Métodos PCI e PECEX

A Lei nº 12.715/12, em seu artigo 50, instituiu dois novos métodos para cálculo dos preços parâmetros nas importações e exportações de *commodities* sujeitas à cotação em bolsas de mercadorias e futuro internacionalmente reconhecidas.

Antes da edição da Lei nº 12.715/2012, não havia previsão de métodos específicos aplicáveis às operações de importação e exportação deste tipo de bens. Aos contribuintes

⁹¹ Conforme § 2º do artigo 37 da IN nº 1.312/2012, a margem de lucro de toda a transação, praticada entre pessoas vinculadas, deve ser consistente com a margem praticada em operações realizadas com pessoas jurídicas independentes. O § 3º determina que deverão ser apurados dois preços parâmetros referentes à operação de compra e à operação de venda, observando-se as restrições legais quanto ao uso de cada método de apuração.

cabia eleger o método que seria aplicado às suas operações, fato este que muitas vezes provocava distorções em relação às cotações internacionais.

Com relação às operações de importação, foi criado o Método do Preço sob Cotação na Importação (“PCI”). Para as operações de exportação foi criado o Método do Preço sob Cotação na Exportação (“PECEX”).

Commodities são produtos básicos, bens comerciáveis, homogêneos e de amplo consumo, que podem ser produzidos e negociados por uma ampla gama de empresas. Podem ser produtos agropecuários, minerais, industriais e até mesmo financeiros. O que torna as *commodities* importantes na economia é o fato de que, embora sejam mercadorias primárias, ou minimamente industrializadas, podem ser negociadas em nível global.

Nos termos da IN nº 1.312/2012, os preços das *commodities* negociadas em Bolsas de Mercadorias e Futuros serão comparados com suas cotações em bolsa e eventualmente ajustados para mais ou para menos nos casos de importação de ou exportação para pessoas físicas ou jurídicas vinculadas (ou residentes em paraísos fiscais).

Especificamente quanto às operações de exportação de *commodities*, o artigo 34, parágrafo 6º, da IN nº 1.312/2012 (assim como ocorre em relação aos demais métodos de controle de preços de transferência em exportações, abordados detalhadamente adiante), afasta a aplicação das regras de preço de transferência apenas nos casos em que o preço de exportação for superior a 90% do preço médio praticado na venda dos mesmos bens⁹².

Se não houver cotação específica para os bens importados ou exportados, a IN nº 1.312/2012 prevê a possibilidade de o preço médio de mercado ser aplicado ao bem similar com referência em publicação de instituições de pesquisa setoriais internacionalmente reconhecidas.

Em termos gerais, a criação dos métodos PCI e PECEX é positiva, pois permite, ainda que para produtos específicos, a simplificação da aplicação das regras de preços de transferência. Isto é, ao permitir que os preços de importações e exportações de *commodities*

⁹² Regra geral de *safe harbour* em preços de transferência para operações comerciais de exportação.

sejam comparáveis com as cotações oficiais para os mesmos produtos (observada a data da operação e demais normas de ajuste/equalização de preços, para que não haja distorções entre os preços comparados).

As maiores controvérsias sobre a aplicação das regras de preços de transferência, contudo, não estão relacionadas à aplicação do PCI e PECEX (que, em verdade, tendem a reduzir as disputas em torno de ajustes sobre importação e exportação de *commodities*). As principais disputas decorrem, em verdade, da aplicação dos demais métodos, seja pela dificuldade prática de sua aplicação, seja pelas distorções que causam por não refletirem a realidade de mercado (situação específica dos métodos de margens fixas).

Uma vez apresentadas as regras específicas aplicáveis a operações financeiras e *commodities*, passamos a examinar os métodos específicos aplicáveis de forma genérica a operações de importação e exportação de bens, serviços e direitos, que constituem o cerne das controvérsias em matéria de preços de transferência.

3.3.2.2. Métodos aplicáveis a importações em geral

3.3.2.2.1. Método PIC

O artigo 18, I, da Lei nº 9.430/1996 (conforme redação dada pela Lei nº 12.715/2012) define o método PIC como a média aritmética ponderada⁹³ dos preços de bens, serviços e direitos, idênticos ou similares⁹⁴, apurados no mercado brasileiro ou de outros países, em operação de compra e venda empreendidas pela própria interessada ou por terceiros, em condições de pagamento semelhantes.

A IN nº 1.312/2012 traz regras de “equalização” (ajustes), aptas a equiparar os preços de operações contratadas em diferentes condições. O caput de seu artigo 9º determina que “os valores dos bens, serviços ou direitos serão ajustados de forma a minimizar os efeitos

⁹³ A “média ponderada”, a que faz referência o texto legal (assim como o “custo médio de produção”, aplicável ao CPL), consiste apenas em considerar os preços praticados durante todo o período de apuração do IRPJ e da CSL a que se referirem os custos, despesas e encargos de importação. Considera-se sua média aritmética para fins de determinação do preço parâmetro do método PIC.

⁹⁴ Sobre o conceito de similaridade, fazemos referência ao artigo 42 da IN nº 1.312/2012: Para efeito do disposto nesta Instrução Normativa, 2 (dois) ou mais bens, em condições de uso na finalidade a que se destinam, serão considerados similares quando, simultaneamente: I - tiverem a mesma natureza e a mesma função; II - puderem substituir-se mutuamente, na função a que se destinem; e III - tiverem especificações equivalentes.

provocados sobre os preços a serem comparados, por diferenças nas condições de negócio, de natureza física e de conteúdo”⁹⁵.

Tanto operações da própria importadora como de terceiros podem servir de base para aplicação do método PIC (desde que com produtos idênticos ou similares, observadas as regras de equalização). Para garantir que a comparação do método PIC observe as condições de mercado, as operações internas e externas devem contemplar apenas compras e vendas entre partes não relacionadas (independentes, não vinculadas)⁹⁶.

As operações utilizadas para fins de cálculo do preço parâmetro do PIC devem representar, ao menos, 5% do valor das operações de importação sujeitas ao controle de preços de transferência, empreendidas pela pessoa jurídica, no período de apuração, quanto ao tipo de bem, direito ou serviço importado, na hipótese em que os dados utilizados para fins de cálculo digam respeito às suas próprias operações (Lei nº 9.430/1996, artigo 18, § 10⁹⁷).

Não sendo possível identificar operações de compra e venda no mesmo período a que se referirem os preços sob investigação, a comparação poderá ser feita com preços praticados em operações efetuadas em ano-calendário imediatamente anterior, ajustado pela variação cambial do período (IN nº 1.312/2012, artigo 11, § 2º).

⁹⁵ Somente são permitidos ajustes no caso de bens, serviços e direitos “idênticos” relacionados com (artigo 9º, § 1º, incisos I a VIII): (i) prazo para pagamento; (ii) quantidades negociadas; (iii) obrigação por garantia de funcionamento do bem ou da aplicabilidade do serviço ou direito; (iv) obrigação pela promoção, junto ao público, do bem serviço ou direito, por meio de propaganda e publicidade; (v) obrigação pelos custos de fiscalização de qualidade, do padrão dos serviços e das condições de higiene; (vi) custos de intermediação, nas operações de compra e venda, praticadas pelas pessoas jurídicas não vinculadas, consideradas para efeito de comparação dos preços; (vii) acondicionamento; (viii) frete e seguro; e (ix) custo de desembarque no porto, de transporte interno, de armazenagem e de desembarço aduaneiro incluídos os impostos e taxas de importação, todos no mercado de destino do bem. No caso de bens, serviços e direitos “similares”, além das disposições acima, devem ser feitos ajustes em função das diferenças de natureza física e de conteúdo, considerando, para tanto, os custos relativos à produção do bem, à execução do serviço ou à constituição do direito, exclusivamente nas partes que corresponderem às diferenças entre os modelos objeto da comparação (artigo 10 da IN nº 1.312/12). Tendo em vista que o método PIC preconiza, em última análise, a comparação de importações entre pessoas vinculadas a condições normais de mercado, nos parece que a interpretação dessa norma deve ser ampliativa, no sentido de considerar o rol das hipóteses de ajuste como meramente exemplificativo.

⁹⁶ Lei nº 9.430/1996: Art. 18. (...). § 2º Para efeito do disposto no inciso I, somente serão consideradas as operações de compra e venda praticadas entre compradores e vendedores não vinculados.

⁹⁷ Importante novidade introduzida pela Lei nº 12.715/2012, ao texto da Lei nº 9.430/1996, diz respeito à necessidade de ser utilizada amostragem e/ou representação de valores de importação mínimos para determinação do PIC. O silêncio da norma anterior (e de sua regulamentação) resultou em controvérsias e disputas entre fisco e contribuintes, sobre qual seria o universo mínimo de representação a ser considerado para fins de comparação.

A regra da IN nº 1.312/2012 está alinhada ao posicionamento da CSRF sobre a matéria (construído à época de vigência da IN nº 243/2002, que não dispunha de norma nesse sentido⁹⁸). Em julgado emblemático sobre o tema (Acórdão CSRF nº 01-06.014⁹⁹), a autuação baseada no PIC foi cancelada por utilizar como referência importações ocorridas em períodos posteriores ao fato gerador.

Embora corretamente aplicado ao caso concreto daqueles autos, esse entendimento não deveria ter sido introduzido de forma genérica à legislação aplicável ao PIC. Isto por várias razões. Dentre delas: a utilização do período imediatamente anterior, em muitos casos, pode resultar em distorções das condições de mercado. Exemplificando: em um ano de crise, a oscilação econômica e a instabilidade de comportamento dos mercados tende a ser maior do que em uma década de relativa estabilidade.

Seria mais adequado autorizar a produção de prova ampla pelos contribuintes (independente do período base de comparação), para que possam comprovar que os parâmetros utilizados, após sua devida equalização, refletem as reais condições de mercado (por quaisquer meios: relatórios de desempenho econômico, estudos especializados, dentre outros). A norma deveria se preocupar com a correta equalização dos preços parâmetros, não com a restrição dos períodos das operações comparadas.

Em se tratando o PIC do único método que efetivamente permite uma parametrização com condições concretas de mercado (único método que, de forma efetiva, permite alcançar o padrão *arm's length*)¹⁰⁰, suas hipóteses de aplicação deveriam ser cuidadosamente ampliadas (observados limites para que operações fora de condições normais de mercado não sejam autorizadas com parâmetros de comparação) e não restringidas pela norma reguladora¹⁰¹.

⁹⁸ A IN nº 243/2002 dispunha de redação mais ampla nesse sentido, autorizando a utilização de operações de períodos anteriores ou posteriores (sem qualquer limitação específica), que seriam ajustados também com base na variação cambial do período; o mesmo se verificava na vigência da IN nº 38/1997.

⁹⁹ Conforme voto do relator Marcos Vinícius Neder de Lima, a adoção da taxa de câmbio como única variável importante nesse cálculo (para fins de parametrização dos valores das importações) não emprestaria a segurança necessária à comparação de preços de importação em anos anteriores. Nas palavras do relator: isso equivaleria a subestimar a complexidade das economias modernas e as práticas de negócios internacionais.

¹⁰⁰ Aqui consideramos apenas operações de importações que não contemplam commodities, já que os métodos PVEx, PCI e PECEX também alcançam a essa finalidade, nas operações em que aplicáveis.

¹⁰¹ Em que pesem os argumentos em sentido contrário, a CSRF e as Câmaras Baixas do CARF já se posicionaram sobre a impossibilidade de se aplicar o PIC em relação a operações ocorridas em períodos posteriores ao da importação (o próprio Acórdão CSRF nº 01-06.014 e o Acórdão nº 1302-00.362).

O resultado prático da nova redação trazida pela IN nº 1.312/2012 é que, em operações anteriormente passíveis de aplicação do PIC, o contribuinte se vê obrigado a utilizar um método de margem fixa (PRL ou CPL). A crítica aqui é importante, pois, para se afastar as distorções geradas pela aplicação das margens fixas, restará ao contribuinte brasileiro o pleito por margens alternativas, via APA, conforme será abordado no capítulo IV adiante.

3.3.2.2.2. Método CPL

O artigo 18, III, da Lei 9.430/96 define o CPL como: o custo médio ponderado de produção de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, no país onde tiverem sido originariamente produzidos, acrescido dos impostos e taxas cobrados pelo referido país na exportação, e de margem de lucro de 20%, calculada sobre o custo apurado.

Conforme o artigo 15, § 1º, da IN nº 1.312/2012, a média aritmética ponderada do custo médio ponderado de produção será calculada considerando-se os custos incorridos durante todo o período de apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSL a que se referirem os custos, despesas ou encargos. No CPL não existe margem para comprovação com base nos custos apurados no ano-calendário anterior (diferente do que se verifica em relação ao PIC).

O CPL considera exclusivamente os custos incorridos na produção do bem, serviço ou direito, excluídos quaisquer outros, ainda que se refiram à margem de lucro de distribuidor atacadista (artigo 15, § 2º, da IN nº 1.312/2012¹⁰²). Sobre os itens que integram o custo do CPL, a IN nº 1.312/2012 traz um rol específico (artigo 15, § 5ª):

- (i) o custo de aquisição das matérias-primas, dos produtos intermediários e dos materiais de embalagem utilizados na produção do bem, serviço ou direito;
- (ii) o custo de quaisquer outros bens, serviços ou direitos aplicados ou consumidos na produção;
- (iii) o custo do pessoal, aplicado na produção, inclusive de supervisão direta, manutenção e guarda das instalações de produção e os respectivos encargos sociais incorridos, exigidos ou admitidos pela legislação do país de origem;
- (iv) os custos de locação, manutenção ou reparo e os encargos de depreciação, amortização ou exaustão dos bens, serviços ou direitos aplicados na produção; e

¹⁰² Os §§ 3º e 4º complementam esse dispositivo, ao determinarem que: (i) os custos de produção deverão ser demonstrados discriminadamente, por componente, valores e respectivos fornecedores; e (ii) poderão ser utilizados dados da própria unidade fornecedora ou de unidades produtoras de outras pessoas jurídicas, localizadas no país de origem do bem, serviço ou direito.

(v) os valores das quebras e perdas razoáveis, ocorridas no processo produtivo, admitidas pela legislação fiscal do país de origem do bem, serviço ou direito.

O rol acima reproduz parcialmente o disposto no artigo 46 da Lei nº 4.506/1964 (que traz diretrizes gerais para fins de apuração do imposto de renda), adaptado para fazer referência à legislação do país de origem do bem, serviço ou direito. Não apenas por trazer uma redação relativamente genérica [em especial nos itens (ii) e (v) acima], mas pela própria lógica que norteia a aplicação das regras de preços de transferência, nos parece que a lista deve ser compreendida de forma meramente exemplificativa (e não exaustiva)¹⁰³.

Na prática, existe grande dificuldade para aplicação do método CPL. Isso porque o método depende da abertura de custos por parte da sociedade estrangeira (o que pode ser dificultado por regras de sigilo comercial, por exemplo). Além disso, porque as regras contábeis estrangeiras podem ser distintas e incompatíveis com as brasileiras (existe a necessidade de compatibilização e harmonização dos GAAPs dos países importadores e exportadores).

Com efeito, as sociedades podem adotar critérios distintos para mensuração global de custos, dificultando a sua alocação a um produto específico, conforme exige a regra brasileira de preços de transferência, para fins de aplicação do CPL. Ademais, a base comparativa deve levar em conta a eficiência entre os processos produtivos de importador e exportador ou a sofisticação do mercado parâmetro, como preconizam os *guidelines* da OCDE.

À par das críticas sobre a dificuldade prática de aplicação do CPL, observa-se que o PRL não preconiza a equiparação a um parâmetro de mercado efetivo. Cria apenas um mecanismo para identificação do custo do produto (o próprio bem, serviço ou direito, idêntico ou similar produzido por terceiro, no mesmo ou em outro país), importado do exterior, aplicando-se sobre este custo uma margem genérica de 20% (antes da incidência dos impostos e taxas cobrados no país de origem).

A impossibilidade de o CPL alcançar um parâmetro de mercado efetivo não decorre da metodologia de isolamento do custo do produto importado, mas da aplicação da margem de

¹⁰³ Concordam com esse entendimento Marcelo Alvares Vicente (Op. Cit. 69) e Jonathan Vita (Op. Cit. 15. P. 261).

20% indistintamente. Esta margem se aplica em relação a todo e qualquer produto, independentemente de sua natureza específica e das condições de seu mercado.

Ao determinar a aplicação da margem fixa de 20%, os dispositivos do CPL não consideram sequer as diferenças básicas de margens existentes em mercados atacadistas (que praticam margens menores) e varejistas (que praticam margens maiores).

Tais dispositivos também desconsideram que as margens de lucro podem variar para patamares muito distintos de 20%, a depender do segmento econômico em que estão inseridas as sociedades importadora e exportadora.

Se os custos, despesas e encargos de importações com partes vinculadas forem superiores ao preço parâmetro do CPL, o valor excedente não será dedutível da base de cálculo do IRPJ e da CSL. Como a margem de 20% tende a não refletir a realidade de mercado, a aplicação do CPL dá margem a arguições de inconstitucionalidade, principalmente por violações aos princípios de capacidade contributiva e isonomia (como já apontado no capítulo II).

A Lei nº 12.715/2012, ao alterar a Lei nº 9.430/1996, não trouxe nenhuma novidade relevante para o CPL, no que diz respeito à criação de margens fixas alternativas por setor (diferente do que ocorreu em relação ao PRL, como será abordado no tópico a seguir).

Dessa forma, cabe ao contribuinte que entender conveniente a aplicação do CPL tomar a iniciativa de pleitear a utilização das margens alternativas, através de APAs (conforme diretrizes da Lei nº 9.430/1996, da Portaria nº 222/2008 e da Lei nº 9.430/1996)¹⁰⁴.

Somente pela possibilidade de pleito nesse sentido que a regra do CPL não é absolutamente inconstitucional.

¹⁰⁴ Para alteração da margem fixa do CPL, a legislação dispõe apenas que o Ministro de Estado da Fazenda poderá, em circunstâncias justificadas, alterar os percentuais de que tratam os artigos 18 e 19, de ofício ou mediante requerimento conforme com base em publicações, pesquisas ou relatórios (artigos 20 e 21, § 2º, da Lei nº 9.430/1996). A Portaria nº 222/2008 e a IN nº 1.312/2012 trazem os procedimentos gerais para alteração de margens de lucro no CPL (e demais métodos de margens fixas), como será abordado em detalhes no capítulo IV deste estudo.

3.3.2.2.3. Método PRL

O método PRL certamente é o mais polêmico dos métodos existentes no texto legal brasileiro. Apesar de possuir uma lógica aparentemente simples, importada das *guidelines* da OCDE, pela qual o preço parâmetro é obtido pela subtração de uma margem (fixa) de lucro dos valores de revenda locais, a falta de clareza da legislação brasileira (que sofreu diversas alterações desde 1996), associada à sua precária regulamentação (há sucessivas instruções normativas sobre a matéria, totalmente contraditórias entre si), fomentou intensos debates entre fisco e contribuintes.

Na redação original do artigo 18 da Lei nº 9.430/1996, o preço parâmetro do PRL era obtido pela apuração da média aritmética dos preços de revenda dos bens ou direitos importados, diminuídos: (i) dos descontos incondicionais concedidos; (ii) dos impostos e contribuições incidentes sobre as vendas; (iii) das comissões e corretagens pagas; e (iv) de margem de lucro de 20%, calculada sobre o preço de revenda.

Essa redação trazia dúvida sobre o alcance do PRL. Se seria aplicável somente a importações de produtos acabados destinados à revenda. Ou se seria também aplicável a produtos importados aplicados na produção de bens destinados à revenda.

Embora a redação original da Lei nº 9.430/1996 fosse silente sobre a questão do alcance, as autoridades fiscais incluíram restrição expressa à utilização do PRL para a importação de insumos no texto da IN nº 38/1997.

A dúvida sobre o alcance do PRL somente foi sanada pelo legislador com a edição da Lei nº 9.959/2000, que expressamente autorizou a utilização do método para importações de produtos destinados à produção de novos bens, aplicando-se a margem de lucro de 60%¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Mesmo antes da Lei nº 9.959/2000, os contribuintes sustentavam a aplicação do método PRL para a importação de insumos, já que a IN nº 38/1997 (por ser uma norma secundária) não poderia inovar em relação ao texto legal, para criar uma restrição inexistente no ordenamento. A maior parte dos precedentes administrativos sobre a matéria reconhece a ilegalidade das restrições impostas pela IN nº 38/1997 ao alcance do PRL. Nesse sentido, destacam-se os seguintes acórdãos da CSRF: Acórdão nº 9101-01.212, sessão de 18.10.2010, Cons. Rel. Claudemir Rodrigues Malaquias; Acórdão nº 9101-00.487, sessão de 25.1.2010, Cons. Rel. Karen Jureidini Dias; Acórdão nº 9101-00280, sessão de 24.8.2009, Cons. Rel. Karen Jureidini Dias; Acórdão CSRF nº 01-05.932, sessão de 11.8.2008, Cons. Rel. Karen Jureidini Dias.

A partir daí, surgiram duas sistemáticas distintas de aplicação do PRL: uma para a importação de bens acabados destinados à revenda no Brasil, em que a margem aplicável era de 20% (“PRL 20”); outra para a importação de insumos aplicados à produção, em que a margem era de 60% (“PRL 60”).

O legislador estabeleceu para o PRL 60 a mesma estrutura de cálculo prevista na Lei nº 9.430/1996 para o PRL 20, alterando-se apenas a margem de lucro aplicável e a possibilidade de desconto do “valor agregado no País”.

Visando esclarecer a metodologia para aplicação do método PRL, foi editada a IN nº 113/2000, cujas disposições foram incorporadas à IN nº 32/2001.

Tais normativos deixavam claro que o método PRL deveria ser calculado com base no preço de venda do bem produzido no Brasil, e que este deveria ser tomado em seu valor absoluto. A partir deste valor, seriam feitas as deduções previstas em lei e diretamente calculada a margem de lucro. Finalmente, a margem de lucro seria diretamente diminuída do preço líquido de venda, para apuração do preço parâmetro, sem qualquer cálculo adicional.

As fórmulas para obtenção do preço parâmetro do PRL, conforme metodologia da Lei nº 9.430/1996 (com redação da Lei nº 9.959/2000 e regulamentação da IN nº 32/2001), podem ser assim descritas:

PRL 20	PRL 60
$ML = (PR - A - B - C) * 20\%$	$ML = (PR - A - B - C - VA) * 60\%$
$PP = PR - A - B - C - ML$	$PP = PR - A - B - C - ML$

Variáveis
ML = Margem de Lucro
PR = Preço de revenda
A = Descontos incondicionais
B = Impostos e contribuições sobre vendas
C = Comissões e corretagens pagas
VA = Valor Agregado
PP = Preço parâmetro

Embora de simples aplicação prática, a legislação e a regulamentação do PRL foram objeto de diversas críticas, por gerarem distorções em casos concretos.

No caso do PRL 20, a margem de lucro de 20% poderia não ser compatível com a realidade de mercado (resultando em ajustes sem referencial no princípio *arm's length*).

No caso do PRL 60, as críticas foram ainda mais severas, pois, além da incompatibilidade da margem de 60% com o mercado (mesma problemática do PRL 20), a legislação e sua regulamentação não trouxeram um conceito claro de “valor agregado no País”.

Com base no texto legal (anterior às alterações promovidas pela Lei nº 12.715/2012), havia duas possíveis interpretações para o termo “valor agregado no País”. A primeira o considerava como o conjunto de partes, peças e mão de obra empregados no Brasil (“Método do Conjunto das Matérias Primas Importadas”, ou “*Importação*”). A segunda considerava esses mesmos itens, adicionando a estes o custo das demais matérias primas importadas (“Método da Matéria Prima Individual”).

No primeiro método, os insumos importados eram considerados em conjunto, o que resultava num preço parâmetro inferior ao obtido com base no segundo método. Conseqüentemente, o Método do Importação resultava em maiores ajustes tributáveis do que o Método da Matéria Prima Individual.

Para os períodos anteriores à vigência da Lei nº 12.715/2012, parte da doutrina defende o Método da Matéria Prima Individual, já que a literalidade do texto legal não permitia obtenção de um preço parâmetro com base num conjunto de produtos, dado que os ajustes seriam feitos com base na importação de um produto isolado. Destacamos, nesse sentido, o posicionamento de Luis Eduardo Schoueri:

“Ao considerar como valor agregado no País apenas o custo de produção local, essa hipótese imputaria a margem de lucro sobre a soma de todos os bens importados aplicados à produção mais a totalidade do lucro auferido, a fim de calcular o preço-parâmetro de um só bem importado. Não faz sentido exigir-se uma margem de lucro

sobre a totalidade dos bens que não sejam nacionais, quando o preço parâmetro está sendo calculado com relação a só um deles”¹⁰⁶.

Por outro lado, outros doutrinadores consideraram que o “Método da Matéria Prima Individual” poderia inviabilizar a realização de ajustes, a depender do valor do insumo importado em comparação com o produto final comercializado. Seria o caso, por exemplo, da importação de para brisa para a produção de um veículo. A diferença abissal da grandeza de valores tornaria inócua a aplicação do método PRL: qualquer preço praticado na importação, ainda que abusivo, ficaria livre de ajustes, já que o preço parâmetro seria baseado no preço de venda do veículo.

Para ilustrar a controvérsia, transcrevemos exemplo abordado na Mesa de Debates, realizada pelo Departamento de Direito Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 5.10.2005¹⁰⁷:

“(...) A questão já é bastante complicada quando se tem a hipótese (sempre muito didática) do pára-brisa, ainda que no carro vendido nenhum de seus outros itens seja importado. Como encontrar o preço parâmetro de um único item importado, que é inserido em um produto mais complexo, montado com a adição de um número enorme de outros itens? Como fazer isso se o legislador não nos instruiu com qualquer regra ou informação? Obviamente, há aí uma questão aritmética, uma obviedade que é a proporcionalização dos valores, muito embora não esteja escrito, embora não esteja normatizada. Particularmente, compreendo que a realidade dos fatos, uma vez mais apelando para a realidade dos fatos, não nos deixa alternativa se não essa proporcionalização.

No entanto, a coisa começa a se complicar quando nós temos outro item importado, por exemplo, o motor. Neste caso, temos um motor e o pára-brisa, tanto um como o outro importado de pessoa vinculada e, portanto, ambos com os preços sujeitos à análise de sua adequação às regras de preços de transferência. Uma primeira hipótese seria a seguinte. Ao testar o pára-brisa, ou seja, na hora de aplicar a fórmula do PRL (e aí eu estou assumindo a metodologia da lei, refletida na Instrução Normativa 32), eu consideraria como valor agregado tudo aquilo que for diferença, ou seja, tudo que não for pára-brisa, aí incluído, inclusive, o custo do motor. Assim, não seria feita qualquer distinção daquilo que é nacional e importado, e mais, daquilo que é importado, nenhuma distinção entre o que é de pessoa vinculada e não vinculada.

Uma segunda hipótese seria somar o valor do pára-brisa ao do motor, como se os dois itens fossem um conjunto, e aplicar a fórmula sobre tal conjunto. Desta forma, seria encontrado um preço parâmetro do que é importado de pessoa vinculada, não se misturando aquilo que está sob análise com aquilo que está pré aceito (i.e. tudo

¹⁰⁶ SCHOUERI, Luis Eduardo. Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro. 2ª ed. São Paulo, Ed. Dialética, 2006. P. 157.

¹⁰⁷ Mesa de Debates realizada em 5.10.2005, entre os Professores Gerd Rothmann, Luis Eduardo Schoueri, Ricardo Mariz de Oliveira, Marcelo Natale, Natanael Martins, Mário Junqueira Franco e Luciana Rosanova Galhardo.

aquilo que foi comprado de terceiro). Esta hipótese, portanto, não considera como valor agregado aquilo que é importado de pessoa vinculada.

Esta segunda hipótese parece-me mais adequada porque evita algumas distorções, como a que podemos identificar no seguinte exemplo. A pessoa jurídica importa um pára-brisa, cujo preço normal é R\$ 500,00, mas em razão da aplicação planejada (dolosa) de outro método diferente do PRL, consegue justificar o preço de, digamos, R\$ 5.000,00. Então, ao calcular o preço do motor pelo primeiro método que eu mencionei, tal pessoa terá um valor agregado a considerar muito superior, gerando, por consequência, um ajuste menor.”

Visando corrigir as distorções apontadas, as autoridades fiscais da RFB editaram a IN nº 243/02, que modificou a estrutura do PRL no caso de bens aplicados à produção, introduzindo um procedimento adicional à metodologia dos normativos anteriores. Nos termos da IN nº 243/2002, passou a ser necessário efetuar um cálculo proporcional sobre o preço líquido de venda, para somente depois determinar o valor da margem de lucro e o preço parâmetro aplicável.

A IN nº 243/2002 criou, assim, o chamado “critério de proporcionalidade”, destinado a identificar a participação do insumo importado no produto final comercializado, para que os ajustes do PRL tomassem por base essa participação, e não o produto final comercializado em seu valor absoluto.

Nos termos do artigo 12, § 11, incisos I a V, da IN 243/02, no caso da importação de bens aplicados à produção, o preço parâmetro do PRL seria apurado excluindo-se o valor agregado no País e a margem de lucro de 60%, conforme a seguinte metodologia:

- (i) toma-se o preço líquido de venda, assim considerada a média aritmética ponderada dos preços de venda do bem produzido, diminuídos dos descontos incondicionais concedidos, dos impostos e contribuições sobre as vendas e das comissões e corretagens pagas;
- (ii) calcula-se o percentual de participação do bem importado no custo total do bem produzido, de acordo com a planilha de custos da empresa;
- (iii) aplica-se o percentual de participação do bem importado no custo total do bem produzido sobre o preço líquido de venda, para encontrar o valor da participação do bem importado no preço de venda do bem produzido;
- (iv) depois, calcula-se a margem de lucro de 60% sobre a participação do bem importado no preço de venda do bem produzido; e
- (v) finalmente, o preço parâmetro será equivalente à diferença entre o valor da participação do bem importado no preço de venda do bem produzido e a margem de lucro de 60%.

As disposições trazidas pela IN n° 243/2002 tiveram implicações significativas, provocando um aumento substancial no valor dos ajustes tributáveis para toda e qualquer operação sujeita à aplicação do PRL 60, conforme podemos verificar nos cálculos comparativos abaixo:

Exemplo 1 (Lei n° 9.430/1996, cf. Lei n° 9.959/2000 e IN ° 32/2001)		Bem 1	Bem 2
a	Preço líquido de venda	\$ 1.200	\$ 1.200
b	Preço do produto vendido	\$ 1.000	\$ 1.000
c	Valor agregado no Brasil	\$ 200	\$ 400
d	Custo do bem importado	\$ 800	\$ 600
e	Margem de lucro	60%	
f	Lucro [(a-c)*e]	\$ 600	\$ 480
g	Preço parâmetro [a-f]	\$ 600	\$ 720
Ajuste tributável [d-g]		\$ 200	\$ zero

Exemplo 2 (IN n° 243/2002)		Bem 1	Bem 2
a	Preço líquido de venda	\$ 1.200	\$ 1.200
b	Preço do produto vendido	\$ 1.000	\$ 1.000
c	Valor agregado no Brasil	\$ 200	\$ 400
d	Custo do bem importado	\$ 800	\$ 600
e	Margem de lucro	60%	
f	Participação do bem importado no custo total do produto [d/b]	80%	60%
g	Preço líquido de venda proporcional [f*a]	\$ 960	\$ 720
h	Lucro [g*e]	\$ 576	\$ 432
i	Preço parâmetro [g-h]	\$ 384	\$ 288
Ajuste tributável [d-i]		\$ 416	\$ 312

A análise comparativa das fórmulas permite afirmar que: (i) a metodologia de cálculo do PRL da Lei n° 9.430/1996 é diferente da prevista pela IN n° 243/2002, resultando em diferentes ajustes no lucro tributável; (ii) os ajustes com base na metodologia da IN n° 243/2002 são sempre superiores aos verificados na metodologia da Lei n° 9.430/1996; e (iii) as divergências decorrem, principalmente: (iii.1) da desconsideração da variável “valor agregado no Brasil” pela metodologia da IN n° 243/2002; e (iii.2) da introdução de “critério de proporcionalização” (participação do bem importado no custo total do produto) na metodologia da IN n° 243/02, que inexistia na fórmula da Lei n° 9.430/1996.

Se na lógica da IN nº 32/2001 os produtos importados que não tivessem grande relevância na produção local ficavam sempre livres de ajustes (distorção do exemplo do parabrisa), a lógica da IN nº 243/2002 criou distorções ainda maiores, pois, somente estariam dispensados de ajustes os insumos que fossem revendidos com margem de lucro superior a 60%. Além disso, as inovações na fórmula do PRL 60 da IN nº 243/2002 não puderam ser identificadas na Lei nº 9.430/1996, o que resultou em contundentes questionamentos acerca de sua legalidade.

Se na metodologia da IN nº 32/2001 (que simplesmente reproduz a letra da Lei nº 9.430/1996) as distorções eram de cunho econômico, na IN nº 243/2002 tais distorções assumiram também um caráter de ilegalidade e inconstitucionalidade. Isso porque a fórmula da IN nº 243/2002, invariavelmente, resultava em maiores ajustes tributáveis em comparação com a fórmula da Lei nº 9.430/1996. Instruções normativas são normas secundárias e sua aplicação não poderia resultar em majoração de tributo.

Em observância ao princípio da legalidade, somente a lei (e não uma mera instrução normativa) poderia alterar a base de cálculo do IRPJ e da CSL para majorá-los. É o que se depreende do artigo 97 do CTN. Dessa forma, a IN nº 243/2002 se mostra simultaneamente ilegal (por ser incompatível com a Lei nº 9.430/1996 e com o artigo 97 do CTN) e inconstitucional (por violar o princípio da legalidade).

A exigência de ajustes pelo PRL 60 da IN nº 243/2002, notadamente ilegal e inconstitucional, foi simplesmente desconsiderada por um grande número de contribuintes, que passaram a ser sistematicamente autuados pelas autoridades fiscais. Hoje a temática da legalidade da IN nº 243/2002 é um dos principais temas em pauta na CSRF do CARF.

No entanto, as primeiras decisões sobre o tema na CSRF foram contrárias aos contribuintes¹⁰⁸, sendo reconhecida a legalidade da IN nº 243/2002. A tese criada pela Procuradoria da Fazenda Nacional, que obteve êxito nesses primeiros julgados, busca demonstrar que o PRL 60 da IN nº 243/2002 seria uma interpretação lógico-gramatical da Lei nº 9.430/1996.

¹⁰⁸ Aqui fazemos referência ao Acórdão 9101-002.175, de 19.1.2016, proferido pela CSRF, sob relatoria do Conselheiro Marco Aurélio Valadão, o qual, em análise teórica da tese, considera que os ajustes da IN 243 são sempre iguais ou inferiores da Lei nº 9.430/1996.

Para tanto, as autoridades fiscais sustentam que o “critério de proporcionalidade” seria uma possível interpretação da expressão “valor agregado no País”, e que a aplicação da fórmula da Lei nº 9.430/1996 (conforme a IN nº 32/2001) poderia ser mais gravosa do que a criada pela IN nº 243/2002.

Nesse particular, consideram que existiria um suposto erro gramatical no texto da Lei nº 9.430/1996, que teria sido “corrigido” pela IN nº 243/2002. Isso porque a Lei nº 9.430/1996 (artigo 18, II, “d”), determinava que o PRL 60 seria “*definido como a média aritmética dos preços de revenda dos bens ou direitos diminuídos (...) da margem de lucro de 60%, calculada sobre o preço de revenda após deduzidos os valores referidos nas alíneas anteriores e do valor agregado no País (...)*” (grifo nosso).

Sustentam as autoridades fiscais que a expressão “do valor agregado no País” deveria ser substituída por “o valor agregado no País”. Consequentemente, as fórmulas do PRL 60, conforme a “letra da lei” e conforme “leitura das autoridades fiscais”, se apresentariam da seguinte forma:

PRL 60 (Letra da lei)	PRL 60 (Leitura das autoridades fiscais)
$ML = (PR - A - B - C - VA) * 60\%$	$ML = (PR - A - B - C) * 60\% - VA$
$PP = PR - A - B - C - ML$	$PP = PR - A - B - C - ML$

Variáveis
ML = Margem de Lucro
PR = Preço de revenda
A = Descontos incondicionais
B = Impostos e contribuições sobre vendas
C = Comissões e corretagens pagas
VA = Valor Agregado
PP = Preço parâmetro

Os ajustes tributáveis, nessa interpretação das autoridades fiscais, resultariam sempre superiores aos decorrentes da aplicação da letra da Lei nº 9.430/1996, conforme exemplos abaixo:

Exemplo 1 (Letra da lei)		Bem 1	Bem 2	Bem 3
a	Preço líquido de venda	\$ 1.200	\$ 1.200	\$ 1.200
b	Preço do produto vendido	\$ 1.000	\$ 1.000	\$ 1.000
c	Valor agregado no Brasil	\$ 200	\$ 400	\$ 600
d	Custo do bem importado	\$ 800	\$ 600	\$ 400
e	Margem de lucro	60%		
f	Lucro [(a-c)*e]	\$ 600	\$ 480	\$ 360
g	Preço parâmetro [a-f]	\$ 600	\$ 720	\$ 840
Ajuste tributável [d-g]		\$ 200	\$ zero	\$ zero

Exemplo 2 (Leitura das autoridades fiscais)		Bem 1	Bem 2	Bem 3
a	Preço líquido de venda	\$ 1.200	\$ 1.200	\$ 1.200
b	Preço do produto vendido	\$ 1.000	\$ 1.000	\$ 1.000
c	Valor agregado no Brasil	\$ 200	\$ 400	\$ 600
d	Custo do bem importado	\$ 800	\$ 600	\$ 400
e	Margem de lucro	60%		
f	Lucro [a*e]	\$ 720	\$ 720	\$ 720
g	Preço parâmetro [a-f]-c	\$ 280	\$ 80	\$ -120
Ajuste tributável [d-g]		\$ 520	\$ 520	\$ 520

Nota-se que a alteração da expressão “do valor agregado no País” por “o valor agregado no País” causaria um impacto gritante nos ajustes de preços de transferência objeto da aplicação do PRL 60.

Do exame do exemplo prático, verifica-se que a substituição do termo “do” por “o” não torna livre de distorções o PRL 60 da Lei nº 9.430/1996. Pelo contrário, apenas agrava os ajustes tributáveis, elevando-os a patamares superiores aos já distorcivos e abusivos ajustes da IN nº 243/2002. E mais grave: resulta em situações fáticas absurdas, como a exigência de ajustes com base em um preço parâmetro negativo (vide exemplo com o “Bem 3” no “Exemplo 2” acima).

Nos parece claro que o objetivo da procuradoria da Fazenda Nacional, com essa “releitura”, não era “corrigir” ou “melhorar” a fórmula da Lei nº 9.430/1996. Pelo contrário, era apenas criar espaço para justificar a metodologia da IN nº 243/2002.

Isso porque, pela “releitura”, a fórmula da Lei nº 9.430/1996 resultaria em ajustes superiores aos da IN nº 243/2002. E, por conta disso, não se poderia alegar que a IN nº 243/2002 teria resultado em majoração de tributo, ou violado o princípio da legalidade.

Trata-se, a nosso ver, de uma manobra equivocada, sem qualquer fundamentação lógica ou jurídica aceitável. Espera-se que a CSRF reveja sua posição sobre a tese, para que não prevaleçam os ajustes com base em critérios claramente ilegais e inconstitucionais.

A falta de fundamento legal do cálculo do método PRL 60, introduzido pela IN nº 243/2002, se mostrou tão evidente que o próprio Ministério da Fazenda reconheceu a necessidade de lei para mitigar os litígios e regularizar (sob o ponto de vista formal), as inconsistências apontadas acima.

Para tanto, editou a Medida Provisória nº 478/2009 (que acabou não sendo convertida em Lei) e, posteriormente, a Medida Provisória nº 563/2012, convertida na Lei nº 12.715/2012, que finalmente alterou o PRL da Lei nº 9.430/1996.

A exposição de motivos da MP nº 478/2009¹⁰⁹ reconheceu expressamente que as alterações no critério de cálculo da sistemática dos preços de transferência previstos na Lei nº 9.430/1996 visavam “*instituir, em dispositivo legal, [...] medidas que hoje constam apenas em Instrução Normativa*” e assim “*reduzir a litigiosidade que a matéria tem suscitado*”.

Na exposição de motivos da MP nº 563/2012 (posteriormente convertida na Lei nº 12.715/2012), o legislador reconhece de forma mais clara a ilegalidade e inconstitucionalidade da IN nº 243/2002, por resultar em causa majoração da base de cálculo do IRPJ e da CSL. Em seus termos:

(...) 56. A medida proposta também visa a aperfeiçoar a legislação aplicável ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ e à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL no tocante a negócios transnacionais entre pessoas ligadas, visando a reduzir litígios tributários e a contemplar hipóteses e mecanismos não previstos quando da edição da norma, atualizando-a para o ambiente jurídico e de negócios atual (...).

¹⁰⁹ A Exposição de Motivos da MP 478/09 é assinada, dentre outros, pelo atual Advogado Geral da União, Luis Inácio Lucena Adams, na ocasião Procurador Geral da Fazenda Nacional. Contudo, não foi convertida em lei.

58. Como medida de combate a essas práticas, que aviltam a base de tributação no Brasil transferindo-a para outros países, impõe-se ao contribuinte o dever de comprovar que os valores dessas operações não sofreram manipulações ou ajustes indevidos, o que é feito mediante o cálculo dos chamados preços parâmetros (...).

63. Como algumas das alterações introduzidas pelos arts. 38 e 40 da Medida Provisória podem implicar em aumento do tributo, em atenção ao princípio da anterioridade, foi estabelecido que a produção de efeitos ocorreria em 2013 (...).

A Lei nº 12.715/2012, conforme disciplinada pelo artigo 12 da IN nº 1.312/2012, buscou afastar as discussões que vinham sendo até então travadas entre contribuintes e Fisco, “unificando” ambas as versões do PRL, com alterações destinadas a mitigar as distorções do modelo.

Nos termos da Lei nº 12.715/2012, o “novo PRL” passou a ser calculado com base na mesma metodologia antes prevista na IN nº 243/2002 para o cálculo do PRL 60 (considerando o critério de proporcionalidade), pondo fim às discussões em torno da ilegalidade da IN nº 243/2002, para períodos posteriores a 2013.

A metodologia de cálculo aplicável ao PRL, com a edição da Lei nº 12.715/2012, passou a se valer das seguintes variáveis: (i) preço líquido de venda; (ii) percentual de participação dos bens, direitos ou serviços importados no custo total do bem, direito ou serviço vendido; (iii) participação dos bens, direitos ou serviços importados no preço de venda do bem, direito ou serviço vendido; (iv) margem de lucro; e (v) preço parâmetro. Como se vê, a norma afastou a variável “valor agregado no Brasil”, que embora constasse no texto da IN nº 243/2002, já não compunha a fórmula do seu PRL 60.

Outra novidade trazida pela Lei nº 12.715/12 em relação ao PRL foi a exclusão das seguintes parcelas no cálculo do percentual de participação dos bens importados nos produtos vendidos: (i) tributos incidentes na importação; (ii) gastos no desembaraço aduaneiro; e (iii) valores do frete e do seguro cujo ônus tenha sido do importador (desde que os mesmos tenham sido contratados com pessoas não vinculadas e/ou não residentes ou domiciliadas em países ou dependências com tributação favorecida ou com regime fiscal privilegiado).

Em princípio, seria possível concluir que essas alterações seriam no sentido de que o preço adotado na operação para fins do cômputo do PRL deixou de seguir o padrão CIF¹¹⁰ (*cost, insurance and freight*) acrescido do Imposto de Importação (“I.I.”), para seguir a cláusula FOB¹¹¹ (*free on board*). Essa interpretação certamente beneficiaria os contribuintes e afastaria uma série de disputas existentes no âmbito dos tribunais administrativos (para períodos posteriores a 2013), sobre a possibilidade (ou não) de considerar valores de frete e seguro contratados com terceiros (partes não vinculadas) para fins de ajustes de preços de transferência¹¹².

No que diz respeito às margens de lucro previstas pela Lei nº 12.715/2012, de modo diverso do que ocorria antes de sua publicação, deixaram de se basear na função atribuída ao bem importado no País (revenda ou utilização em produção) e passou a ser fixada conforme o setor de atividade do importador. De acordo com a redação dada pela Lei nº 12.715/2012 ao artigo 18, §10, da Lei nº 9.430/1996, as margens mínimas aplicáveis ao PRL passaram a ser as seguintes:

(i) Margem de 40%: aplicável para os setores de (a) produtos farmoquímicos e farmacêuticos; (b) produtos do fumo; (c) equipamentos e instrumentos ópticos, fotográficos e cinematográficos; (d) máquinas, aparelhos e equipamentos para uso odontomédico-hospitalar; (e) extração de petróleo e gás natural; e (f) produtos derivados do petróleo;

(ii) Margem de 30%: aplicável para os setores de (a) produtos químicos; (b) vidros e de produtos do vidro; (c) celulose, papel e produtos de papel; e (d) metalurgia; e

(iii) Margem de 20%: aplicável para os demais setores.

Nos casos em que a pessoa jurídica realizar atividades enquadradas em diferentes setores econômicos, os cálculos deverão ser inicialmente individualizados e segregados de

¹¹⁰ Neste caso, temos que estão incluídas no preço da mercadoria vendida as despesas com seguro e frete até o local de destino. Logo, é do vendedor a obrigação de entregar a mercadoria ao comprador, no local em que este tem seu estabelecimento ou no porto de destino, correndo por sua conta as despesas com frete e seguro.

¹¹¹ Neste caso, cabe ao vendedor o encargo de entregar a mercadoria a bordo, pelo preço estabelecido, ficando as despesas decorrentes do transporte (frete e seguro) por conta do comprador, bem como os riscos da operação até o porto de destino.

¹¹² A questão envolvendo a exclusão de frete e seguros no cálculo dos ajustes de preços de transferência ainda comporta dúvidas, na medida em que a Lei nº 9.430/1996, conforme alterada pela Lei nº 12.715/2012, não chegou a determinar expressamente um tratamento fiscal aplicável aos valores de frete e seguros. A questão que se coloca é se a exclusão dessas parcelas se dá em relação ao “custo médio do item importado”, ou ao “custo total médio ponderado do bem, serviço ou direito vendido”. A nosso ver, o posicionamento das autoridades fiscais seria o de excluir os valores de frete e seguros apenas no “custo médio do item importado”, na medida em que o artigo 12 da IN nº 1.312/2012, em seu §3º, determina expressamente a exclusão dessas parcelas no cômputo do custo médio do item importado, ao passo que o §4º impõe sua inclusão no custo total médio ponderado do bem.

acordo com o respectivo setor de atividade e, em seguida, o preço parâmetro final deve ser apurado pela média ponderada dos respectivos preços dos setores econômicos.

O quadro abaixo sintetiza as alterações introduzidas pela Lei nº 12.715/2012, na forma de determinação dos preços de transferência pelo método PRL:

	Lei 9.430/96 (IN 32/01)	IN 243/02	Lei 12.715/12
Metodologia do cálculo	Não era feita distinção entre metodologia aplicada para PRL 20 e PRL 60.	Distinção entre metodologia aplicada para PRL 20 e PRL 60.	Unificação das metodologias de cálculo anteriormente aplicáveis para PRL 20 e PRL 60.
Preço Praticado nas Operações	CIF + II	CIF + II	FOB
Margem de Lucro	<p>✓ 20% nos casos de revenda de bens, serviços ou direitos; e</p> <p>✓ 60% nos casos de bens, serviços ou direitos importados aplicados na produção.</p>	<p>✓ 20% nos casos de revenda de bens, serviços ou direitos; e</p> <p>✓ 60% nos casos de bens, serviços ou direitos importados aplicados na produção.</p>	<p>✓ 40% nos casos de (a) produtos farmoquímicos e farmacêuticos; (b) produtos do fumo; (c) equipamentos e instrumentos ópticos, fotográficos e cinematográficos; (d) máquinas, aparelhos e equipamentos para uso odontomédico-hospitalar; (e) extração de petróleo e gás natural; e (f) produtos derivados do petróleo;</p> <p>✓ 30% nos casos de (a) produtos químicos; (b) vidros e de produtos do vidro; (c) celulose, papel e produtos de papel; e (d) metalurgia; e</p> <p>✓ 20% nos demais casos.</p>

Embora seja inegável que o PRL da Lei nº 12.715/2012 tenha evoluído e apresentado alterações positivas em relação à metodologia anterior, é certo que sua aplicação ainda comporta dúvidas e dá margem a disputas. O PRL continua sendo um método de margens fixas, apresentando assim os mesmos problemas e causando as mesmas distorções apresentadas nos capítulos iniciais deste estudo (por exemplo, incompatibilidade com a realidade de mercado, já que os percentuais não correspondem às margens de lucro

efetivamente praticadas pelas sociedades, violações a princípios de isonomia, capacidade contributiva, dentre outras).

Como bem observa Sergio André Rocha, “*o novo modelo de margens predeterminadas estabelecido para o PRL não deve atingir a finalidade mencionada na Exposição de Motivos da Medida Provisória n. 563/2012, da redução dos litígios envolvendo preços de transferência. Com efeito, a utilização dos diversos tipos de setores de atividade econômica abre a porta para diversas dúvidas a respeito de sua aplicação em casos concretos. Já que a Instrução Normativa n. 1.312/2012 não cuidou de concretizar as atividades econômicas sujeitas à aplicação de percentual de lucro específico, acreditamos que potenciais divergências interpretativas possam dar origem a uma nova onda de controvérsias entre Fisco e contribuintes*”¹¹³.

As divergências interpretativas e controvérsias apontadas pelo autor decorrem, em última análise, da colisão entre a praticabilidade do PRL (e outros métodos baseados em margens fixas) e o padrão *arm's length*, bem como da violação ao princípio da isonomia e de capacidade contributiva. Com efeito, ao aplicarem margens fixas que não condizem necessariamente com a realidade de mercado, ora as regras brasileiras de preços de transferência beneficiam, ora prejudicam contribuintes que, apesar de vivenciarem realidades de mercado distintas, têm seus lucros sujeitos a uma mesma regra de ajuste.

Embora as principais disputas entre fisco e contribuintes ainda estejam concentradas na esfera administrativa (principalmente no âmbito do CARF), em um futuro próximo devem ser iniciadas disputas na esfera judicial, em que questões atinentes à constitucionalidade dos métodos baseados em margens fixas poderão ser amplamente debatidas.

Certamente um dos argumentos dos contribuintes, em tais litígios, estará relacionado à violação à isonomia e à capacidade contributiva nos casos de aplicação do PRL (dentre outras problemáticas inerentes à metodologia de margens fixas), já que as margens indicadas pelo texto legal não refletem a realidade de mercado (é certo que as margens de 20% a 40% não atendem à realidade de todos os segmentos).

¹¹³ ROCHA, Sérgio André. “Preços de Transferência e tipologia Jurídica: as Novas Margens de Lucros Presumidas do PRL”. In *Tributos e Preços de Transferência*, 4º volume, coord. Luis Eduardo Schoueri. Dialética. São Paulo, 2013, p. 371 ss.

Nota-se que a problemática das margens fixas poderia ser solucionada pela adoção de margens alternativas, considerando as particularidades de cada contribuinte, poupando assim fisco e contribuintes dos litígios que serão instaurados. Novamente, verifica-se que os APAs se afiguram como alternativas viáveis para solucionar as distorções resultantes do PRL em seu panorama atual.

No item 4.5 deste estudo, retornaremos à temática do PRL, dado que as maiores controvérsias em preços de transferência decorrem, justamente, da inaplicabilidade das margens fixas do texto legal à realidade dos contribuintes.

A incompatibilidade da margem era absurdamente desproporcional na vigência da IN nº 243/2002 (dado que praticamente nenhum contribuinte pratica a margem de 60% sobre os insumos importados) e permanece após a edição da Lei nº 12.715/2012. O pleito de margem alternativa será apresentado como solução viável para sanar tais distorções.

3.3.2.3. Métodos aplicáveis a exportações em geral

Nos termos do artigo 19 da Lei nº 9.430/1996, as receitas auferidas por empresas brasileiras em operações com pessoa vinculada estrangeira ficam sujeitas a arbitramento quando o preço médio do bem, serviço ou direito exportado for inferior a 90% do preço médio praticado no mercado brasileiro, durante o mesmo período, em condições de pagamento semelhantes.

A legislação não é clara sobre a possibilidade de se considerar apenas vendas a partes relacionadas no mercado brasileiro, ou se também poderiam ser consideradas vendas a partes independentes. A doutrina considera que seria possível considerar quaisquer vendas no mercado brasileiro, inclusive feitas a partes vinculadas¹¹⁴.

Caso a pessoa jurídica brasileira não realize operações de venda no mercado interno, a determinação dos referidos preços médios poderá ser efetuada com base em dados de outras

¹¹⁴ Nesse sentido, destacamos a obra de Alberto Xavier. Op. Cit. 55. P. 368.

empresas que pratiquem a venda de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, no mercado brasileiro.

Para efeitos de comparação, o preço de venda no mercado brasileiro, deverá ser considerado líquido dos descontos incondicionais concedidos, do ICMS, do ISS e das contribuições PIS e COFINS. Nas exportações, será tomado pelo valor depois de diminuído dos encargos de frete e seguro, cujo ônus tenha sido da empresa exportadora.

Além da regra que dispensa ajustes de preços de transferência se comprovado que as receitas de exportação superam 90% do preço médio praticado no mercado brasileiro, há outras duas regras de *safe harbour* com finalidade semelhante, previstas no artigo 48 da IN nº 1.312/2012.

Tais regras se aplicam caso: (i) a receita total das exportações não exceda o limite de 5% da receita total auferida pela sociedade (regra contida no artigo 36 da IN nº 243/2002, não alterada pelo artigo 48 da IN nº 1.312/2012); ou (ii) a empresa obtenha lucros decorrentes de exportações a partes vinculadas equivalentes ou superiores a 10% do total de suas receitas de exportação (na regra da IN nº 243/02, esse percentual era de 5%).

Caso o preço praticado nas exportações a partes vinculadas seja inferior ao limite de 90%, ou não atenda às demais cláusulas de *safe harbour* indicadas nos itens (i) e (ii) acima, as receitas da sociedade exportadora brasileira serão determinadas com base na aplicação de um dos seguintes métodos:

(i) Método do Preço de Venda nas Exportações (“PVEx”): definido como a média aritmética dos preços de venda nas exportações efetuadas pela própria empresa, para outros clientes não vinculados, 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 sobre a renda e em condições de pagamento semelhantes;

(ii) Método do Preço de Venda por Atacado no País de Destino, Diminuído do Lucro (“PVA”): definido como a média aritmética dos preços de venda de bens, idênticos ou similares, praticados no mercado atacadista do país de destino, em condições de pagamento

semelhantes, diminuídos dos tributos incluídos no preço, cobrados no referido país, e de margem de lucro de quinze por cento sobre o preço de venda no atacado;

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

(iv) Método do Custo de Aquisição ou de Produção mais Tributos e Lucro (“CAP”): definido como a média aritmética dos custos de aquisição ou de produção dos bens, serviços ou direitos, exportados, acrescidos dos impostos e contribuições cobrados no Brasil e de margem de lucro de 15% (quinze por cento) sobre a soma dos custos mais impostos e contribuições.

Se mais de um método for utilizado, será considerado o menor dos valores apurados (mais benéfico ao contribuinte). Se o valor apurado segundo esses métodos for inferior aos preços de venda constantes dos documentos de exportação, prevalecerá o montante da receita reconhecida conforme os referidos documentos.

Por outro lado, a parcela das receitas apuradas segundo um dos métodos que exceder ao valor já apropriado na escrituração da empresa deverá ser adicionada ao lucro líquido, para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSL. Isso porque a aplicação dos métodos tem por finalidade uma maior alocação de receita tributável no Brasil, assim como verificado em relação aos métodos de importação.

Se naquela hipótese os métodos estão direcionados a restringir a dedutibilidade dos custos de importação, nesta o objetivo é garantir uma receita mínima de exportação, que não desvirtue as condições normais de mercado (padrão *arm's length*).

Os métodos previstos para as exportações, desse modo, são reflexos dos métodos aplicáveis às importações (PIC-PVEx; CPL-CAP; e PRL-PVA/PVV). Passamos a examinar, um a um, os métodos aplicáveis à exportação.

3.3.2.3.1 Método PVEx

O PVEx encontra previsão legal no artigo 19, § 3º, I, da Lei nº 9.430/1996 e regulamentação no artigo 30 da IN nº 1.312/2012 (que reproduz sem alterações o artigo 23 da IN nº 243/2002). Espelha o método PIC na importação.

Seu preço parâmetro toma por base os preços médios ponderados de venda nas exportações de produtos idênticos ou similares, em condições semelhantes de pagamento a partes não vinculadas (independentes)¹¹⁵.

Caso não seja possível identificar operação idêntica ou similar feita pela própria exportadora a terceiro independente, poderá ser considerado como parâmetro o preço praticado por outra exportadora brasileira a terceiro independente (observados os ajustes de equalização previstas nos artigos 22 a 25 da IN nº 1.312/2012).

Observa-se que o alcance do PVEx é mais restrito que o do PIC. No PIC é permitida a comparação de operações entre exportadores e importadores de diferentes países (não se limita a importações para o Brasil). No caso do PVEx, a leitura da Lei nº 9.430/1996 e da IN nº 1.312/2012 aparentemente restringe as operações passíveis de comparação a exportações feitas a partir do Brasil.

Por se tratar do único dos métodos de exportação que permite a efetiva comparação dos preços de exportação praticados com partes vinculadas aos praticados entre partes independentes (em condições *arm's length*), nos parece que a regra deveria ser flexível, de modo a aumentar o leque de possibilidades de comparação (para algo que mais se assemelhe à sistemática do PIC).

A crítica aqui é importante, pois, ao restringir o alcance do PVEx, o contribuinte que não se encaixa nas regras de *safe harbour* fica obrigado a efetuar os ajustes de preços de transferência com base em algum dos métodos de margens fixas para exportações (CAP, PVA ou PVV).

¹¹⁵ Aqui valem as mesmas considerações abordadas no tópico específico do PIC, com relação às definições, interpretações e implicações práticas dos termos “preços médios ponderados” e “produtos idênticos ou similares”.

Tais métodos de margens fixas, a exemplo dos aplicáveis a importações (CPL e PRL), partem de presunções que, em muitos casos, afastam o preço parâmetro da realidade de mercado, resultando nas distorções e inconstitucionalidades abordadas ao longo deste estudo.

3.3.2.3.2 Método CAP

O método CAP é espelho do CPL (aplicável às importações). Encontra disciplina no artigo 19, § 3º, IV, da Lei nº 9.430/1996, conforme regulamentação do artigo 33 da IN nº 1.312/2012.

O preço parâmetro do CAP corresponde à 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 15% sobre a soma dos custos mais impostos e contribuições.

Segundo o artigo 33 da IN nº 1.312/2012 (cuja redação é idêntica à do artigo 26 da IN nº 243/2002), integram o custo de aquisição os valores de frete e seguro pagos pela pessoa jurídica adquirente, relativamente aos bens, serviços e direitos exportados (determinação de utilização do preço CIF). Por outro lado, excluem-se do custo de aquisição ou produção, sobre a qual é aplicada a margem de 15%, apenas a parcela do crédito presumido de IPI, PIS e COFINS.

A partir dessas premissas, a fórmula do método CAP pode ser assim indicada:

Fórmula CAP
PP = (1+ML)*(CMP + T)
Variáveis
PP = Preço parâmetro
ML = Margem de lucro
CMP = Custo médio ponderado
T = Tributos incidentes sobre a operação no Brasil
C = Comissões e corretagens pagas

Observe-se que, caso a operação de exportação seja realizada via *trading* (pessoa jurídica comercial exportadora independente), existe regular aplicação do método (de forma

similar ao que se verifica na importação por interposta pessoa, abordada no item 3.2.2 deste estudo). Para essa hipótese específica, nos termos do artigo 33, § 4º, da IN nº 1.312/2012, o preço parâmetro não deve considerar o novo acréscimo a título de margem de lucro da pessoa jurídica comercial exportadora, de forma que o controle ocorra como se a operação fosse uma exportação direta a parte vinculada no exterior¹¹⁶.

Observa-se que, contrariamente ao método CPL, para o qual existe grande dificuldade de aplicação por exigir a abertura de custos por parte da sociedade estrangeira, a aplicação do CAP é muito simples e depende apenas de informações da sociedade brasileira. Por essa razão, nas autuações existentes sobre o tema, é muito comum a utilização deste método pelas autoridades fiscais.

Considerando que a produção de prova do método mais benéfico é tarefa árdua para os métodos de exportação (já que os demais métodos de margens fixas, no caso, PVA e PVV dependem de informações das operações comerciais de partes vinculadas no exterior), há diversos litígios em que o contribuinte consegue fazer prova do método mais benéfico apenas em fase litigiosa, após o encerramento do procedimento de fiscalização.

Nota-se que, e nas operações de importação, as autuações são majoritariamente baseadas no PRL (com os contribuintes conseguindo a comprovação de métodos alternativos, como CPL, apenas no curso do litígio, dada a dificuldade e o tempo necessário para a abertura e recomposição dos custos da sociedade estrangeira). Nas operações de exportação a situação é exatamente a contrária: as autuações são facilmente embasadas no CAP e os contribuintes sofrem grande dificuldade para elaboração de contraprova baseada no PVA ou PVV.

Até a edição da Lei nº 12.715/2012, a legislação era silente sobre o momento da prova do método mais benéfico ao contribuinte¹¹⁷. Dessa forma, até 2012, a legislação não restringia o momento da prova do método mais benéfico. Assim, ainda que o Fisco determinasse ajustes com base no método CAP (formalizando a exigência tributária através de auto de infração), a legislação não impedia o contribuinte de fazer a contraprova no curso do processo

¹¹⁶ Aqui reiteramos que o controle de preços de transferência se limita a preços de importação/exportação, não se aplicando a custos domésticos.

¹¹⁷ Recorde-se que a legislação de preços de transferência prestigia a aplicação do método mais benéfico ao contribuinte, conforme determinação expressa do artigo 19, §§ 5º e 6º, da Lei nº 9.430/1996.

administrativo ou judicial (observadas as diretrizes da legislação processual aplicável, bem como o princípio da verdade material).

A legislação atualmente vigente restringe o momento de produção dessa prova. Estabelece que a opção irretratável do método em DIPJ, antes do início do procedimento de fiscalização, concedendo prazo de 30 dias para contraprova do contribuinte no caso de arbitramento pelo Fisco (restringindo assim o prazo de comprovação do método mais benéfico, cuja aplicação deve prevalecer, nos termos do artigo 19, § 5º, da Lei nº 9.430/1996)¹¹⁸

Além da questão da prova do método mais benéfico que o CAP, observa-se que de sua aplicação resulta a mesma problemática e as mesmas distorções pertinentes a todos os demais métodos de margens fixas. No caso do CAP, caso a sociedade seja incapaz de fazer prova de qualquer das cláusulas de *safe harbour* (e isso pode se dar por diversas questões econômicas e negociais), a legislação determina ajustes para as exportações que não considerarem uma margem mínima de lucro de 15%.

É evidente que, para diversos setores e produtos, essa pode não ser (e de fato não é) uma margem razoável. Nesses casos, a regra de preços de transferência distorce os parâmetros regulares de competitividade, aplicando a sociedades que exportam a partes vinculadas um tratamento tributário mais gravoso do que aquele que seria verificado em exportações a partes independentes. Algo absurdo numa sistemática que visa, principalmente, equiparar os preços praticados entre partes vinculadas aos praticados entre partes independentes.

Ainda que seja razoável a elaboração de contraprova (por método mais benéfico) no curso de eventual litígio, o procedimento mais conservador seria um trabalho antecipado, através de estudos específicos que possam determinar qual seria a margem de lucro mais adequada para determinado produto/setor (conforme autoriza o artigo 20 da Lei nº 9.430/1996 e regulamentam a Portaria nº 222/2008 e a IN nº 1.312/2012). Munidos desses estudos, os contribuintes poderiam embasar APAs que viabilizassem a utilização efetiva de margens alternativas.

¹¹⁸ Tais disposições somente foram introduzidas ao ordenamento legal pela Medida Provisória (MP) 563/12, posteriormente convertida na Lei 12.715/12 (que incluiu o artigo 20-A à Lei 9.430/96), exclusivamente para fatos geradores posteriores a 2012.

3.3.2.3.3 Métodos PVA e PVV

O método do preço de venda por atacado no país de destino, denominado PVA, encontra previsão no artigo 19, § 3º, II, da Lei nº 9.430/1996. É regulamentado pela IN nº 1.312/2012, em seu artigo 31 (que traz redação idêntica ao artigo 24 da IN 243/2002).

É definido como “a média aritmética ponderada dos preços de venda de bens, idênticos ou similares, praticados no mercado atacadista do país de destino, em condições de pagamento semelhantes, diminuídos dos tributos incluídos no preço, cobrados no referido país, e de margem de lucro de 15% (quinze por cento) sobre o preço de venda no atacado” (artigo 31, *caput*, da IN nº 1.312/2012).

O PVV dispõe de metodologia idêntica (conforme previsão do artigo 19, § 3º, III, da Lei nº 9.430/1996 e regulamentação do artigo 32 da IN nº 1.312/2012), com as diferenças de que o mercado a ser considerado é o varejista (e não o atacadista) e a margem fixa de lucro aplicável é de 30% (e não de 15%).

O PVA e o PVV, aplicáveis a exportações, são reflexos do PRL para importações. O reflexo, contudo, é apenas parcial, pois o PRL não faz distinção entre vendas realizadas no atacado e no varejo, diferentemente do que ocorre com os métodos PVA e PVV.

De modo genérico, a venda por atacado pressupõe a ideia de que o adquirente irá revender a mercadoria ou aplicá-la em processo industrial. A venda por varejo, por outro lado, denota a ideia de venda direta ao consumidor final.

O método PVA considera a operação de revenda do varejista para fins de determinação do seu preço parâmetro. A legislação permite que as comparações sejam a partir de operações:

(i) feitas pelo próprio importador estrangeiro (vinculado ao exportador brasileiro), que atue como atacadista (PVA)/varejista (PVV) (operação de comparação primária); ou

(ii) por terceiro importador que importa os produtos e os comercializa por atacado (PVA)/varejo (PVV) no país de destino (operação de comparação secundária); ou ainda

(iii) por terceiro que adquire localmente (no exterior) as mercadorias e as comercializa por atacado (PVA)/varejo (PVV) (operação de comparação terciária).

Em se tratando de métodos que preconizam comparar um preço de exportação (do Brasil para o exterior) com um preço de revenda local (por atacado ou varejo, praticado internamente em país estrangeiro), é natural que o preço parâmetro do PVA/PVV seja apurado com base nas regras de equalização previstas pelo artigo 22 a 25 da IN nº 1.312/2012¹¹⁹ (a exemplo do que foi abordado para o método PIC).

¹¹⁹ Art. 22. Os valores dos bens, serviços ou direitos serão ajustados de forma a minimizar os efeitos provocados sobre os preços a serem comparados, por diferenças nas condições de negócio, de natureza física e de conteúdo.

§ 1º No caso de bens, serviços ou direitos idênticos, somente será permitida a efetivação de ajustes relacionados com: I - prazo para pagamento; II - quantidades negociadas; III - obrigação por garantia de funcionamento do bem ou da aplicabilidade do serviço ou direito; IV - obrigação pela promoção, junto ao público, do bem, serviço ou direito, por meio de propaganda e publicidade, observado o disposto nos §§ 7º e 8º do art. 9º; V - obrigação pelos custos de fiscalização de qualidade, do padrão dos serviços e das condições de higiene; VI - custos de intermediação nas operações de compra e venda praticadas pelas pessoas jurídicas não vinculadas, consideradas para efeito de comparação dos preços; VII - acondicionamento; VIII - frete e seguro; IX - riscos de crédito; e X - custos de desembarque no porto, de transporte interno, de armazenagem e de desembarço aduaneiro incluídos os impostos e taxas de importação, todos no mercado de destino do bem.

§ 2º As diferenças nos prazos de pagamento serão ajustadas pelo valor dos juros correspondentes ao intervalo entre os prazos concedidos para o pagamento das obrigações sob análise, com base na taxa praticada pela própria pessoa jurídica, quando comprovada a sua aplicação de forma consistente para todas as vendas a prazo.

§ 3º Na hipótese prevista no § 2º, não sendo comprovada a aplicação consistente de uma taxa, o ajuste será efetuado com base nas taxas previstas no art. 38-A.

§ 4º Os ajustes em função de diferenças de quantidades negociadas serão efetuados com base em documento da emissão da pessoa jurídica vendedora, que demonstre praticar preços menores quanto maiores as quantidades adquiridas por um mesmo comprador.

§ 5º Para efeito de ajuste decorrente das garantias a que se refere o inciso III do § 1º, o valor integrante do preço, a esse título, não poderá exceder o resultante da divisão do total dos gastos efetuados, no período de apuração anterior, pela quantidade de bens, serviços ou direitos em uso, no mercado nacional, durante o mesmo período.

§ 6º Na hipótese prevista no § 5º, se o bem, serviço ou direito ainda não houver sido vendido no Brasil, será admitido o custo, em moeda nacional, correspondente à mesma garantia, praticado em outro país.

§ 7º Nos ajustes em virtude do disposto nos incisos IV e V do § 1º, o preço do bem, serviço ou direito vendido a uma pessoa jurídica que suporte o ônus dos referidos dispêndios, para ser comparado com o de outra que não suporte o mesmo ônus, será escoimado do montante dispendido, por unidade do produto, relativamente a referido dispêndio.

§ 8º Aplica-se a norma do § 7º relativamente aos encargos de intermediação, incidentes na venda do bem, serviço ou direito.

§ 9º Os preços dos bens, serviços e direitos serão, também, ajustados em função de diferenças de custo dos materiais utilizados no acondicionamento de cada um e do frete e seguro incidente em cada caso.

§ 10. Para efeito do disposto no inciso IX do § 1º, os ajustes por riscos de crédito serão:

I - admitidos exclusivamente em relação às operações praticadas entre comprador e vendedor domiciliados no Brasil; e

II - efetuados com base no percentual resultante da comparação dos totais de perdas e de créditos relativos ao ano-calendário anterior.

Art. 23. O preço médio praticado na exportação e o preço parâmetro serão obtidos pela multiplicação dos preços pelas quantidades relativas a cada operação, os resultados apurados serão somados e divididos pela quantidade total, determinando-se, assim, o preço médio ponderado.

Art. 24. No caso de bens, serviços ou direitos similares, além dos ajustes previstos no art. 23, os preços serão ajustados em função das diferenças de natureza física e de conteúdo, considerando, para tanto, os custos

A legislação determina ainda que, do valor médio ponderado da venda no exterior (no país de destino), devem ser subtraídos os tributos incidentes e cobrados na operação de revenda; isto é, os similares ao ICMS, IPI, PIS e COFINS (e ISS, no caso de serviços).

A partir dessas premissas, a fórmula dos métodos PVA e PVV podem ser assim indicados:

Fórmula PVA/PVV	
$PP = (1-ML) \cdot (CMP + T)$	
Variáveis	
PP = Preço parâmetro	
ML = Margem de lucro de 15% (PVA)/30% (PVV)	
CMP = Custo médio ponderado de venda no mercado atacadista(PVA)/varejista(PVV) do país de destino	
T = Tributos incidentes sobre a operação no país de destino	

Embora a fórmula seja simples, a aplicação prática do PVA e do PVV não é tarefa fácil, pois pressupõe a obtenção de informações detalhadas e documentação dos preços praticados no exterior, além de exigir a equalização desses preços conforme os critérios dos artigos 22 a 25 da IN nº 1.312/2012.

Dentre os métodos de margens fixas aplicáveis à exportação, o CAP é de mais fácil aplicação (por considerar o custo da empresa exportadora brasileira) que os métodos PVA e PVV (pois partem dos preços praticados em vendas por atacado e varejo no exterior).

Concordamos com Roberto Quiroga Mosquera¹²⁰, ao observar que a legislação impõe preços de comparação que requerem verdadeira pesquisa de mercado e análises econômicas internacionais que, se não tornam impossível o próprio trabalho fiscalizatório, acarretam para o contribuinte um trabalho operacional absurdo e árduo.

relativos à produção do bem, à execução do serviço ou à constituição do direito, exclusivamente nas partes que corresponderem às diferenças entre os modelos objeto da comparação.

Art. 25. Não sendo possível identificar operações de venda no mesmo período a que se referirem os preços sob investigação, a comparação poderá ser feita com preços praticados em operações efetuadas em períodos anteriores ou posteriores, desde que ajustados por eventuais variações nas taxas de câmbio da moeda de referência, ocorridas entre a data de uma e de outra operação.

¹²⁰ MOSQUERA. Roberto Quiroga. O regime jurídico-tributário dos preços de transferência e a Lei nº 9.430/96. In “Tributos e preços de transferência”. Coordenação Valdir de Oliveira Rocha. Editora Dialética. São Paulo, 1997. Pp. 96-97.

É por isso que, na maior parte das autuações de preços de transferência em exportações, o método eleito pelo fisco é o CAP. A situação é reversa da verificada nas operações de importação, em que os ajustes são geralmente feitos com base no PRL.

A exemplo do CAP, a utilização de margem fixa de 15%/30% no PVA/PVV pode não ser (e na maior parte das vezes não é) condizente com a margem de lucro praticada no mercado atacadista/varejista do país de destino. Como resultado, a aplicação dos métodos podem (e tendem a) resultar nas distorções e inconstitucionalidades apontadas ao longo deste trabalho (já que o preço parâmetro tende a se distanciar das condições normais de mercado).

Dada a precariedade da metodologia de margens fixas, e da realidade distinta dos mercados, é muito comum que a aplicação dos métodos PVA/PVV resultem em ajustes menores do que os verificados em relação ao CAP.

Ocorre que, pela dificuldade de se levantar a documentação necessária para comprovação do PVA/PVV em relação a todas as operações de exportação (justamente por demandar a obtenção de informações e documentos provenientes do exterior, que devem ser equalizados para fins de parametrização), muitas vezes os contribuintes só conseguem finalizar este trabalho no curso do contraditório (após o início da fiscalização, durante o curso do processo administrativo ou judicial), como também apontado no tópico anterior (que aborda o CAP).

Dada a dificuldade de levantamento de documentos e informações provenientes do exterior, bem como de sua equalização para fins de parametrização, as limitações impostas pela Lei nº 12.715/2012 ao momento de comprovação do método mais benéfico não se mostram razoáveis.

É importante lembrar: as regras de preços de transferência têm por objetivo evitar a transferência indevida de lucros tributáveis do Brasil para o exterior. Isso não significa criar mecanismos que dificultem ou restrinjam a comprovação da regularidade dos preços praticados entre partes vinculadas.

Em casos práticos, muitas vezes o levantamento da documentação completa para comprovação do método mais benéfico somente é concluído após a data de entrega da DIPJ.

Conseqüentemente, se o contribuinte fez ajustes com base em método mais gravoso, se vê obrigado a retificar seus livros e reabrir o prazo decadencial para fiscalização¹²¹.

Há outros casos, no entanto, em que a fiscalização e a lavratura de auto de infração ocorrem antes da conclusão desse trabalho de levantamento. Ainda que, na indisponibilidade de elementos para que a autuação considere o método mais benéfico, seja aceitável a lavratura de auto de infração por qualquer dos métodos (desde que mais benéfico entre os de possível aplicação), a contraprova deve ser admitida a qualquer tempo, no curso do contencioso administrativo ou judicial (observada a legislação processual de regência).

Em que pesem todos os debates sobre a prevalência do método mais benéfico e o momento oportuno para sua comprovação, certo é que os métodos de margens fixas, na maior parte das vezes, não refletem a realidade de mercado. Dessa forma, sua aplicação, genericamente, não se presta a equiparar o preço de transferência ao praticado em condições *arm's length*.

Por essa razão, nos parece que mais importante do que prestigiar a comprovação do método mais benéfico (de modo a evitar distorções decorrentes da aplicação do mais gravoso), é a criação mecanismos práticos que privilegiem a utilização de margens alternativas.

Tais mecanismos são previstos de forma precária na legislação brasileira e em sua regulamentação (em especial na Portaria nº 222/2008 e na IN nº 1.312/2012), conforme será abordado no capítulo IV adiante.

O estudo e a aplicação das margens alternativas se mostra como um caminho viável para tornar as regras de preços de transferência um mecanismo justo e eficiente, apto a evitar transferências indevidas de recursos tributáveis do Brasil para o exterior, sem que com isso as partes brasileiras que transacionem com partes vinculadas no exterior experimentem ajustes tributáveis indevidos (por incompatibilidades com a realidade de mercado).

¹²¹ Por um critério de razoabilidade, entendemos que a reabertura do prazo decadencial valeria apenas para as informações retificadas. A retificação da DIPJ, no caso, serviria para refletir a adequação dos preços de transferência à realidade de mercado (adequação ao método mais benéfico). Não deveria ser interpretada como mecanismo que amplia a possibilidade de a fiscalização rever, por prazo superior ao previsto na legislação, a adequação da totalidade das informações prestadas pelo contribuinte à legislação tributária.

As discussões atualmente travadas no âmbito do CARF e do Judiciário, cujo enfoque é a aplicação prática dos métodos previstos na legislação, embora relevantes (por envolverem disputas milionárias), deveriam ser substituídas por mecanismos destinados a facilitar e a flexibilizar a utilização e comprovação das margens alternativas.

Caso contrário, a aplicação das regras de preços de transferência estará fadada, necessariamente, à criação de cenários de artificialidade e, no mais das vezes, de injustiça tributária.

4. METODOLOGIAS PARA ALTERAÇÃO DAS MARGENS FIXAS EM PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

4.1 Notas introdutórias

As regras brasileiras de preços de transferência dispõem de mecanismos eficazes e práticos para evitar a transferência de resultados tributáveis do Brasil para o exterior. Isso se deve, em especial, à existência de métodos de margens fixas.

O elevado grau de praticabilidade da regra brasileira é louvável, pois, diferente do que se verifica em outros países, a utilização de um modelo apenas inspirado (mas não importado) na OCDE traz um ambiente de relativa certeza sobre os métodos e cálculos para obtenção dos preços parâmetro, o que facilita a atividade de fisco e contribuintes.

Essa praticabilidade decorre, em especial, da aplicação dos métodos CPL e PRL (em importações), CAP, PVA e PVV (em operações de exportações). Contudo, sua aplicação tem um lado negativo, já que se baseiam em presunções que se distanciam das condições normais de mercado, ou do chamado princípio *arm's length*.

Se as regras de preços de transferência preconizam justamente equiparar os preços praticados por partes vinculadas àqueles que seriam praticados em condições *arm's length*, os métodos de margens fixas devem ser examinados com parcimônia, dado que sua aplicação, em muitos casos concretos, ocasiona violação a princípios e garantias fundamentais (como detalhados nos capítulos II e III deste estudo).

Dado que: (i) em muitos casos os métodos de comparação efetiva com transações independentes (PIC e PECEX) se mostram de inviável aplicação; e (ii) os métodos de margens fixas (CPL, PRL, CAP, PVA e PVV) são baseados em presunções desvinculadas da realidade; o legislador permitiu a utilização de margens alternativas, justamente para evitar questionamentos sobre a constitucionalidade da Lei nº 9.430/1996.

Nesse particular, a Lei nº 9.430/1996 (artigo 20) determina que o Ministro da Fazenda, em “circunstâncias justificadas”¹²², poderá alterar os percentuais dos métodos de margens fixas, de ofício ou mediante requerimento do contribuinte (individualmente, ou através de pleito formulado por entidade representante de classe ou setor econômico). Isto é, sempre que verificado que a margem fixa não é adequada para determinado setor econômico, poderá ser aplicada a margem alternativa, após o deferimento de pleito especificamente formalizado para esse fim.

A despeito de a previsão para utilização de margens alternativas existir na Lei nº 9.430/1996 desde a sua edição, observa Demétrio Gomes Barbosa¹²³ que as autoridades tributárias têm se mantido imóveis quanto à possibilidade de alteração das margens fixas; e os contribuintes brasileiros têm se mostrado tímidos e receosos em utilizar-se desse expediente.

Há causas claras para esse fator, dentre elas:

(i) a inexistência de um roteiro claro e prático (na legislação e nas normas regulamentares);

(ii) a experiência negativa em tentativas isoladas, dado o entendimento restritivo sobre a documentação exigida pelas normas que regulamentam a matéria (se observada a literalidade, o levantamento se mostra inviável sob a perspectiva prática); e

(iii) a constante opção pelo contribuinte pelos métodos PRL 20 e PRL 60 da Lei nº 9.430/1996 (para os períodos anteriores à vigência da Lei nº 12.715/2012), que se mostrou prático e benéfico aos contribuintes (que, contudo, foram largamente autuados com base na

¹²² Na redação original, a legislação fazia referência a “circunstâncias especiais”. Já no projeto de lei original (não aprovado), sequer existia referência à possibilidade de utilização de margens alternativas.

¹²³ BARBOSA. Demétrio Gomes. Preços de transferência no Brasil – Uma abordagem prática. Editora Fiscosoft. São Paulo, 2012. Pp. 44 e ss.

IN nº 243/2002, entre os anos de 2003 e 2012, resultando em vultuosas disputas, no âmbito do CARF e do Judiciário, como abordado no item 3.3.2.2.3 deste estudo).

No que diz respeito aos itens (i) e (ii) acima, a complexidade e o elevado índice de detalhamento do rol de documentos necessários para a utilização de margens alternativas, em uma primeira análise, permitiria afirmar que sua aplicação seria de fato inviável, já que exigida, por exemplo, a abertura detalhada de custos da sociedade exportadora no exterior (artigo 47 da IN nº 1.312/2012).

Além disso, por determinar que elementos de comparação com operações entre partes independentes sejam apresentadas no pedido (conforme artigo 6º, parágrafo único, da Portaria nº 222/2008), a opção pela margem alternativa seria concorrente com a aplicação do método PIC (e PVEX, no caso de exportações). Se aplicável o aludido método, seria desnecessário o pleito de qualquer margem alternativa¹²⁴.

Aqui vale uma importante observação: se a prova exigida for detalhada a ponto de inviabilizar a sua produção em casos práticos (*probatio diabolica*) e se seus requisitos forem coincidentes com os de um método de comparabilidade efetiva (PIC e PVEx, por exemplo), o artigo 20 da Lei nº 9.430/1996 poderá ser considerado como letra morta.

Neste cenário, os dispositivos que preveem a aplicação de margens fixas serão necessariamente considerados como inconstitucionais, já que sua aplicação somente poderá resultar em tributação de renda fictícia (i.e. tributação baseada em ajustes de preços de transferência com base em margens presumidas). Justamente por essa razão, Luis Eduardo Schoueri considera o aludido artigo 20 como “*o bastião da constitucionalidade da Lei nº 9.430/96*”¹²⁵.

A questão aqui é simples e clara: a margem fixa, se única alternativa viável, macula de inconstitucionalidade a regra brasileira de preços de transferência. Este vício somente pode ser sanado pela viabilidade da aplicação de margens alternativas. E essa viabilidade não pode ser meramente teórica, mas prática.

¹²⁴ As particularidades da metodologia de margens alternativas, na Lei nº 9.430/1996, Portarias e Instruções Normativas sobre a matéria, serão abordadas detalhadamente adiante. Sua análise permitirá identificar claramente as disposições que resultam nas afirmações destes itens (i) e (ii).

¹²⁵ Op. Cit. 5. P. 147.

No que diz respeito ao item (iii) acima, ainda que a Lei nº 12.715/2012 tenha abolido o PRL 60 e criado margens relativamente mais adequadas para sociedades de diversos setores, a previsão genérica da margem de 20% “*para demais setores*” certamente não é adequada para empresas de diversos segmentos, principalmente em tempos de crise econômica nacional. O mesmo vale para as margens fixas de 40% e 30%.

A economia brasileira é dinâmica e a tendência é que nenhuma margem fixa se preste a representar a realidade de qualquer setor econômico. E considerando ainda que, em muitas situações práticas, os métodos *arm's length* (PIC e PVEx) não podem ser aplicados pela inexistência de operações independentes passíveis de comparação, a tendência é que os contribuintes passem a adotar uma nova postura e busquem a utilização de margens alternativas, através de pleitos específicos perante as autoridades competentes.

Certamente há dificuldades que devem ser superadas para esse fim, principalmente o preconceito e o receio de que o fisco necessariamente vá adotar uma posição negativa quanto ao aceite de uma margem alternativa (mais benéfica ao contribuinte)¹²⁶.

Contudo, a partir da interpretação teleológica do texto legal, segundo a qual o conjunto de documentos exigido pelas normas infralegais (i.e. Portarias e Instruções Normativas editadas pelo Ministério da Fazenda e pela Receita Federal do Brasil) seria meramente exemplificativo (e não restritivo, a ponto de inviabilizar a aplicação prática de margens alternativas), é que a matéria deve ser examinada.

4.2 Margens alternativas na legislação brasileira: natureza jurídica, similaridades e distinções em relação aos APAs e MAPs do modelo OCDE

Observa-se que a utilização das margens alternativas, conforme proposição deste estudo, toma por base a opção permitida pela própria legislação brasileira.

Com efeito, a Lei nº 9.430/1996 traz as diretrizes para a aplicação dos chamados APAs (*advanced price agreements*), em sua modalidade unilateral (envolvendo apenas o

¹²⁶ Ilustra o entendimento restritivo das autoridades fiscais o Acórdão nº 16-21.586, de 21.5.2009 (DRJ/SP – 4ª Turma): “(...) somente atendendo ao que determina os artigos 32 a 34 da IN SRF 243/02 é possível adotar outras margens de lucro previstas na legislação.”

Fisco brasileiro). O modelo brasileiro, no entanto, não traz qualquer disposição acerca dos chamados MAPs (*mutual agreement procedures* – ou APAs bilaterais ou multilaterais, que pressupõem o envolvimento de dois ou mais Fiscos de diferentes jurisdições), cujas bases e procedimentos decorrem exclusivamente do modelo OCDE e dos Tratados.

Segundo João Dácio Rolim¹²⁷, o artigo 20 da Lei nº 9.430/1996 traz ao ordenamento legal brasileiro as bases para a celebração dos chamados acordos antecipados de preços (ou *advanced price agreements* – APA), importados do modelo OCDE.

Não há definição legal de APA na legislação brasileira. As *guidelines* da OCDE, por seu turno, definem APA como:

“Um arranjo ou acordo que determina, previamente a operações sujeitas a controle de preços de transferência, a indicação de critérios apropriados (i.e. métodos, ajustes comparáveis e apropriados para esse fim e premissas críticas para eventos futuros) para a determinação dos preços de transferência por um período determinado. Um APA é formalmente iniciado por um contribuinte e requer negociações entre uma ou mais empresas associadas, e uma ou mais autoridades fiscais. Pretende-se com os APAs substituir os mecanismos tradicionais na esfera administrativa, judicial e de Tratados para solução de casos de preços de transferência”¹²⁸.

Como abordado na própria definição das *guidelines* da OCDE, o APA pressupõe um acordo antecipado de preços a ser firmado entre o contribuinte brasileiro (isoladamente, ou em conjunto, com pleito de representante de entidade de classe) e o fisco brasileiro; ou mesmo entre contribuintes e fiscos de diferentes países, nos chamados procedimentos amigáveis mútuos (ou *mutual agreement procedures* – MAPs).

¹²⁷ ROLIM, João Dácio. As presunções da Lei 9.430/96 e os casos especiais de preços de transferência. In “Tributos e preços de transferência”. Coordenação Valdir de Oliveira Rocha. Editora Dialética. São Paulo, 1997. Pp. 50-51. Nas palavras do ilustre Professor: “No caso brasileiro, mesmo que não se possua um Tratado para evitar a dupla tributação com determinado país, pelo fato da legislação doméstica (Lei 9.430/96) em seu art. 20, ‘caput’, e 21, § 2º, prever que outras margens de lucro diferentes das presumidas poderão ser adotadas em casos especiais, e por não fazer restrição que seriam aplicáveis tais dispositivos somente a casos passados, em que houve um questionamento por parte do fisco, acordos antecipados de preços poderão ser intentados por iniciativa do próprio contribuinte.”

¹²⁸ Tradução livre do original: “17.(i) *Definition and concept of advanced pricing arrangements. (...) As advance pricing agreement (“APA”) is an arrangement that determines, in advance of controlled transactions, an appropriate set of criteria (e.g. method, comparables and appropriate adjustments thereto, critical assumptions as to future events) for the determination of the transfer pricing for those transactions over a fixed period of time. An APA is formally initiated by a taxpayer and requires negotiations between the taxpayer, one or more associated enterprises, and one or more tax ministrations. APAs are intended to supplement the traditional administrative, judicial and treaty mechanisms for resolving transfer pricing issues*”. (APA Discussion in the OECD Final Transfer Guidelines, excerpted from Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, 1995 by the OECD; Issued 7/27/96). Citação extraída do artigo de João Dácio Rolim: Op. Cit. 131. P. 50.

A previsão para utilização de margens alternativas, no texto legal brasileiro, não pressupõe um procedimento amigável de troca de informações entre contribuintes e autoridades fiscais de diferentes jurisdições. Pelo contrário, constitui um procedimento formal pelo qual o contribuinte pleiteia a alteração de uma margem fixa presumida, para outra mais adequada à sua realidade econômica.

A alteração de margem fixa, no modelo brasileiro, se restringe à alteração dos percentuais para os próprios métodos previstos pela Lei nº 9.430/1996: CPL, PRL, CAP, PVA e PVV.

A legislação brasileira estabelece a regra geral (possibilidade de requerimento) e as normas secundárias (Portarias e Instruções Normativas) trazem os critérios específicos que norteiam o pedido formal de alteração de margem a ser apresentado pelo contribuinte, bem como os trâmites processuais para sua apreciação e aplicabilidade.

A legalidade estrita, enquanto princípio fundamental que baliza a aplicação das regras de preços de transferência, constitui o primeiro ponto que distingue a utilização de margens alternativas dos APAs e MAPs do modelo OCDE.

Não há dúvida que existe, na legislação brasileira, margem para o pleito das margens alternativas. Isto é, para aplicação de um APA envolvendo contribuinte(s) brasileiro(s) e o fisco brasileiro. Contudo, inexistente previsão na Lei nº 9.430/1996 para aplicação dos APAs/MAPs do modelo OCDE, embora sua utilização possa ser fundamentada nos Tratados (especificamente em seu artigo 25)¹²⁹.

¹²⁹ Artigo 25. Procedimento Amigável:

1. Quando uma pessoa considerar que as ações de um ou ambos os Estados Contratantes resultam, ou poderão resultar, em relação a si, em uma tributação em desacordo com as disposições do presente Acordo, poderá, independentemente dos recursos previstos no direito interno desses Estados, submeter seu caso à apreciação da autoridade competente do Estado Contratante de que for residente ou, se seu caso estiver amparado pelo parágrafo 1 do Artigo 24 deste Acordo, àquela do Estado Contratante de que for nacional. O caso deverá ser submetido dentro do prazo previsto no direito interno dos Estados Contratantes.
2. A autoridade competente, se a reclamação se lhe afigurar justificada e se ela própria não estiver em condições de lhe dar solução satisfatória, envidará esforços para resolver a questão, mediante acordo mútuo, com a autoridade competente do outro Estado Contratante, a fim de evitar uma tributação não-conforme com o Acordo.
3. As autoridades competentes dos Estados Contratantes envidarão esforços para resolver, mediante acordo mútuo, quaisquer dificuldades ou dúvidas quanto à interpretação ou à aplicação do Acordo.
4. As autoridades competentes dos Estados Contratantes poderão comunicar-se diretamente a fim de chegarem a um acordo no sentido dos parágrafos anteriores.

A diferença é simples: o APA brasileiro prevê a possibilidade de consulta formal entre contribuintes brasileiros e Fisco brasileiro, exclusivamente para a alteração de margens fixas em situações justificadas. Os APAs/MAPs do modelo OCDE têm aplicação muito mais ampla, se destinando a abrir a possibilidade de negociações abertas destinadas a alcançar mecanismos e acordos, em âmbito internacional, aptos a afastar a bitributação e a alcançar um efetivo padrão *arm's length*.

Como já abordado no item 2.3 deste estudo, a aplicação dos Tratados, em matéria de preços de transferência, deve observar as diretrizes do artigo 9º (Empresas Associadas), que reproduz, de forma proposital, apenas parcialmente o texto da Convenção Modelo da OCDE. Isso dificulta sobremaneira a aplicação dos APAs/MAPs do modelo OCDE no Brasil.

Nos Tratados firmados pelo Brasil, cabe reiterar, há referência apenas ao § 1º do artigo 9º da Convenção Modelo da OCDE, que aborda o princípio *arm's length* e a possibilidade de ajustes em caso de inobservância das condições normais de mercado. Contudo, há supressão proposital do § 2º do artigo 9º, que aborda a sistemática e os mecanismos para supressão da bitributação.

Os procedimentos amigáveis (APAs/MAPs), na forma dos Tratados (e modelo OCDE), visam aproximar em negociações contribuintes e fiscos de diferentes países, para mutuamente estabelecerem medidas que coíbam a bitributação. Daí se conclui a diferença de finalidade entre o instrumento da Lei nº 9.430/1996 para utilização de margens alternativas (APA brasileiro) e os APAs/MAPs previstos pelos Tratados (conforme o modelo OCDE).

Ainda que por força do artigo 98 do CTN os Tratados se sobreponham à legislação brasileira, viabilizando assim a aplicação jurídica de APAs/MAPs do modelo OCDE sob a perspectiva da estrita legalidade, faltaria aos Tratados firmados pelo Brasil um dispositivo que permitisse a sua aplicabilidade prática.

Não há mecanismos, seja na legislação ordinária, seja nos Tratados, que permitam a adoção de medidas práticas que resultem no afastamento efetivo da bitributação. Recordamos que a inexistência de tal mecanismo resultou na denúncia, pela Alemanha, do Tratado Brasil-Alemanha (como abordado no item 2.3 deste estudo).

Ainda que a aplicação da legislação brasileira possa resultar em efetiva bitributação (pois pode restringir a dedutibilidade do custo de importação que é integralmente tributado no país exportador), os Tratados firmados pelo Brasil, diferentemente do que se verifica naqueles que seguem, *ipsis litteris*, o modelo OCDE, não preveem mecanismos práticos para compensação, crédito, redução ou devolução de tributos.

Na prática, embora os Tratados brasileiros permitam a implementação de APAs/MAPs do modelo OCDE, não haveria mecanismo legal que permitiria a redução da tributação recolhida no Brasil (nem nos Tratados, nem na legislação ordinária), que não a possibilidade de se pleitear margens alternativas.

Seria necessária uma previsão nos Tratados (e na própria legislação ordinária) para que os APAs brasileiros pudessem evoluir a ponto de serem equiparados aos APAs/MAPs do modelo OCDE (indo além do pleito de margens alternativas, para efetivamente alcançar o padrão *arm's length* e afastar a bitributação). Contudo, tal previsão (§ 2º do artigo 9º da Convenção Modelo da OCDE) foi deliberadamente excluída de todos os Tratados firmados pelo Brasil, o que restringe a sua aplicabilidade prática em matéria de preços de transferência.

Cabe aqui a abertura de parênteses para esclarecer que os Tratados brasileiros merecem críticas por restringirem essa possibilidade. Certamente a dupla tributação em matéria de preços de transferência resulta em distorções graves e os Tratados deveriam viabilizar alternativas práticas para solucioná-las.

Ainda que passível de duras críticas, a opção brasileira encontra suas justificativas, novamente, na praticabilidade. Mais simples do que viabilizar o entendimento entre fiscos, através de morosa negociação que pode resultar em perda de arrecadação, foi criar um mecanismo legal eficiente sob a perspectiva arrecadatória brasileira, ainda que sua aplicação pudesse resultar em dupla tributação. O mecanismo eleito pelo legislador brasileiro foi a metodologia de margens fixas.

Como observa Mauro Silva¹³⁰ em estudo específico sobre o tema, a excessiva duração dos APAs/MAPs do modelo OCDE, sem dúvida, constitui um dos principais obstáculos para

¹³⁰ Op. Cit. 7. P. 106.

a sua utilização, já que pode demorar de 30 a 50 meses para ser concluído. Isto para países que seguem (ou procuram seguir o modelo OCDE, à risca), como Japão e Estados Unidos.

No caso brasileiro, o obstáculo da morosidade é agravado pela inexistência de mecanismos jurídicos expressos (na legislação interna ou nos Tratados) para a sua aplicação prática. Eis porque (lamentavelmente) são raros e infrutíferos os APAs/MAPs do modelo OCDE tentados por contribuintes brasileiros.

Apenas em novembro/2016 foi editada a Instrução Normativa nº 1.669/2016, para regulamentar, no âmbito da Receita Federal do Brasil, as diretrizes gerais para os APAs/MAPs do modelo internacional. O que se espera é que a nova regulamentação incentive os contribuintes brasileiros a se utilizarem com mais frequência desse mecanismo.

Para preços de transferência, no entanto, a supressão do § 2º do artigo 9º da Convenção Modelo da OCDE, como abordado acima, dificulta sobremaneira a utilização de MAPs/APAs do modelo internacional para evitar a dupla tributação. Em suma, a edição da Instrução Normativa não soluciona os problemas práticos para aplicação dos MAPs/APAs do modelo OCDE, em especial no que diz respeito à matéria de preços de transferência.

Cumprir registrar que a utilização das margens alternativas (APA brasileiro) também envolve um trabalho árduo e moroso. Todavia, por ter objetivo claro, por não enfrentar os óbices da precariedade da legislação dos Tratados e por encontrar previsão legal, torna-se preferível sob o ponto de vista prático.

Em síntese: o desafio do modelo brasileiro não é eliminar a dupla tributação através de um acordo amigável entre fiscos e contribuintes de diferentes países (o que seria objeto dos APAs/MAPs do modelo internacional), mas convencer as autoridades fiscais brasileiras de que existem margens mais adequadas do que as estabelecidas pela própria legislação brasileira.

Apontadas as diferenças do APA brasileiro (de menor flexibilidade e com objetivo claro) em relação aos APAs/MAPs do modelo OCDE (abertos, voltados a acordos amplos

envolvendo contribuintes e fiscos de diferentes jurisdições¹³¹), importa observar que a tendência internacional aponta para uma valorização crescente do modelo brasileiro, já que a experiência do modelo OCDE tem revelado problemas práticos relevantes.

É o que se verifica, por exemplo, quando se compara a legislação brasileira ao modelo internacional, frente aos planos de ação do BEPS.

4.3 Tendências globais e reflexos no Brasil: alinhamento da legislação brasileira com os planos de ação do BEPS

O BEPS (*base erosion and profit shifting*) tem por objetivo formular políticas e estratégias (planos de ação) para combater a transferência abusiva de capitais para paraísos fiscais e o aumento da evasão fiscal em escala global. Aborda de forma crítica a legislação nacional de países do G-20¹³², no que permite a manipulação de lucros por planejamentos abusivos, dos quais resultam a redução de lucros e a tributação no território fiscal das entidades geradoras das atividades produtivas. Os planos de ação do BEPS são divididos por tópico (*action plans*). Os planos de ação de nºs 8 a 10 estão relacionados à temática de preços de transferência.

¹³¹ É importante observar que a própria OCDE reconhece a resistência dos países em aplicar APAs/MAPs em hipóteses que inovam ou contrariam a legislação interna. A matéria de preços de transferência no Brasil, em especial, sempre foi aplicada e interpretada segundo o princípio da legalidade estrita, de forma que eventuais acordos que contrariem a legislação local tendem a ser rejeitados pelas autoridades fiscais brasileiras. É o que se depreende do chamado Manual de Procedimentos dos MAPs da OCDE (Manual on Effective Mutual Agreement Procedures – MEMAP. OECD, 2007. Item 3.2.3. P. 22): “*Some competent authorities have had a tendency not to discuss a case where an adjustment is based upon anti-avoidance provisions of their country’s domestic laws*”.

¹³² Criado em resposta às crises financeiras do final dos anos 90, o G-20 reflete mais adequadamente a diversidade de interesses das economias industrializadas e emergentes, possuindo assim maior representatividade e legitimidade. O Grupo conta com a participação de Chefes de Estado, Ministros de Finanças e Presidentes de Bancos Centrais de 19 países: África do Sul, Alemanha, Arábia Saudita, Argentina, Austrália, Brasil, Canadá, China, Coreia do Sul, Estados Unidos, França, Índia, Indonésia, Itália, Japão, México, Reino Unido, Rússia e Turquia. A União Europeia também faz parte do Grupo, representada pela presidência rotativa do Conselho da União Europeia e pelo Banco Central Europeu. Ainda, para garantir o trabalho simultâneo com instituições internacionais, o Diretor-Gerente do Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Presidente do Banco Mundial também participam das reuniões. Desde o advento da última crise, o G-20 passou também a trabalhar em iniciativas diversas com outros organismos, países convidados e fóruns internacionais, como o BIS, FSB, OCDE, dentre outros. Ainda, a ocasião trouxe a separação da pauta do G-20 em duas trilhas: financeira, a cargo dos ministérios das finanças e bancos centrais dos países-membros; e de desenvolvimento, sob a responsabilidade dos ministérios de relações exteriores. Fonte: Banco Central do Brasil (<http://www.bcb.gov.br/?G20>).

Nos *Comentários aos Planos de Ação do BEPS*, de fevereiro de 2015¹³³, embora se reconheça a necessidade de esforços para se aplicar as regras de preços de transferência em condições *arm's length*, são identificadas e examinadas, por especialistas de diferentes países, inúmeras situações práticas em que essa aplicação se mostra impossível ou inapropriada.

O estudo aponta para um evidente obstáculo em matéria de preços de transferência: o conflito de regras de diferentes jurisdições para a alocação mútua dos lucros (problemática prática na aplicação de APAs/MAPs do modelo OCDE, como abordado no tópico anterior). O estudo também reconhece que os planos de ação devem estar direcionados à aplicação de regras mais simplificadas¹³⁴.

Se por um lado a tendência das legislações de outros países foi criar mecanismos amplos e destinados a possibilitar a obtenção do *arm's length* de forma irrestrita, esse padrão resultou em falhas no controle de preços de transferência, já que não foram criados instrumentos aptos a garantir, de forma efetiva, que uma margem mínima de lucro permanecesse no país de origem. O BEPS reconhece essa limitação e os planos de ação em preços de transferência são direcionados, em linhas gerais, a saná-la.

Curiosamente, a legislação brasileira parece ter se antecipado aos problemas apontados pelos estudos relacionados ao BEPS. Desde sua edição, há sólidos mecanismos que impedem a utilização das regras de preços de transferência para planejamentos tributários abusivos. A metodologia de margens fixas atinge a essa finalidade de forma muito eficaz, como abordado ao longo deste estudo.

No VI Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional, de agosto de 2015¹³⁵, o Conselheiro do CARF Marcos Aurélio Valadão (que atualmente compõe a CSRF,

¹³³ *Comments Received on Public Discussion Draft: BEPS Actions 8, 9 and 10 – Revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation and special measures)*. Comentários do Professor Jim Stewart (School of Business of Dublin, Irlanda). OECD. Fevereiro de 2015. Pp. 506 e ss.

¹³⁴ “(...) *The OECD position is that ‘the practical difficulties of the arm’s length principle are outweighed by its theoretical soundness. The reality is that these practical difficulties arise from its theoretical weakness’. For these and other reasons the discussion draft (BEPS Actions 8,9 and 10: Discussion Draft, Part II) recognizes that special measures are needed to counter BEPS risks. (...) However a mandatory profit is likely to be more appropriate than reallocation to the immediate parent. Relying on a mandatory split may however be difficult to reach agreement on between differing tax jurisdictions requiring considerable inter-country dispute resolution. Hence, simpler rules relation to requirements for ‘substantial activities’ (...) may be more appropriate*”. Op. Cit. 130. P. 507.

¹³⁵ Organizado e promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT), sob coordenação do Prof. Luis Eduardo Schoueri. Slides disponíveis em no site do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (palestra proferida em 20.8.2015):

representando as autoridades fiscais) fez sua apresentação justamente observando que as ações do BEPS não surtiriam efeitos ou reflexos no que diz respeito à legislação brasileira de preços de transferência, pois:

(i) com relação a intangíveis (Plano de Ação 8 do BEPS), a legislação brasileira dá tratamento específico, mais gravoso e apartado daquele verificado nas regras brasileiras de preços de transferência, limitando a dedutibilidade a um percentual da receita de exploração do intangível (como abordado no item 3.1.2 deste estudo);

(ii) com relação a transferência de riscos e capital (Plano de Ação 9 do BEPS), a legislação brasileira prevê mecanismos de margens fixas para limitar a dedutibilidade de juros pagos a parte vinculada, bem como para o reconhecimento de margem mínima de lucro em empréstimos concedidos. Além disso, dispõe de legislação específica com critérios objetivos no que diz respeito às regras de subcapitalização (*thin cap rules*) (como abordado nos itens 3.3.1 e 3.2.3 deste estudo);

(iii) com relação a outras operações de alto risco (Plano de Ação 10 do BEPS), a legislação de preços de transferência prevê metodologia de margens fixas que coíbe planejamentos abusivos (exigindo uma margem mínima tributável no Brasil, em quaisquer operações de importação e exportação de bens, serviços ou direitos), além de determinar a aplicação de ajustes em casos de operação com interposta pessoa (como abordado no item 3.2.2 deste estudo) e criar métodos específicos e de aplicação obrigatória para operações com *commodities* (como abordado no item 3.3.2.1 deste estudo); e

(iv) finalmente, com relação ao reexame de documentação de preços de transferência (Plano de Ação 13 do BEPS), considera que seria desnecessária a inapropriada a sua aplicação no Brasil, já que sua finalidade seria o melhor controle e aplicação dos métodos TNMM (*transactional net margin method*)¹³⁶ e PSM (*profit split method*)¹³⁷, inexistentes no

<http://www.ibdt.org.br/material/arquivos/Biblioteca/SLIDES/Marcos%20Valad%C3%A3o.pdf>

¹³⁶ No TNMM, de forma genérica, compara-se a margem de lucro líquido obtido por uma empresa nas operações com parte vinculada (empresa associada), com margens de lucro líquido que a mesma empresa obtém em comparações comparáveis praticadas com partes independentes. O TNMM também é denominado como Método da Margem Líquida da Operação.

¹³⁷ No PSM (ou Método do Fracionamento de Lucros), em linhas gerais, são identificados todos os lucros auferidos em operações entre partes vinculadas (empresas associadas), que são divididos entre elas com base em análise econômica que permita identificar a margem adequada para o segmento. Ou seja, qual seria a margem de lucro adequada para a operação, usual em uma relação entre partes independentes, dada a

ordenamento legal brasileiro. Além disso, na hipótese de imprestabilidade ou de dificuldade da análise da documentação (o que dificultaria o controle de preços de transferência), a metodologia de margens fixas se prestaria justamente a corrigir a distorção e a garantir que uma margem mínima de lucro seja tributada no Brasil (transferindo para o contribuinte o ônus de apresentar eventual margem alternativa).

Nota-se que é um representante da Receita Federal do Brasil que reconhece ser desnecessário tornar mais rígidas as regras brasileiras de preços de transferência, como sugerem os planos de ação do BEPS para os demais países que seguem o modelo OCDE. Logo, em um cenário em que as legislações internacionais tendem a migrar para um modelo de maior rigidez, o modelo brasileiro passa a servir de exemplo em matéria de preços de transferência, dado o elevado grau de praticabilidade e a eficiência em coibir os planejamentos tributários abusivos nesta seara.

4.4. O outro lado da moeda: a necessidade de aprimoramento do modelo de margens fixas na legislação brasileira

Diferente do que se verifica nas legislações que seguem o modelo OCDE, as distorções causadas pelas regras brasileiras decorrem de fatores estruturais e econômicos, como perda de investimento, perda de competitividade, majoração de preços ao consumidor, dentre outros causados pela constante aplicação da metodologia de margens fixas.

Sempre que a margem fixa for incompatível com a margem efetivamente praticada no mercado (em condições *arm's length*), a aplicação das regras de preços de transferência pode resultar em distorções sob o ponto de vista econômico.

Exemplificando: sob a perspectiva do PRL (que considera o preço parâmetro com base na subtração de uma margem bruta sobre o valor de revenda), se a margem fixa da legislação for inferior à margem bruta efetivamente praticada pelas sociedades importadoras (o que é raro, principalmente em épocas de crise econômica, como a atualmente vivenciada), a tendência é que o contribuinte alavanque suas importações, majorando os respectivos custos, já que a aplicação da regra de preços de transferência tende a não ajustar a operação.

Por outro lado, se a margem fixa for superior à efetivamente praticada (o que normalmente ocorre), a tendência é contrária, resultando no afastamento de investimentos e capital estrangeiro do país. Caso o segmento esteja sujeito à margem genérica de 20%, passa a ser interessante a instalação de toda a atividade industrial no Brasil e a importação exclusiva de insumos primários (sobre os quais é praticada a menor margem de lucro possível). Quanto maior a concentração da atividade produtiva no Brasil e menor a relevância dos insumos importados nesse processo produtivo, menores serão os ajustes de preços de transferência.

Há diversas variáveis econômicas que podem pesar a favor ou contra a utilização das margens fixas. Contudo, sob a perspectiva jurídica, a utilização da margem fixa sem a flexibilidade de sua alteração resulta sempre em inconstitucionalidade da norma, como apontado ao longo deste estudo (por resultar na tributação de uma renda presumida). Portanto, independente do reflexo econômico, a aplicação dos métodos baseados em margens fixas deve sempre ser flexível a ponto de permitir a sua alteração, equiparando-as (ou, ao menos, aproximando-as) das margens reais de mercado.

Mesmo que sob a perspectiva econômica possam haver justificativas favoráveis e contrárias à aplicação frequente das margens fixas, o ponto sensível a ser superado é a questão jurídica: a constitucionalidade da regra de preços de transferência frente à inflexibilidade prática das margens fixas. Isto é, a efetiva aplicação a regra brasileira de preços de transferência, de modo a proteger as garantias fundamentais dos contribuintes brasileiros.

Se a regra brasileira evoluiu a ponto de conciliar praticabilidade e instrumentos rígidos de combate a planejamentos abusivos, o que falta é a criação de mecanismos práticos, aptos a efetivamente flexibilizar as margens fixas praticadas, conforme a realidade das sociedades sujeitas a controle de preços de transferência.

As antigas controvérsias e disputas serão em breve superadas (a exemplo das relacionadas à ilegalidade da IN nº 243/2002), mas a tendência é que debates sobre a constitucionalidade da norma, frente à metodologia de margens fixas, passe a ser questionada num futuro próximo, em especial no âmbito judicial.

Com efeito, existe um limite temporal para as disputas envolvendo a legalidade da IN nº 243/2002, já que a Lei nº 12.715/2012 passou a produzir efeitos a partir de 2013. Desde então, muitos dos contribuintes que antes haviam optado por litigar (ou passivamente aceitavam a imposição do PRL 60 da IN nº 243/2002), passaram a ter as seguintes opções:

(i) aceitar as margens fixas de 40%/30%/20% no “novo PRL”;

(ii) buscar a aplicação de métodos alternativos (em especial o PIC, ou PCI para o caso específico de *commodities*); ou

(iii) questionar a aplicabilidade das margens do “novo PRL”.

Não há dúvidas que a legislação brasileira evoluiu ao longo das décadas, estancando seus problemas mais graves. No entanto, é evidente que há setores para os quais a margem não seria razoável, gerando ajustes abusivos com base nas novas margens fixas atualmente previstas.

Em cenários de inviabilidade prática de utilização do PIC (por inexistirem parâmetros de comparação entre partes independentes), o questionamento das margens do PRL, pela via legal (e não pela via dos APAs/MAPs do modelo OCDE) tende a ser a próxima matéria a ser debatida pelos contribuintes em matéria de preços de transferência.

Isto por uma razão simples: para diversas situações concretas, a margem fixa da legislação inviabiliza a atividade do contribuinte no Brasil, ocasionando, de forma reflexa, a saída de capital estrangeiro do Brasil.

Nota-se a existência de um paradoxo: ao mesmo tempo que a legislação de preços de transferência objetiva evitar a saída de lucros tributáveis no Brasil para o exterior, a sua aplicação (na metodologia de margens fixas) afasta o capital estrangeiro (de cuja exploração resulta lucros tributáveis) do Brasil.

Para essas situações concretas e paradoxais, a aplicação da regra brasileira de preços de transferência, sem a flexibilidade prática para utilização de margens de lucros alternativas, evidencia, com clareza, pontos de inconstitucionalidade e abusividade que não foram

solucionados pelo legislador brasileiro e pelas autoridades responsáveis pela regulamentação da Lei nº 9.430/1996, mesmo após reiteradas alterações do texto legal e das normas regulamentares.

4.5. Hipóteses em que o ajuste das margens fixas é abusivo: o exemplo claro do PRL

A abusividade das margens fixas era um problema claro desde antes da vigência da IN nº 243/2002, em especial no que diz respeito à aplicação do PRL. A IN em questão foi criada justamente com o propósito de corrigir uma regra que beneficiava os contribuintes, pois considerava o preço parâmetro com base no valor total de revenda, sem isolar o insumo sobre esse valor (conforme metodologia da IN nº 32/2001).

Em diversas hipóteses, especialmente quando o insumo tinha ínfima participação na formação do custo do produto final (exemplo do para brisa importado para produção nacional de um veículo), a aplicação do PRL 60 restaria inócua para os fins da legislação de preços de transferência, já que ineficiente para controlar a transferência de lucros do Brasil para o exterior em relação a tais importações (qualquer preço praticado, mesmo que abusivo, não estaria sujeito a ajustes).

Por essa razão, o PRL 60 da IN nº 32/2001 foi largamente utilizado, por encontrar previsão legal expressa e, na maior parte das vezes, ser o método mais benéfico (se sobrepondo aos demais métodos) para o controle de preços de transferência em importações.

A problemática de ausência de critério de proporcionalidade (que solucionaria a distorção no caso do para brisa), contudo, estava na própria Lei nº 9.430/1996, não na IN nº 32/2001 que simplesmente reproduzia as suas disposições. A solução do problema, dessa forma, deveria partir da alteração da lei, não bastando a alteração ou revogação da IN nº 32/2001.

No entanto, a Receita Federal do Brasil se antecipou ao legislador, editando a IN nº 243/2002 no intuito de corrigir a metodologia da IN nº 32/2001. Disso resultaram todas as disputas e controvérsias abordadas no tópico 3.3.2.2.3 deste estudo.

Longe de solucionar a problemática, a IN nº 243/2002 incorreu em diversas ilegalidades (dentre as quais, a criação do critério de proporcionalidade não existente no texto legal). E no que diz respeito especificamente em relação à margem, a sua aplicação resultou em uma verdadeira aberração, pois somente estariam dispensados de ajustes os contribuintes que praticassem uma margem bruta de lucro superior a 150%.

O cálculo da margem bruta mínima de 150%, para evitar ajustes tributáveis na sistemática da IN nº 243/2002, pode ser esquematizado no quadro abaixo¹³⁸:

Variável	Fórmula	Valor
Custo de importação	A	100
Valor agregado no país	B	30
Custo de produção do bem acabado	$C = A+B$	130
Preço líquido de venda	D	325
Participação do produto importado no custo do produto acabado	$E = A/C$	77%
Participação do produto importado no preço líquido de venda	$F = D * E$	250
Margem de lucro de 60%	$G = F * 60\%$	150
Preço parâmetro PRL 60	$H = F - G$	100
Ajuste fiscal	$I = H - A$	0
Margem bruta		150%

Tardiamente (em 2012, apenas) o legislador reconheceu os problemas da ausência de critério de proporcionalidade na Lei nº 9.430/1996 e a impossibilidade de se exigir ajustes com base no PRL 60 da IN nº 243/2002, em vista da abusividade da margem exigida.

Não foi por outra razão que a Lei nº 12.715/2012, ao dispor sobre o PRL, trouxe o critério de proporcionalidade para todas as hipóteses de sua aplicação, mas aplicando margens mais próximas do que seria a realidade de mercado (foram abolidos os antigos PRL 20 e PRL 60).

Nos termos dessa nova legislação (atualmente em vigor), prevalece o critério de proporcionalidade (os ajustes são baseados na participação do insumo no produto

¹³⁸ Exemplo extraído da obra de Demétrio Gomes Barbosa: “Preços de Transferência no Brasil – Compliance & Perspectiva Econômica”. Editora Aduaneiras. São Paulo, 2015. P. 74.

comercializado), mas a margem de 60% foi abolida, já que nenhum seguimento do mercado pratica margens sequer aproximadas de 150% para os insumos importados.

As novas margens do PRL, na metodologia atual, correspondem a (i) 40% para os setores de *farmoquímicos e farmacêuticos, produtos de fumo, equipamentos ópticos, fotográficos e cinematográficos, máquinas, aparelhos e equipamentos para uso odontomédico-hospitalar; extração de petróleo e gás natural; e produtos derivados do petróleo*; (ii) de 30% para os setores de *produtos químicos, vidros e de produtos do vidro, celulose, papel e produtos de papel e metalurgia*; e (iii) 20% para os demais setores.

Trazendo o exemplo numérico do PRL 60 da IN nº 243/2002 para a realidade da Lei nº 12.715/2012, observamos que as margens brutas mínimas para ajuste zero foram reduzidas de 150% para percentuais que variam de 25% (caso do “novo PRL 20” aplicado à puras revendas) a 69% (caso do “novo PRL 40” aplicado à importação de insumos destinados à produção local).

Para ilustração do exemplo, trazemos a tabela comparativa do PRL 20 e do PRL 60 da IN nº 243/2002, em relação aos “novos” PRL 20, PRL 30 e PRL 40 da Lei nº 12.715/2012, considerando atividades de produção e simples revenda¹³⁹:

Método		PRL: IN 243/02		PRL: Lei 12.715/12			PRL: Lei 12.715/12		
Margem fixa (MF)		20%	60%	20%	30%	40%	20%	30%	40%
Atividade		Revenda	Produção	Produção			Revenda		
Custo de importação	A	125	125	125	125	125	125	125	125
Valor agregado no país	B	0	50	50	50	50	0	0	0
Custo de produção do bem acabado	C = A+B	125	175	175	175	175	125	125	125
Preço líquido de venda	D	160	440	224	252	296	156	180	208
Participação do produto importado no custo do produto acabado	E = A/C	100%	69%	57%	57%	57%	80%	80%	80%
Participação do produto importado no preço líquido de venda	F = D*E	160	302	128	144	169	125	144	166
Margem de lucro	G = F*(MF)%	40	181	26	43	68	25	43	67
Preço parâmetro PRL	H = F-G	120	121	102	101	101	100	101	100
Ajuste fiscal	I = H-A	0	0	0	0	0	0	0	0
Margem bruta		28%	151%	28%	44%	69%	25%	44%	66%

¹³⁹ Dados da tabela extraídos da obra de Demétrio Gomes Barbosa: “Preços de Transferência no Brasil – Compliance & Perspectiva Econômica”. Editora Aduaneiras. São Paulo, 2015. P. 89.

A tabela acima aponta a nítida evolução da Lei nº 12.715/2012 com relação à sistemática da IN nº 243/2002, no que diz respeito à questão das margens brutas mínimas exigidas para que não ocorram ajustes tributáveis, no âmbito de aplicação do método PRL.

Essa evolução certamente decorre do intuito do legislador em reduzir os litígios sobre a aplicação do PRL. É certo que uma considerável parcela de contribuintes deve preferir optar pelos ajustes do novo PRL, do que ingressar em litígios contra o Fisco, o que altera o cenário em relação à época de vigência da IN nº 243/2002.

Todavia, a metodologia de margens fixas é imperfeita na essência e o “novo PRL”, como bem apontado por Sérgio André Rocha (citado em observação do item 3.3.2.2.3 deste estudo), não se presta a atender a todos os setores econômicos¹⁴⁰.

Assim, na impossibilidade de utilização de outros métodos (o PIC, por inexistência de similares, ou o CPL, por impossibilidade de abertura de custos da sociedade estrangeira), restam a esses contribuintes duas opções: (i) aceitar o PRL com margens incoerentes com a margem de lucro praticada em suas operações regulares; ou (ii) pleitear a utilização de margens alternativas.

Não são raros os casos de contribuintes que praticam margens brutas inferiores a 25%. Para fins de aplicação das regras de preços de transferência, em que o exame é feito “produto a produto”, a questão ainda é mais delicada, pois são diversos os casos de importações em que a margem bruta praticada sobre o produto importado não atinge esse percentual.

É evidente que em determinados setores essa margem tende a ser maior (i.e. empresas que importam produtos acabados para revender no varejo). Além disso, as empresas que simplesmente importam para revenda costumam encontrar parâmetros para aplicação do PIC, já que as sociedades exportadoras comercializam produtos idênticos ou similares com terceiros, com maior frequência do que no caso de exportadoras de insumos destinados à produção.

¹⁴⁰ Op. Cit. 118.

Já para os contribuintes setores que atuam no comércio atacadista, operando a aquisição e revenda de grandes quantidades com baixa margem, a tendência é contrária. O mesmo se verifica em relação a produtos de alta tecnologia, que dependem da importação de insumos (sem similar) cuja participação na produção local acaba sendo muito considerável. Neste último caso, se aplicada a margem sobre o insumo isolado, considerando o critério de proporcionalidade (existente no PRL da Lei nº 12.715/2012), a tendência de que ocorram ajustes é considerável. Para esses casos, em que existe apenas a possibilidade de aplicação do PRL (por impossibilidade prática do PIC e do CPL), a utilização da margem alternativa deve ser estimulada e viabilizada na prática.

Caso contrário, se os mecanismos de utilização da margem alternativa forem tão complexos a ponto de inviabilizar a sua aplicação, o resultado será a clara inconstitucionalidade da norma, já que o PRL (por essência) tende a causar tratamentos desiguais (não isonômicos) e ajustes abusivos, prejudicando contribuintes de determinados seguimentos (ainda que em menor escala do que a verificada anteriormente à edição da Lei nº 12.715/2012).

Embora tenhamos abordado em maior profundidade o PRL, por se tratar do método mais largamente utilizado, os mesmos comentários se aplicam para os demais métodos de margens fixas (CPL, CAP, PVA e PVV). No PRL ainda existe um agravante em comparação ao PVA e o PVV (aplicáveis às exportações), pois não existe distinção por vendas em atacado ou varejo (em que as margens praticadas são necessariamente distintas). Também para mitigar os efeitos dessa falha da legislação, deve ser prestigiada a aplicação de margens alternativas. O mesmo podemos dizer em relação ao controle de preços de transferência sobre juros, já que o *spread* fixo não traduz a realidade de mercado (como apontado no item 3.3.1 deste estudo).

4.6 Aplicação prática de margens alternativas em preços de transferência

4.6.1 A legislação

A Lei nº 9.430/1996 não traz as diretrizes práticas para que os contribuintes celebrem APAs com as autoridades fiscais brasileiras, para fins de determinação de margens alternativas, em seus artigos 20 e 21.

É possível identificar na lei apenas a previsão genérica de que o Ministro da Fazenda poderá, em circunstâncias justificadas, alterar os percentuais dos métodos de margens fixas, de ofício ou mediante requerimento do contribuinte.

A lei determina ainda que o pleito de alteração de margem será admitido, desde que o contribuinte faça sua prova, através de:

(i) publicações ou relatórios oficiais do governo do país do comprador ou vendedor ou declaração da autoridade fiscal desse mesmo país, quando com ele o Brasil mantiver acordo para evitar a bitributação ou para intercâmbio de informações; e/ou

(ii) pesquisas efetuadas por empresa ou instituição de notório conhecimento técnico ou publicações técnicas, em que se especifiquem o setor, o período, as empresas pesquisadas e a margem encontrada, bem como identifiquem, por empresa, os dados coletados e trabalhados.

As publicações, pesquisas e relatórios oficiais somente serão admitidos como prova se 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.

O texto legal, de forma genérica, estabelece quem pode adotar a iniciativa de alteração de margens fixas: tanto o Ministro da Fazenda (de ofício), quanto os contribuintes (via APA). Para as duas hipóteses, o legislador exige que a alteração seja devidamente justificada. Assim, eventual Portaria do Ministério da Fazenda, que altere os percentuais de margens fixas, deve, necessariamente, apontar as razões para a alteração e não simplesmente indicar os novos percentuais.

São normas infralegais (Portarias e Instruções Normativas) que trazem as diretrizes específicas sobre o pleito de margens alternativas e seus procedimentos práticos (ainda que de forma limitada e precária).

Passamos a examiná-las, sempre com o enfoque crítico baseado na seguinte premissa lógica: a restrição à utilização da margem alternativa impede a efetivação do princípio *arm's length* e coloca em xeque a constitucionalidade da regra brasileira de preços de transferência.

Assim, se qualquer norma infralegal (Portaria ou Instrução Normativa) restringir, ou tornar inviável (sob a perspectiva prática), a comprovação da margem alternativa, esta deverá ser considerada como ilegal e inconstitucional.

4.6.2 A regulamentação da matéria no Brasil

As principais normas regulamentares, atualmente em vigor para alteração dos percentuais de margens fixas, são a IN nº 1.312/2012 (artigo 45) e a Portaria nº 222/2008¹⁴¹. Em caso de eventual conflito ou confusão na aplicação de seus dispositivos, entendemos que deve prevalecer o disposto na IN nº 1.312/2012, por se tratar de norma mais recente sobre o tema específico, desde que suas disposições estejam em consonância com o texto da Lei nº 9.430/1996 e princípios que norteiam a aplicação das regras de preços de transferência.

Por inexistirem precedentes relevantes de APAs no Brasil, a utilização do modelo internacional (modelo OCDE) não pode ser descartada para importação de práticas que não sejam incompatíveis com a legislação brasileira. Dessa forma, sempre que as regras brasileiras não forem suficientemente claras, ou mesmo quando forem omissas, será feita referência à orientação da OCDE para a aplicação prática de APAs, contida no chamado “Manual de Procedimentos dos MAPs da OCDE” (“*Manual on Effective Mutual Agreement Procedures – MEMAP*”).

4.6.3. Os sujeitos do pleito no APA brasileiro

A IN nº 1.312/2012 e a Portaria nº 222/2008 coincidem ao disporem que os pleitos de alteração de percentual devem ser efetuados em caráter geral, setorial ou específico, de ofício ou em atendimento a solicitação de entidade de classe representativa de setor da economia, em relação aos bens, serviços ou direitos objeto de operações por parte das pessoas jurídicas representadas, ou, ainda, em atendimento a solicitação da própria pessoa jurídica interessada.

¹⁴¹ Anteriormente, a matéria encontrava regulamentação na IN nº 243/2002 (artigos 32 a 34), na IN nº 38/1997 e na Portaria nº 95/1997. Os princípios gerais foram mantidos pela IN nº 1.312/2012 e pela Portaria nº 222/2008. As novas regras, no entanto, possuem as seguintes características (não verificadas nas normas anteriores): (i) indicação dos procedimentos para o pedido de alteração de margem; (ii) indicação da documentação que deve ser apresentada para instrução do pleito, em relação a cada um dos métodos de margens fixas; e (iii) preferência por bases comparativas extraídas de operações praticadas entre partes independentes.

Isto quer dizer que tanto uma empresa pode isoladamente efetuar o pleito (para uma situação específica), como um conjunto de empresas de determinado setor, de forma autônoma ou representadas por entidade de classe (para uma situação comum enfrentada por todas as sociedades de determinado setor)¹⁴².

A aplicação das regras de preços de transferência tem alcance muito amplo, determinando potenciais ajustes em relação às mais diversas operações com bens, serviços e direitos, praticadas entre partes vinculadas.

A forma de realização do pedido e quem irá apresentá-lo (se um contribuinte isoladamente ou uma entidade representativa de classe) depende, essencialmente, da natureza da operação praticada pelo contribuinte, sujeita ao controle das regras brasileiras de preços de transferência.

Em uma situação hipotética, em que uma indústria brasileira atue com exclusividade em determinado segmento (vendendo produtos sem similar no mercado), importando insumos também em caráter de exclusividade (inviabilizando o PIC), sem que haja possibilidade de abertura de custos pela sociedade exportadora estrangeira (inviabilizando o CPL), o único método aplicável para o controle dos preços de transferência seria o PRL 20.

Como visto, para que não ocorram ajustes de preços de transferência com base no PRL 20, em relação às importações de insumos destinados à produção, é necessário que o importador pratique uma margem bruta de lucro superior a 28%, para que os custos de suas importações não sejam ajustados.

Dada a característica do mercado brasileiro, a margem bruta praticada nas operações de revenda local corresponde à média de 15%, sem perspectiva de alta num futuro próximo. É perfeitamente justificável, neste cenário, que a margem fixa do PRL seja alterada de 20% para um percentual inferior (de aproximadamente 11%), por um prazo de 5 anos, renováveis,

¹⁴² Nesse particular, cabe transcrição o artigo 19 da Portaria nº 222/2008:

“Art. 19. O pedido de alteração de percentual ou de margem poderá ser formulado por:

I - sujeito passivo de obrigação tributária principal ou acessória; ou

II - entidade representativa de categoria econômica ou profissional de âmbito nacional.

Parágrafo único. No caso de pessoa jurídica que possua mais de um estabelecimento, o pedido será formulado, em qualquer hipótese, pelo estabelecimento sede, devendo este comunicar o fato aos demais estabelecimentos.

podendo haver revisão da margem durante a vigência do prazo e para a renovação (se a realidade de mercado assim permitir).

Neste caso específico, a própria realidade de mercado da importadora se mostra apta a justificar o ajuste da margem fixa do PRL. A prova a ser apresentada às autoridades fiscais, neste pleito específico, deve ser destinada a evidenciar a peculiaridade das operações do contribuinte específico, do mercado em que está inserido e das margens historicamente praticadas (sempre inferiores às verificadas no caso de aplicação das margens fixas). Outros documentos, aptos a demonstrar que as partes relacionadas observam regras de *compliance* que exigem a prática de preços de mercado, também podem (e devem) instruir esse pedido.

Não seria razoável, no caso, indeferir o pedido sob argumento de que não há outras empresas em situação similar, ou porque não há exportadores independentes, ou porque o contribuinte poderia ter utilizado outro método previsto pela legislação (PIC ou CPL). Considerando a peculiaridade da atividade do contribuinte, eventual exigência nesse sentido corresponderia a condicionar a margem alternativa à produção de uma prova impossível (*probatio diabolica*), o que não pode ser admitido, sob pena de inconstitucionalidade da regra brasileira de preços de transferência.

Dada a particularidade desse exemplo hipotético, o pleito de margem alternativa deve ser apresentado pelo contribuinte individualmente, com base em toda a documentação apta a demonstrar a realidade de seu mercado e a incompatibilidade da margem fixa. A documentação de suporte deve, ainda, sugerir qual a margem alternativa adequada, por qual período de tempo.

Situação diversa seria verificada, por exemplo, no caso de a sociedade importadora atuar na produção de televisores, em que há diversas empresas multinacionais competindo no mercado brasileiro. Neste caso, a questão ganha contornos de complexidade. Por conta de entraves concorrenciais, o cenário ideal pressupõe que os representantes de todas as empresas interessadas se reúnam e, coletivamente, apresentem um estudo amplo que justifique a impropriedade da margem fixa de 20% do PRL.

Diferente do primeiro caso (em que o estudo seria restrito e destinado a demonstrar que a margem de 20% seria indevida para uma operação específica de um único contribuinte),

neste segundo exemplo todas as variáveis de mercado existentes devem ser consideradas (por exemplo, características das diferentes empresas do setor e a margem bruta por elas praticadas), para se determinar qual seria a margem mais adequada para o PRL daquele setor específico.

O importante é sempre identificar com clareza os pontos de distorção causados pela margem fixa, em relação à margem efetivamente praticada pelas empresas de determinado setor econômico. Se há uma grande diversidade de produtos (e considerando que a regra brasileira de preços de transferência é aplicada “produto a produto”), o ideal é que o pleito identifique as margens de mercado para cada produto isoladamente. Para esse fim, é recomendável a elaboração de estudos com critérios de rateio e alocação específicos. Também é importante a validação de todos os critérios e cálculos por empresa de auditoria independente.

É evidente que as empresas podem relutar em abrir seus dados, dadas as políticas de sigilo e questões concorrenciais, muito normais na prática empresarial internacional. Contudo, em situações em que a aplicação das regras de preços de transferência prejudicam as empresas de determinado setor de forma homogênea (e isso tende a ocorrer em bases cada vez mais frequentes, dado o cenário de crise econômica que o país atravessa), a adoção de medidas para viabilizar a utilização das margens alternativas tende a ser necessária para a sobrevivência dessas empresas no país (e para a permanência de capital gerador de receita tributável no Brasil).

Nestas situações mais complexas (em que diversos contribuintes são afetados pela aplicação de uma mesma regra), o ideal é que os pleitos sejam apresentados de forma coletiva¹⁴³, através da entidade representativa do setor que, como um todo, encontra-se prejudicado pela aplicação das margens fixas previstas pelas regras brasileiras de preços de transferência. A situação de crise econômica vivenciada no Brasil tende a agravar esse quadro e a estimular a elaboração de pleitos dessa natureza.

Em suma, a definição dos sujeitos do pleito de margens alternativas varia conforme a peculiaridade do caso concreto. A estratégia a ser adotada pela sociedade (ou pelo conjunto de

¹⁴³ Embora não existam restrições legais para a elaboração de pedidos individuais, com a mesma finalidade.

sociedades), bem como o envolvimento de entidade representante de classe, deve ser definida conforme o impacto da margem fixa para o caso concreto. Se há diversos contribuintes em situação gravosa idêntica ou similar, o pedido coletivo tende a ser a melhor opção. Por outro lado, se a margem fixa causa distorções para um contribuinte que se encontra comprovadamente em situação peculiar, o pleito individual se mostra como a melhor alternativa.

É importante destacar, no entanto, que como o APA é destinado a retratar uma realidade de mercado e, além das questões jurídicas, há questões econômicas e políticas que norteiam a aplicação das regras de preços de transferência, a tendência é que os pleitos coletivos tenham maiores chances de êxito do que pleitos individuais, muito embora ambos sejam perfeitamente viáveis sob a perspectiva legal, desde que bem fundamentados e suportados por documentação que lhes dê respaldo técnico.

4.6.4 Os requisitos e condições do pleito no APA brasileiro

O APA, individual ou coletivo, deve ser formulado por escrito, dirigido ao Ministro de Estado da Fazenda e entregue na unidade da RFB do domicílio fiscal da entidade ou pessoa jurídica interessada.

As tabelas abaixo identificam os requisitos básicos e as hipóteses que tornariam sem efeito os pedidos de alteração de margem fixa, em caso de sua eventual inobservância (artigos 19 e seguintes da Portaria nº 222/2008):

Requisitos básicos	Hipóteses que tornam sem efeito o pedido
<p>(i) identificação da entidade ou pessoa jurídica interessada:</p> <p>(i.a) nome, endereço, telefone, endereço eletrônico (e-mail), número de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) e ramo de atividade;</p> <p>(i.b) identificação do representante legal ou procurador, acompanhada da respectiva procuração;</p> <p>(ii) ser acompanhado de declaração de que o sujeito passivo¹⁴⁴:</p>	<p>(i) inobservância dos requisitos básicos;</p> <p>(ii) falta de especificação do percentual ou da margem pleiteada, bem como do método utilizado (é exigida a indicação de margens alternativas para algum dos métodos previstos na Lei nº 9.430/1996), de acordo com as determinações contidas na Portaria nº 222/2008;</p> <p>(iii) existência de procedimento fiscal, iniciado antes da</p>

¹⁴⁴ No caso de pessoa jurídica que possua mais de um estabelecimento, as declarações devem ser prestadas pelo estabelecimento sede e abranger todos os estabelecimentos.

<p>(ii.a) não se encontra sob procedimento fiscal iniciado ou já instaurado para apurar fatos que se relacionem ao período objeto do pedido;</p> <p>(ii.b) não está intimado a cumprir obrigação relativa ao fato objeto do pedido; e</p> <p>(ii.c) o fato nela exposto não foi objeto de decisão anterior; e</p> <p>(iii) circunscrever-se a margens obtidas em exercícios determinados, posteriores à data da interposição do pedido, com descrição detalhada do seu objeto e indicação das informações necessárias à elucidação da matéria.</p>	<p>apresentação do pleito, para apurar os fatos que se relacionem com o pedido formulado;</p> <p>(iv) apresentação do pleito por quem estiver intimado a cumprir obrigação relativa ao fato objeto do pedido;</p> <p>(v) apresentação de pleito sobre fato objeto de litígio, de que a interessada faça parte, pendente de decisão definitiva nas esferas administrativa ou judicial; ou</p> <p>(vi) apresentação de pleito que não descreve, completa e exatamente, a margem ou percentual a que se referir, ou não contiver os elementos necessários à sua solução, salvo se a inexistência ou omissão for escusável, a critério da autoridade julgadora.</p>
--	---

A Portaria nº 222/2008 é clara ao determinar que o pleito de alteração de margens somente poderia alcançar períodos posteriores aos da consulta formulada, não surtindo efeitos caso o contribuinte esteja sob procedimento de fiscalização para os anos-calendário em relação aos quais se pretende utilizar a margem alternativa¹⁴⁵.

No que diz respeito aos períodos objeto do pleito de alteração de margem, a limitação temporal (que impede a retroatividade para períodos anteriores à consulta) não encontra previsão no texto da Lei nº 9.430/1996 e não parece razoável sob a perspectiva dos princípios que norteiam a aplicação das regras de preços de transferência.

A nosso ver, caso o estudo que fundamenta a alteração das margens seja amplo a ponto de trazer dados que comprovem a correção da margem alternativa para períodos pretéritos (não fiscalizados), a sua aplicação retroativa deve ser permitida. Disto resultaria maior transparência à aplicação das regras de preços de transferência, tornando os critérios para a aplicação de eventuais ajustes mais alinhados com o princípio *arm's length* (inserido no contexto dos princípios brasileiros, conforme exposto no capítulo 2 deste estudo).

Para o caso de aplicação retroativa, se faz necessária a retificação das respectivas DIPJs¹⁴⁶, antes de iniciado qualquer processo de fiscalização de preços de transferência. Considerando os prazos prescricionais previstos pela legislação brasileira, essa retificação

¹⁴⁵ Portaria nº 222/2008: artigo 1º, § 6, cc. artigo 19 e ss.

¹⁴⁶ Declaração de Informação Econômico-Fiscal da Pessoa Jurídica – DIPIJ.

poderia retroagir até 5 anos. O contribuinte deve observar, nesse caso, a reabertura do prazo decadencial para fiscalização acerca da DIPJ retificadora, estritamente em relação às novas informações prestadas¹⁴⁷.

Embora as experiências práticas sejam escassas no Brasil, é certo que o levantamento de documentos, informações e estudos é tarefa árdua que consome muito tempo e dinheiro. Portanto, é fundamental que os contribuintes se antecipem no levantamento de dados para a comprovação da margem alternativa, para que o pleito possa ser submetido às autoridades fiscais em tempo hábil de ser examinado, deferido ou indeferido, antes do início de procedimento de fiscalização.

Como visto, um dos requisitos básicos apontados pela Portaria nº 222/2008 é que o período objeto do pleito de alteração de margem não esteja sob fiscalização. Trata-se de outra inovação em relação ao texto da Lei nº 9.430/1996. A norma regulamentar tem certa coerência, já que não seria razoável que o contribuinte inicie um APA, durante o procedimento de fiscalização, com o intuito exclusivo de obstar a lavratura de um auto de infração.

Contudo, se demonstrada a boa-fé do contribuinte (que já estava levantando toda a documentação apta a embasar o APA antes do início da fiscalização), ou no caso de pleito coletivo, apresentado por entidade representativa de setor econômico (em que o contribuinte isoladamente não tem controle sobre a data de conclusão dos estudos e apresentação do APA), a questão ganha contornos de complexidade, pois é possível que alguma sociedade representada esteja sob procedimento de fiscalização.

Nesse caso, o pleito não deve perder seu objeto, principalmente no que diz respeito às demais sociedades postulantes. Caso reste comprovada a boa-fé do contribuinte, através de elementos aptos a demonstrar que os estudos e providências direcionados à elaboração do pleito tiveram início antes do procedimento de fiscalização, não seria razoável penalizá-lo indeferindo de plano seu APA.

¹⁴⁷ A jurisprudência majoritária do CARF e do STJ se posiciona no sentido de que a reabertura do prazo decadencial vale somente para as novas informações contidas na DIPJ retificadora. Nesse sentido: (i) CARF, Acórdão nº. 104-22.736, Publicado em 20.2.2009; (ii) CSRF do CARF, Acórdão nº. 04/00.360, de 27.9.2006; e (iii) STJ, 2ª Turma, Recurso Especial nº. 671773/RJ, Ministra Relatora Eliana Calmon, Publicação em 16.5.2006.

A sociedade fiscalizada deve informar a existência do pleito à autoridade fiscal, ainda que dificilmente isso tenha alguma repercussão na condução do procedimento de fiscalização. Nesse caso hipotético, se o pleito for deferido no curso da fiscalização, seria razoável que a autoridade fiscal se limitasse a ajustar os preços de transferência com base nas margens alternativas (presumindo que sejam mais benéficas que as margens fixas da legislação).

Ainda neste exemplo hipotético, se a autoridade fiscal vir a autuar o contribuinte, será razoável que a margem alternativa possa ser utilizada para o cancelamento da exigência, no âmbito de eventual litígio administrativo ou judicial. Para tanto, em paralelo, é recomendável que o contribuinte busque ordem judicial que determine o aceite do APA (ou ao menos que determine uma justificativa, que não a mera existência de procedimento de fiscalização, para desconsideração do pleito e da margem alternativa).

Entendimento contrário penalizaria o contribuinte de boa-fé que, por uma questão aleatória, teve contra si iniciado procedimento de fiscalização. Este contribuinte não poderia receber tratamento mais gravoso que os demais que, na mesma situação, não foram fiscalizados.

A premissa desse entendimento decorre da aplicação conjunta de todos os princípios que norteiam a aplicação das regras brasileiras de preços de transferência, segundo os quais os ajustes não têm por finalidade penalizar o contribuinte, mas aproximar os preços praticados entre partes vinculadas àqueles que seriam praticados em condições normais de mercado (padrão *arm's length*).

Qualquer contribuinte representado por entidade representativa de setor, que tiver pleito de alteração de margem alternativa deferido, poderá, a qualquer tempo, pleitear a sua utilização para os períodos contemplados pela decisão (formalizados em Portaria do Ministério da Fazenda). Nestes casos, contribuintes sob fiscalização, ou que disputam contra o fisco autuações na esfera administrativa e judicial, poderão invocar os termos da Portaria para o cancelamento das exigências fiscais relacionadas aos anos-calendário nela contemplados.

Em suma, o pleito de margens alternativas deve observar critérios de razoabilidade e boa-fé. Em caso de deferimento, sua aplicação deve ser facilitada e permitida de forma ampla, de forma a conferir a aplicação do princípio *arm's length*.

Ainda que os contribuintes possam justificar a aplicação de margens alternativas decorrentes de pleitos apresentados após o início de procedimentos de fiscalização (em hipóteses pontuais, em que comprovadamente inexistente má-fé, como pontuado acima), o recomendável é sempre antecipar ao máximo o trabalho de levantamento de informações e documentos aptos a embasar o pleito de margem alternativa. Este pleito, em hipótese alguma, deve ser utilizado como mecanismo para retardar ou obstar o trabalho de fiscalização.

4.6.5. O pleito de margens: efeitos e natureza jurídica

A Lei nº 9.430/1996 não dispõe se o pleito de margens alternativas teria natureza de consulta formal (regulamentada pelo Decreto nº 70.235/1972 e pela própria Lei nº 9.430/1996). A Portaria nº 95/1997, originalmente, dispôs que o pleito teria essa natureza, devendo seguir as diretrizes do Decreto nº 70.235/1972.

Posteriormente, a Portaria nº 222/2008 (que revogou a Portaria nº 95/1997) detalhou os procedimentos e requisitos para o pleito de margens alternativas, determinando (em seu artigo 22) que não seriam aplicáveis as regras do processo de consulta previstas pelos artigos 48 a 50 da Lei nº 9.430/1996. Com esse dispositivo, o Ministro da Fazenda pretendeu que as disposições regulamentares do pleito se restringissem às expressamente indicadas na Portaria nº 222/2008.

Essa restrição não encontra nenhum suporte no ordenamento legal e resulta em violação ao contraditório, à ampla defesa e à segurança jurídica (dentre outras garantias fundamentais do contribuinte). Isto porque, dentre outras razões, a Portaria nº 222/2008 não traz qualquer dispositivo sobre a suspensão da exigibilidade dos tributos e penalidades (multa e juros).

Consequentemente, mesmo na pendência de análise de pleito para alteração de margem, a autoridade fiscal poderia iniciar procedimento de fiscalização e autuar o contribuinte, com a imposição de penalidades (multa e juros). Assim, a Portaria nº 222/2008 não dispõe de mecanismo apto a proteger o contribuinte que, de boa-fé, investe recursos no intuito de demonstrar sua conformidade com as regras brasileiras de preços de transferência, pela busca da margem alternativa.

Penalizar o contribuinte que se encontra nessa situação, com a imposição de multa, desdobra os parâmetros da razoabilidade. Ainda que pudesse haver o lançamento para evitar a decadência (o que não nos parece razoável no curso do APA, por ter natureza de consulta formal), neste caso não deveria haver qualquer imposição de multa, já que o pleito de margem alternativa evidencia a boa-fé do contribuinte. Para evitar a imposição de penalidade, contudo, é razoável que o pleito seja apresentado antes do prazo legal para recolhimento de tributo.

Não é por outra razão que a IN nº 1.312/2012, em clara divergência com o disposto na Portaria nº 222/2008 (e com o aparente intuito de corrigi-la), trouxe dispositivo expresso (em seu artigo 45, § 2º), segundo o qual: *“aos pedidos de alteração de percentuais, efetuados por setor econômico ou por pessoa jurídica, aplicam-se as normas relativas aos processos de consulta de que trata o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, - Processo Administrativo Fiscal (PAF)”*.

Andou bem a IN nº 1.312/2012, pois o Decreto nº 70.235/1972 (que deve ser examinado conjuntamente com os artigos 48 a 50 da Lei nº 9.430/1996), resguarda os direitos do contribuinte e estabelece os limites de atuação das autoridades fiscais durante o procedimento de consulta.

Nos termos do Decreto nº 70.235/1972, o sujeito passivo poderá formular consulta sobre dispositivos da legislação tributária aplicáveis a fatos determinados. Atualmente, os processos de consulta estão regulamentados pela IN nº 1.396/2013. Nos termos dessas normas, a consulta formal eficaz produz os seguintes efeitos principais:

(i) se formulada antes do prazo legal para recolhimento de tributo, impede a aplicação de multa de mora e de juros de mora (regra prevista também no artigo 161 do CTN), relativamente à matéria consultada, a partir da data de seu protocolo até o trigésimo dia seguinte à ciência da solução de consulta;

(ii) impede a instauração de procedimento fiscal contra o sujeito passivo consulente no tocante à matéria consultada a partir da apresentação da consulta até 30 dias após a ciência formal da solução da consulta; e

(iii) se dela resultar solução de consulta que implique em pagamento de tributo, este deverá ser efetuado no prazo de 30 dias, contados da data da ciência mencionada no item (i) acima (suspendem-se tanto o prazo decadencial para lançamento, quanto a exigibilidade do débito, enquanto não solucionada a consulta).

A solução de consulta eficaz tem efeito vinculante, razão pela qual, em caso de ser negativa aos interesses do sujeito passivo, este se sujeitará a questionamentos por parte das autoridades fiscais se adotados procedimentos contrários às suas determinações.

Esclareça-se que esse efeito vinculante vale apenas para as autoridades fiscais, como bem observa Valdir de Oliveira Rocha¹⁴⁸. Se o contribuinte adotar procedimento diverso daquele exarado na solução de consulta, ou se não realizar o pagamento no prazo de 30 dias após a ciência da solução desfavorável, as autoridades fiscais devem exigir o respectivo débito através da lavratura de auto de infração, com imposição de multa de ofício e juros.

Em se tratando de efeito vinculante apenas para a autoridade fiscal, a eventual resposta desfavorável na consulta formal não impede a discussão do crédito tributário na esfera administrativa ou judicial¹⁴⁹. Tampouco impede que o contribuinte busque a reforma da decisão que indeferiu seu APA no Judiciário.

Em regra, a solução de consulta é decidida em instância única. Contudo, nas hipóteses em que houver “*diferença de conclusões entre soluções de consultas relativas a uma mesma matéria, fundada em idêntica norma jurídica*”, será cabível recurso (sem efeito suspensivo) para a COSIT. Esse recurso estará sujeito a exame de admissibilidade e, se admitido e após solucionado, ensejará solução de divergência para uniformização de entendimento.

Há, contudo, a possibilidade das autoridades declararem o pedido de consulta como ineficaz caso entendam que a situação consultada se enquadra em alguma das hipóteses de

¹⁴⁸ ROCHA, Valdir de Oliveira. “A consulta fiscal”. Editora Dialética. São Paulo, 1996. P. 92.

¹⁴⁹ Esse entendimento (compartilhado por Valdir de Oliveira Rocha. Op. cit. 152) não é pacífico na doutrina. Em sentido contrário, Hugo de Brito Machado considera que, nas hipóteses em que a consulta formal versa sobre situação concreta do contribuinte, a resposta desfavorável vincularia o contribuinte aos seus efeitos. (In Mandado de segurança em matéria tributária. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 1994. Pp. 278, 282 e 283).

ineficácia previstas no artigo 18 da IN 1.396/2013¹⁵⁰. Nesta hipótese, a solução da consulta não produziria quaisquer efeitos.

Também no caso de o contribuinte discordar da declaração de ineficácia da consulta, será possível pleitear a sua reforma no Judiciário. No entanto, o efeito suspensivo existente no curso do processo de consulta somente permanecerá na discussão judicial se expressamente conferido pelo juízo (nos termos do artigo 151 do CTN).

4.6.6. O pleito de margens: procedimento específico do APA brasileiro

No caso específico dos APAs ou consultas formais para utilização de margens ou percentuais alternativos para os métodos de ajustes de preços de transferência previstos pela Lei nº 9.430/1996, todos os mesmos efeitos acima elencados devem ser observados.

Conforme dispõe a IN nº 1.312/2012 (em linha com o Decreto nº 70.235/1972 e com a própria Lei nº 9.430/1996), a COSIT fica incumbida da análise dos pleitos de alteração de percentual. Para cada caso a COSIT deve propor, ao Secretário da Receita Federal do Brasil, a solução a ser submetida à aprovação do Ministro de Estado da Fazenda.

¹⁵⁰ Art. 18. Não produz efeitos a consulta formulada:

- I - com inobservância do disposto nos arts. 2º a 6º;
- II - em tese, com referência a fato genérico, ou, ainda, que não identifique o dispositivo da legislação tributária e aduaneira sobre cuja aplicação haja dúvida;
- III - por quem estiver intimado a cumprir obrigação relativa ao fato objeto da consulta;
- IV - sobre fato objeto de litígio, de que o consulente faça parte, pendente de decisão definitiva nas esferas administrativa ou judicial;
- V - por quem estiver sob procedimento fiscal, iniciado antes de sua apresentação, para apurar os fatos que se relacionem com a matéria consultada;
- VI - quando o fato houver sido objeto de decisão anteriormente proferida em consulta ou litígio em que tenha sido parte o consulente, e cujo entendimento por parte da administração não tenha sido alterado por ato superveniente;
- VII - quando o fato estiver disciplinado em ato normativo publicado na Imprensa Oficial antes de sua apresentação;
- VIII - quando versar sobre constitucionalidade ou legalidade da legislação tributária e aduaneira;
- IX - quando o fato estiver definido ou declarado em disposição literal de lei;
- X - quando o fato estiver definido como crime ou contravenção penal;
- XI - quando não descrever, completa e exatamente, a hipótese a que se referir, ou não contiver os elementos necessários à sua solução, salvo se a inexatidão ou omissão for escusável, a critério da autoridade competente;
- XII - quando versar sobre procedimentos relativos a parcelamento de débitos administrados pela RFB;
- XIII - sobre matéria estranha à legislação tributária e aduaneira; e
- XIV - quando tiver por objetivo a prestação de assessoria jurídica ou contábil-fiscal pela RFB.

A decisão, se denegatória, será exarada em despacho formalizado no próprio processo de solicitação. Se concessória, será formalizada por meio de Portaria do Ministro de Estado da Fazenda, publicada, em seu inteiro teor, no Diário Oficial da União.

Nas hipóteses de atendimento ao pleito, a COSIT deverá informar se concorda com o prazo de vigência das novas margens, sugerido pela entidade ou pessoa jurídica interessada. Caso contrário, a COSIT deve propor o prazo que julgar mais adequado. Por uma questão de razoabilidade, a indicação de prazos, deferimentos ou indeferimentos, devem ser justificados.

Caso as autoridades fiscais indefiram o pleito dos contribuintes (total ou parcialmente), devem ser contemplados os seguintes cenários:

(i) o contribuinte pode se conformar com o teor da solução de consulta, sujeitando suas operações, nos períodos contemplados pelo pleito indeferido, aos ajustes de preços de transferência com base em algum dos métodos previstos pela Lei nº 9.430/1996, com o respectivo recolhimento dos tributos (sem multa, se antes do prazo de 30 dias da ciência da decisão); ou

(ii) o contribuinte pode não acatar o teor da solução de consulta e, por considerar que a margem alternativa pleiteada é a correta, aguardar a lavratura de auto de infração para defender sua aplicabilidade em litígio administrativo e/ou judicial. Nesse caso, eventual autuação será acompanhada de multa de ofício e juros SELIC.

A experiência prática mostra que, no âmbito dos tribunais administrativos, o CARF e a CSRF têm negado a aplicação de margens alternativas, em hipóteses em que não há uma Portaria Ministerial autorizando a sua aplicação, nos termos dos artigos 20 e 21 da Lei nº 9.430/1996. Isso é de certa forma lógico, pois os julgadores na esfera administrativa estão adstritos às determinações da legislação brasileira, que apenas prevê que o Ministro da Fazenda, em situações justificadas, poderá alterar as margens fixas previstas em lei.

Para que os julgadores do CARF e da CSRF pudessem aplicar ou autorizar a aplicação da margem alternativa, seria necessária a existência de Portaria ministerial deferindo o pleito formulado pelo contribuinte (ou por entidade representativa de classe) no âmbito de um APA.

Conseqüentemente, eventual disputa para revisão da decisão que indeferiu o pleito de alteração de margem, necessariamente, deve ser feita no âmbito judicial.

Neste caso, será possível requerer à autoridade judicial que expeça ordem que determine a aplicação da margem alternativa, sob alegação de que as justificativas apresentadas pela autoridade fiscal não se coadunam com os princípios que norteiam as regras brasileiras de preços de transferência.

Por evidente, o pedido a ser formulado em juízo deve estar tão bem fundamentado quanto o pleito apresentado às autoridades fiscais. E por se tratar de questão que envolve a produção de prova, é interessante que os contribuintes busquem a produção de perícia técnica, apta a comprovar a adequação da margem alternativa (para tanto, seria necessário ajuizar ação ordinária, já que o mandado de segurança admite apenas a prova pré-constituída).

Igualmente, é recomendável a produção de estudo econômico, apto a demonstrar que a margem alternativa é compatível com a realidade de mercado (e a incompatibilidade da margem fixa), bem como as conseqüências macroeconômicas do indeferimento (dentre outras, a saída de capital estrangeiro do País, diminuição reflexa da arrecadação tributária, etc.).

A discussão judicial, contudo, não restringe o direito do fisco de lavrar auto de infração. Caso o auto de infração seja lavrado no curso da medida judicial (para evitar a decadência) em que o contribuinte tenha obtido decisão que suspenda a exigibilidade do crédito tributário (nos termos do artigo 151 do CTN), não deve haver a imposição de multa, nos termos do artigo 63 da Lei nº 9.430/1996.

Tecnicamente, também seria possível para o contribuinte adotar alternativa distinta e antecipar o ajuizamento de uma ação declaratória (ou mandado de segurança) que lhe autorize a utilizar a margem alternativa. A exemplo da consulta prévia (APA), a medida judicial preventiva pode ser ajuizada pelo contribuinte individualmente, ou por entidade representativa de setor econômico.

Nesse caso, o contribuinte buscaria ordem judicial que condicionaria o Ministro da Fazenda a permitir a utilização de margem alternativa, adotando assim o caminho inverso verificado na propositura do APA.

Em qualquer das hipóteses (APA ou medida judicial antecipada), o deferimento do pleito estaria condicionado à capacidade de comprovação de que a margem alternativa seria a mais adequada para ajustar os preços de transferência do postulante, observada a realidade de mercado e o propósito das regras brasileiras de preços de transferência (inexistência de transferência indevida de lucros tributáveis do Brasil para o exterior).

A escolha por uma alternativa ou outra depende das características de cada caso concreto. Caso o contribuinte disponha de um estudo prévio perfeitamente apto a demonstrar a incompatibilidade da margem fixa, o APA se mostra como uma alternativa interessante, pois permite que a discussão administrativa seja esgotada antes do início da discussão judicial. Contudo, se o contribuinte tem justificada urgência, a medida judicial antecipada pode se mostrar o caminho mais adequado.

4.6.7. A comprovação da margem alternativa

O último e talvez mais delicado ponto a ser observado neste estudo diz respeito à comprovação da margem alternativa, isto é, ao conjunto de documentos que se faz necessário para demonstrar que a margem fixa do texto legal deve ser substituída, atendendo-se o pleito do contribuinte (isoladamente ou em conjunto, representado por entidade de classe).

A IN nº 1.312/2012 determina inicialmente que o pleito deve conter o prazo para vigência das margens sugeridas (artigo 47). Como abordado no item 4.6.2.2 acima, essa limitação temporal (que impede a retroatividade para períodos anteriores à consulta) não encontra previsão no texto da Lei nº 9.430/1996 e não parece razoável, sob a perspectiva do princípio *arm's length*¹⁵¹.

¹⁵¹ Se antecipadamente ao procedimento de fiscalização, e de modo a confirmar que os preços praticados com base nas margens alternativas são mais adequados que os baseados em margens fixas, seria razoável a sua aplicação para períodos pretéritos, mediante alteração das respectivas DIPJs.

Além de identificar os períodos, o pleito deve ser instruído com uma série de documentos listados na IN nº 1.312/2012 (artigos 43 e 47):

Documentos Obrigatórios (artigo 47 da IN nº 1.312/2012)	Outros Documentos (artigo 43 da IN nº 1.312/2012)
(i) demonstrativo dos custos de produção dos bens, serviços ou direitos, emitidos pela pessoa jurídica fornecedora, domiciliada no exterior; (ii) demonstrativo do total anual das compras e vendas, por tipo de bem, serviço ou direito, objeto da solicitação; (iii) demonstrativo dos valores pagos a título de frete e seguros, relativamente aos bens, serviços ou direitos; (iv) demonstrativo da parcela do crédito presumido do IPI, como ressarcimento da Contribuição para o PIS/Pasep e da COFINS, correspondente aos bens objeto da solicitação ¹⁵² .	(i) publicações ou relatórios oficiais do governo do país do comprador ou vendedor ou declaração da autoridade fiscal desse mesmo país, quando com ele o Brasil mantiver acordo para evitar a bitributação ou para intercâmbio de informações; (ii) pesquisas efetuadas por pessoa jurídica ou instituição de notório conhecimento técnico ou publicações técnicas, onde se especifique o setor, o período, as pessoas jurídicas pesquisadas e a margem encontrada, bem assim identifique, por pessoa jurídica, os dados coletados e trabalhados.

Se examinada isoladamente a relação de “documentos obrigatórios”, a conclusão a que se chegaria é que a obtenção de margens alternativas seria uma tarefa impossível. Por essa razão, de modo a viabilizar o APA, é necessário examinar essa relação com os demais documentos, em especial as pesquisas e publicações técnicas, preparadas por pessoa jurídica ou instituição de notório conhecimento técnico.

Os documentos obrigatórios, em conjunto com as publicações e relatórios oficiais de governos estrangeiros, têm como finalidade identificar o custo dos bens, serviços e direitos, para que possa se identificar a margem praticada nas operações entre partes vinculadas (sujeitas a preços de transferência), para que seja conhecida a margem de lucro efetivamente praticada em tais operações.

¹⁵² Para esse item em específico, a IN 1.312/2012 determina que fiquem à disposição do fisco (sem a necessidade de juntada no pleito): I - cópia dos documentos de compra dos bens, serviços ou direitos e dos demais documentos de pagamento dos impostos incidentes na importação e outros encargos computáveis como custo, relativos ao ano-calendário anterior; II - cópia dos documentos de pagamento dos impostos e taxas incidentes na exportação, cobrados no país exportador; III - cópia de documentos fiscais de venda emitidos no último ano-calendário, nas operações entre a pessoa jurídica vinculada, domiciliada no exterior, e as pessoas jurídicas atacadistas, não vinculadas, distribuidoras dos bens, serviços ou direitos, objeto da solicitação; IV - cópia de documentos fiscais de venda a consumidores, emitidos por pessoas jurídicas varejistas, localizadas nos países de destino dos bens, serviços ou direitos, com indicação do respectivo preço cobrado.

Em que pese a importância desses documentos e dos dados extraídos a partir de sua análise, o pleito de margem alternativa deve produzir um nível de detalhamento mais amplo e aprofundado, de modo a identificar a margem de lucro praticada no mercado em que atuam as partes vinculadas, no que diz respeito às operações com os bens, serviços e direitos.

Pode-se dizer que, substituindo a margem praticada nas operações entre partes vinculadas, pela margem praticada no mercado, desde que feitos os ajustes que permitam essa efetiva comparação, obter-se-á um preço parâmetro mais apropriado para fins de controle de preços de transferência.

Para tanto, as margens fixas dos métodos CPL, PRL, CAP, PVA e PVV seriam simplesmente substituídas pelas margens alternativas obtidas, para controle de preços de transferência nas operações de importação e exportação de bens, serviços e direitos, para os produtos e períodos contemplados no pleito.

Um trabalho antecipado com a finalidade de obter a margem alternativa evitaria, para grande parte dos contribuintes que transacionam com partes vinculadas, uma série de ajustes indevidos (cujos efeitos danosos são evidentes, como apontado ao longo deste estudo) e de litígios com as autoridades fiscais.

De modo mais detalhado que a IN nº 1.312/2012, a Portaria nº 222/2008 estabeleceu um rol de documentos para suporte de cada um dos métodos de margens fixas. Interessante observar que a Portaria nº 222/2008 trouxe ainda critérios para permitir ajustes em relação a bens, serviços e direitos idênticos ou similares, a exemplo do que fez a IN nº 1.312/2012 para o método PIC.

A possibilidade de ajustes para bens idênticos e similares é importante, pois estende a possibilidade de aplicação de margens alternativas para o maior universo possível de operações comparáveis, minimizando os efeitos de condições negociais peculiares de operações entre terceiros, permitindo assim a utilização dessas operações para identificação da realidade de mercado¹⁵³.

¹⁵³ Nesse particular, no caso de bens, serviços ou direitos idênticos, somente será permitida a efetivação de ajustes relacionados com: (i) prazo para pagamento; (ii) quantidades negociadas; (iii) obrigação por garantia de funcionamento do bem ou da aplicabilidade do serviço ou direito; (iv) obrigação pela promoção, junto ao

Os mecanismos da Portaria nº 222/2008, para a obtenção de margens alternativas, pressupõem a existência de operações de importação e exportação, com bens, serviços e direitos idênticos ou similares, entre partes independentes.

Essa noção fica claramente evidenciada pela leitura do caput de seu artigos 3º, segundo o qual: “*as solicitações de alteração de percentuais, nas importações, deverão ser instruídas por relatórios ou notas explicativas embasados por estudo ou pesquisa que demonstre, observados os requisitos que assegurem a comparabilidade das transações pesquisadas com as da pessoa jurídica interessada, que a margem de lucro pleiteada é praticada por outras pessoas jurídicas independentes, em transações com não vinculadas; e é incompatível com a margem estabelecida pela legislação*”¹⁵⁴.

Um análise literal desse dispositivo (em especial sua parte final) poderia colocar em xeque a sistemática de margens alternativas, por exigir que o contribuinte identifique outras pessoas jurídicas que, em operações com partes independentes, pratiquem a margem alternativa pleiteada.

Essa análise equivaleria a dizer que o pleito de margens alternativas somente seria viável em condições que igualmente fosse possível a aplicação dos métodos PIC ou PVEx. Aqui reside a crítica feita pela doutrina aos mecanismos de obtenção de margens alternativas previstos pela IN nº 1.312/2012 e pela Portaria nº 222/2008¹⁵⁵.

público, do bem, serviço ou direito, por meio de propaganda e publicidade; (v) obrigação pelos custos de fiscalização de qualidade, do padrão dos serviços e das condições de higiene; (vi) custos de intermediação nas operações de compra e venda praticadas pelas pessoas jurídicas não vinculadas, consideradas para efeito de comparação dos preços; (vii) acondicionamento; e (viii) frete e seguro. Para o caso de similares, além dos ajustes acima, os preços serão ajustados em função das diferenças de natureza física e de conteúdo, considerando-se, para tanto, os custos relativos à produção do bem, à execução do serviço ou à constituição do direito, exclusivamente nas partes que corresponderem às diferenças entre os modelos objeto da comparação.

¹⁵⁴ Similar dispositivo, em relação a exportações, é identificado no caput do artigo 8º: “*As solicitações de alteração de percentuais, nas exportações, deverão ser instruídas por relatórios ou notas explicativas que apresentem estudo ou pesquisa que demonstrem haver diferença entre a margem de lucro praticada por outras pessoas jurídicas independentes, em transações não vinculadas, e aquela praticada pela interessada, observados os requisitos que assegurem a comparabilidade das transações pesquisadas com as do contribuinte*”. Os ajustes para operações com bens idênticos e similares também são permitidos, também abrangendo riscos de crédito (artigo 8º, § 1º, IX).

¹⁵⁵ Nesse sentido, destacamos a crítica de José Gomes Cardim Neto, segundo o qual os requisitos da IN nº 243/2002 (reproduzidos pela IN nº 1.312/2012) tornaram inviável a fruição do direito de se obter margens alternativas em preços de transferência (in “A interpretação da legislação de preços de transferência por parte do fisco no Brasil: podemos aprender com os erros?”. Revista de Direito Tributário Internacional. Volume 4, Ano 2. Editora Quartier Latin. São Paulo, out./2006. P. 127; e (ii) Luis Eduardo Schoueri, para quem a análise das portarias e instruções normativas sobre o tema revela que dificilmente um contribuinte poderá

A crítica é procedente e os normativos em questão devem ser interpretados sob uma perspectiva ampliativa. Caso contrário, o pleito de margem alternativa não passaria de letra morta, sem qualquer aplicabilidade prática. A finalidade da regra deve ser permitir, dentro dos limites de razoabilidade e boa-fé, que o contribuinte efetivamente comprove que as margens de lucro praticadas são compatíveis com o mercado (e que as margens fixas são incompatíveis).

Quanto mais aprofundada e detalhada a informação e documentação apresentada pelo contribuinte, considerando aspectos econômicos, financeiros, contábeis, dentre outros elementos técnicos (estudos e pesquisas de instituições independentes, etc.), mais aprofundadas devem ser as justificativas para sua eventual desconsideração. Isto é, não basta que o fisco aponte a falta de um documento específico, o contexto (todo universo de documentos e informações apresentados) deve ser considerado para deferir ou indeferir o pleito do APA.

Examinando as tabelas abaixo, verificamos a precariedade do rol dos documentos exigidos para comprovação de margens alternativas, para cada um dos métodos previstos pela Lei nº 9.430/1996. Essas informações devem ser examinadas como mero informativo exemplificativo, e não como um roteiro fechado (ou de requisitos mínimos) para elaboração do APA:

Método CPL – Artigo 5º (Portaria nº 222/2008)
<p>I - demonstrativos, planilhas e relatórios analíticos dos custos de produção dos bens, serviços ou direitos, emitidos pela pessoa jurídica fornecedora, domiciliada no exterior, podendo o contribuinte, ainda, anexar parecer de auditoria independente que ateste a consistência destes demonstrativos com os livros contábeis e fiscais da pessoa jurídica vinculada;</p> <p>II - cópia dos documentos comprobatórios dos custos dos bens, serviços ou direitos importados, dos encargos computáveis como custos nestas operações, bem como dos impostos e taxas cobrados pelo país onde tiverem sido originariamente produzidos; e</p> <p>III - estudo ou pesquisa que demonstre a margem de lucro praticada pelo mesmo fornecedor, em operações junto a não vinculada.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Opcionalmente, poderá a interessada apresentar estudo ou pesquisa que demonstre a margem de lucro obtida por terceira pessoa jurídica independente, domiciliada no exterior, em operações com não vinculadas, obedecidas as exigências constantes nos incisos I e II.

- Alternativamente, a interessada poderá solicitar a alteração de margem do CPL, instruída com os documentos que constam dos itens I e III, certificados pelo órgão de estado responsável pela administração do imposto de renda federal do país de origem, com a chancela da representação diplomática brasileira no país.

Método PRL (Revenda) – Artigo 6º (Portaria nº 222/2008)

I - demonstrativo do total anual das compras junto a fornecedores não vinculados e das vendas efetuadas a pessoas jurídicas não vinculadas, por tipo de bem, serviço ou direito, objeto do pedido;

II - demonstrativo dos valores dos descontos incondicionais concedidos, dos impostos e contribuições incidentes sobre as vendas e das comissões e corretagens pagas, relativamente aos bens, objeto do pedido;

III - demonstrativo da margem de lucro auferida pela interessada nas operações previstas no inciso I; e

IV - cópia da documentação comprobatória das compras, das vendas e demais custos a que se referem os demonstrativos referidos nos incisos I a III.

- Na hipótese de a pessoa jurídica não praticar operações com não vinculadas, poderá apresentar estudo ou pesquisa que demonstre a margem de lucro obtida por terceira pessoa jurídica independente, domiciliada no Brasil, em operações com não vinculadas, obedecidas as demais exigências constantes dos itens I, II e IV, bem como os requisitos que assegurem a comparabilidade das transações pesquisadas com as da pessoa jurídica interessada referidas no art. 3º

Método PRL (Produção) – Artigo 7º (Portaria nº 222/2008)

I - demonstrativo do total anual das compras dos insumos junto a fornecedores não vinculados e das vendas dos bens finais efetuadas a pessoa jurídicas não vinculadas, por tipo de bem, serviço ou direito, a que se referir o pedido;

II - demonstrativo dos custos de produção do bem final originado do insumo importado;

III - demonstrativo dos valores dos descontos incondicionais concedidos, dos impostos e contribuições incidentes sobre as vendas e das comissões e corretagens pagas, relativamente aos bens, objeto do pedido;

IV - demonstrativo da margem de lucro auferida pela interessada nas operações previstas nos incisos I e II, excluindo-se o valor agregado no País, conforme a seguinte metodologia:

a) preço líquido de venda: a média aritmética ponderada dos preços de venda do bem produzido, praticados com pessoas jurídicas não vinculadas, diminuídos dos descontos incondicionais concedidos, dos impostos e contribuições sobre as vendas e das comissões e corretagens pagas;

b) percentual de participação dos bens, serviços ou direitos importados de não vinculadas no custo total do bem produzido: a relação percentual entre o valor do bem, serviço ou direito importado de não vinculada e o custo total do bem produzido, calculada em conformidade com a planilha de custos da pessoa jurídica;

c) participação dos bens, serviços ou direitos importados no preço de venda do bem produzido: a aplicação do percentual de participação do bem, serviço ou direito importado no custo total, apurado conforme a alínea "b", sobre o preço líquido de venda calculado de acordo com a alínea "a";

d) margem de lucro do bem, serviço ou direito objeto do pedido, conforme fórmula abaixo:

$$ML = (PV - PI)$$

PI

onde,

ML: margem de lucro auferida em operações com não vinculadas;

PV: participação dos bens, serviços ou direitos importados no preço de venda do bem produzido, obtido na forma da alínea "c";

PI: preço praticado na importação do bem, objeto do pedido, em operações com não vinculadas;

V - cópia da documentação comprobatória das compras, das vendas e dos custos a que se referem os demonstrativos referidos nos incisos I a IV.

- Na hipótese da pessoa jurídica não praticar operações com não vinculadas, poderá a interessada apresentar estudo ou pesquisa que demonstre a margem de lucro obtida por terceira pessoa jurídica independente, domiciliada no Brasil, em operações com não vinculadas, obedecidas as demais exigências constantes dos incisos I, II e III, bem como os requisitos que assegurem a

comparabilidade das transações pesquisadas com as do contribuinte referidas no art. 3º

O método CPL realmente é de difícil aplicação, não apenas pela questão da margem, mas por exigir a abertura detalhada de custos da sociedade estrangeira. A Portaria nº 1.312/2012 torna ainda mais complexa a aplicação do CPL no caso de margens alternativas, pois denota a necessidade de abertura de custos em operações independentes, o que não seria razoável.

Embora seja viável a produção de estudo apto a demonstrar a aplicabilidade da margem alternativa para o CPL, em situações práticas o método em questão apresenta dificuldades que são peculiares à sua própria natureza, o que tende a diminuir a sua aplicabilidade. Não se trata de inviabilidade da margem alternativa, mas de dificuldade para aplicação do método por si só.

Assim, sob uma perspectiva prática, entendemos que os esforços para obtenção de uma margem alternativa devem estar focados no método PRL. Por evidente, o rol da Portaria nº 222/2008 deve ser interpretado de forma apenas exemplificativa, como pontuado acima. Caso contrário, se fosse condição *sine qua non* que operações de importação entre partes independentes fossem levadas em consideração, a obtenção de margem alternativa poderia resultar inviável, ou então competiria com a aplicação do método PIC.

É o que se verifica, por exemplo, no caso do “PRL Produção” quando, na fórmula para obtenção de seu preço parâmetro com margem alternativa, insere como variável obrigatória o “PI”, ou “preço praticado na importação do bem, objeto do pedido, em operações com não vinculadas”. Se conhecida essa variável, o contribuinte aplicaria desde logo o PIC, poupando-se do desgaste de levantar uma margem alternativa.

Contudo, há diversos casos em que os métodos *arm's length* (PIC, no caso) não possuem aplicabilidade prática, pois podem não haver operações *específicas* entre terceiros independentes que possam ser comparáveis com a operação parâmetro sujeita ao controle de preços de transferência. Essa limitação não pode alcançar o pleito de margem alternativa, pois resultaria na inconstitucionalidade da regra de preço de transferência.

A sistemática de obtenção de margens alternativas deve possuir flexibilidade, em especial no que diz respeito à documentação, para que possa ser identificada não apenas através da análise de operações específicas entre partes independentes, mas com base numa análise ampla de mercado, destinada a comprovar que a margem alternativa é mais adequada que a margem fixa para a operação em exame.

Não é a previsão isolada do método PIC que torna as regras brasileiras de preços de transferência em importações constitucionais, sob a perspectiva do princípio *arm's length*, mas sim a possibilidade de utilização efetiva das margens alternativas no CPL e, principalmente, no PRL. A regra de preços de transferência deve dispor de mecanismos aptos a viabilizar o princípio *arm's length* na prática, caso contrário, deve ser declarada inconstitucional.

Em caso de impossibilidade de aplicação do PIC, a margem de mercado local aplicável ao contribuinte deve ser permitida para viabilizar o PRL, não apenas considerando um produto idêntico importado, mas uma margem mais compatível que a fixa para o controle de suas operações, com base em dados do mercado. E essa base de dados pode ser obtida de forma ampla, por quaisquer documentos que possam demonstrar que a margem alternativa se adequa com mais precisão à realidade de mercado.

Exemplificando: um contribuinte importa um insumo específico para produção de um televisor. O insumo não encontra par ou similares no mercado, razão pela qual não há operações entre partes independentes que permitiriam a aplicação do PIC. Contudo, no mercado brasileiro há um mercado consolidado de comércio de televisores, em que a margem bruta média é constantemente inferior à exigida pelo PRL 20. Demonstrada a impossibilidade de utilização do PIC e a incompatibilidade da margem fixa do PRL 20, resta justificada, nesse caso hipotético, a utilização de margem alternativa para o PRL.

Os televisores, no caso, não são idênticos entre si. Aplicados os critérios de ajuste previstos pela própria regra de preços de transferência (similares aos do PIC), pode ser feito um estudo detalhado do mercado brasileiro de empresas que comercializam televisores, para identificar qual a margem bruta média, ou mesmo qual a margem bruta máxima praticada, considerando um determinado período (o mais longo possível, para que seja possível projetá-la para períodos futuros).

Dado o objetivo das regras brasileiras de preços de transferência (parametrização a condições normais de mercado), a utilização da margem média seria viável, embora passível de questionamentos, pois o fisco pode considerar que o contribuinte, no caso específico, pode praticar uma margem constantemente superior à média. Neste caso, o contribuinte deve comprovar que a margem efetivamente praticada em suas operações não supera a margem média identificada pelo estudo.

De modo mais conservador e no intuito de evitar litígios, a margem alternativa pode ser determinada exclusivamente com base na margem bruta máxima identificada, o que somente é viável e recomendável caso esta seja inferior à margem fixa exigida pelo PRL.

Interessante observar que a Lei nº 9.430/1996 menciona que, em situações justificadas, o Ministro da Fazenda *poderá* alterar as margens fixas (artigo 20). Essa possibilidade não deve ser confundida com uma discricionariedade ampla a ponto de autorizar as autoridades fiscais a sequer examinarem o pleito, ou a negarem sua aplicação de forma injustificada.

Se o contribuinte apresentar um estudo bem fundamentado da improcedência da margem fixa e melhor adequação da margem alternativa, a autoridade fiscal fica obrigada a homologar a sua utilização, salvo se, de forma justificada, apresentar a contraprova. Isto é, se comprovar que a margem alternativa não é mais adequada que a margem fixa prevista pelo texto legal.

A contraprova da adequação, vale dizer, deve tomar por base a lógica e os princípios que norteiam as regras brasileiras de preços de transferência (isto é, o princípio *arm's length* sob a perspectiva dos princípios brasileiros) e não uma justificativa meramente arrecadatória, ou a alegação rasa de que a margem fixa traduziria o princípio *arm's length* (este estudo já demonstrou, por uma vasta variedade de argumentos, que esta premissa é falsa na grande maioria dos casos). Uma negativa de utilização da margem alternativa sem a devida justificativa autoriza o contribuinte a ingressar em juízo, para obtenção de ordem judicial que assegure o seu direito.

No caso das exportações, a situação é similar a das importações e as exigências da Portaria nº 222/2008, se tomadas sob uma perspectiva literal, são igualmente restritivas (e

insuficientes), conforme tabela abaixo, que relaciona os documentos exigidos para comprovação de margens alternativas pelos métodos CAP, PVA e PVV:

Método CAP – Artigo 10º (Portaria nº 222/2008)
<p>I - demonstrativos, planilhas e relatórios analíticos dos custos de produção dos bens, serviços ou direitos, emitidos pela pessoa jurídica exportadora, domiciliada no Brasil, podendo a interessada, ainda, anexar parecer de auditoria independente que ateste a consistência destes demonstrativos, em face dos livros contábeis e fiscais da pessoa jurídica;</p> <p>II - demonstrativos, planilhas e relatórios analíticos dos custos de aquisição dos bens, serviços ou direitos, emitidos pela pessoa jurídica exportadora, domiciliada no Brasil, podendo a interessada, ainda, anexar parecer de auditoria independente que ateste a consistência destes demonstrativos, em face dos livros contábeis e fiscais da pessoa jurídica, na hipótese de exclusiva revenda;</p> <p>III - demonstrativos, planilhas e relatórios analíticos dos valores pelos quais os bens, serviços ou direitos tenham sido exportados, pela pessoa jurídica domiciliada no Brasil, em operações junto a não vinculadas;</p> <p>IV - demonstrativo da margem de lucro auferida pela pessoa jurídica domiciliada no Brasil, nas operações previstas nos incisos I a III;</p> <p>V - demonstrativo dos valores pagos a título de fretes, seguros, impostos e contribuições cobrados no Brasil, relativamente aos bens, serviços ou direitos exportados;</p> <p>VI - demonstrativo da parcela do crédito presumido do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) como ressarcimento da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), correspondentes aos bens objeto do pedido, para as pessoas jurídicas sujeitas ao regime de apuração cumulativo;</p> <p>VII - cópia da documentação comprobatória das compras, das vendas e dos custos a que se referem os demonstrativos referidos nos incisos I a VI.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Na hipótese de a pessoa jurídica domiciliada no Brasil não praticar operações com não vinculadas, poderá apresentar estudo ou pesquisa que demonstre a margem de lucro obtida por pessoa jurídica independente domiciliada no Brasil, em operações com não vinculadas (observados critérios de ajustes de operações aplicáveis para bens, serviços e direitos idênticos ou similares).
Método PVA – Artigo 11º (Portaria nº 222/2008)
<p>I - demonstrativo do total anual das compras junto a fornecedores não vinculados, bem como dos demais custos incorridos pela pessoa jurídica brasileira, imputáveis ao bem, serviço ou direito exportado;</p> <p>II - demonstrativo do total anual das receitas de exportação auferidas pela interessada, junto a pessoas jurídicas atacadistas não vinculadas, domiciliadas no exterior, distribuidoras do bem, serviço ou direito;</p> <p>III - demonstrativo dos tributos incluídos no preço, cobrados no país de destino, incidentes sobre as vendas dos bens, serviços ou direitos exportados;</p> <p>IV - demonstrativo da margem de lucro proveniente das operações transcritas nos incisos I e II, excluídos os valores dos tributos a que se refere o inciso III;</p> <p>V - cópia da documentação comprobatória das compras, das vendas e dos custos a que se referem os demonstrativos referidos nos incisos I a IV.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Na hipótese da pessoa jurídica domiciliada no Brasil não praticar operações com não vinculadas de que trata o inciso II, poderá a interessada apresentar o demonstrativo das vendas nas operações entre a pessoa jurídica vinculada, domiciliada no exterior, e as pessoas jurídicas atacadistas não vinculadas, distribuidoras dos bens, serviços ou direitos, objeto do pedido, no país de destino, com a respectiva documentação comprobatória das vendas. • Em relação ao disposto acima, a interessada estará dispensada de apresentação de cópia da documentação comprobatória das vendas, desde que apresente o demonstrativo certificado pelo órgão de estado responsável pela administração do imposto de renda federal do país de destino das vendas, com a chancela da representação diplomática brasileira no país. • Na hipótese da inexistência das operações a que se referem o inciso II, poderá a interessada apresentar estudos ou pesquisas que demonstrem a margem de lucro obtida por pessoa jurídica independente, domiciliada no Brasil, em operações junto a atacadistas no exterior não vinculadas, quanto a bens, direitos ou serviços comparáveis, atendidos, nesta hipótese, os ajustes permitidos pela

legislação.
Método PVV – Artigo 12º (Portaria nº 222/2008)
<p>I - demonstrativo do total anual das compras junto a fornecedores não vinculados, bem como das despesas incorridas pela pessoa jurídica brasileira, na venda do bem, serviço ou direito, que seja objeto do pedido;</p> <p>II - demonstrativo do total anual das receitas de exportação auferidas pela interessada, junto a consumidores finais não vinculados residentes no exterior;</p> <p>III - demonstrativo dos tributos incluídos no preço, cobrados no país de destino, incidentes sobre as vendas dos bens, serviços ou direitos, objeto do pedido;</p> <p>IV - demonstrativo da margem de lucro proveniente das operações transcritas nos incisos I e II, excluídos os valores dos tributos a que se refere o inciso III;</p> <p>V - cópia da documentação comprobatória das compras, das vendas e das despesas a que se referem os demonstrativos referidos nos incisos I a IV.</p> <ul style="list-style-type: none"> • § 1º Na hipótese de a pessoa jurídica domiciliada no Brasil não praticar operações com não vinculadas de que trata o inciso II, poderá a interessada: (i) apresentar o demonstrativo das vendas nas operações entre a pessoa jurídica vinculada, domiciliada no exterior, e consumidores finais não vinculados, residentes no país de destino, com a respectiva documentação comprobatória das vendas; (ii) apresentar demonstrativos das vendas a consumidores finais efetuadas por pessoas jurídicas varejistas, não vinculadas, domiciliadas nos países de destino dos bens, serviços ou direitos, objeto do pedido, com a respectiva documentação comprobatória das vendas. • § 2º Em relação ao disposto no § 1º, a interessada estará dispensada de apresentação de cópia da documentação comprobatória das vendas desde que apresente os demonstrativos certificados pelo órgão de estado responsável pela administração do imposto de renda federal do país de destino das vendas, com a chancela da representação diplomática brasileira no país. • Na hipótese da inexistência das operações a que se referem o inciso II, poderá a interessada apresentar estudos ou pesquisas que demonstrem a margem de lucro praticada por pessoa jurídica independente, domiciliada no Brasil, em operações junto a consumidores finais não vinculados, residentes no país de destino do bem, serviço ou direito, objeto do pedido, quanto a bens, serviços ou direitos comparáveis, atendidos os ajustes previstos pela legislação.

A exemplo do que se verifica para as importações, a interpretação dos dispositivos deve ser ampliativa, pois mesmo se consideradas as operações entre terceiros permitidas pela Portaria nº 222/2008, tais operações viabilizariam a utilização do PVEx, tornando sem efeito o pleito de margens alternativas.

De modo inverso ao que se verifica nas importações, os métodos de exportações são de difícil aplicação no que diz respeito ao PVA e ao PVV (que refletem o PRL para o panorama das exportações). Isso porque o estudo das margens alternativas, nesses métodos, dependeria de estudos das margens efetivamente praticadas no exterior, em atacado e varejo, para fins de substituição da margem fixa.

Haveria um passo adicional em relação ao que se verifica em relação ao PRL, pois além do estudo de margens brutas médias ou máximas no exterior, seria necessária a validação dos critérios desse estudo para fins de aplicação das regras brasileiras. Isto é, se

uma entidade especializada estrangeira preparar o estudo, é recomendável que uma entidade especializada brasileira valide seus critérios, para que possa instruir o pleito a ser apresentado às autoridades fiscais brasileiras.

Assim, sob uma perspectiva estritamente prática (já que juridicamente qualquer um dos métodos pode e deve permitir a utilização de margens alternativas), seria mais simples a comprovação para o PVA. Para isso, o estudo se centraria em identificar a margem bruta média ou máxima para o mercado local, com bens, serviços e direitos idênticos ou similares.

Para todos os casos, em importações e exportações, o ideal é que empresas renomadas em âmbito internacional sejam envolvidas nesse trabalho, e que os relatórios preparados para a abertura de custos no exterior sejam validados por auditores brasileiros independentes.

Ainda, é relevante que possam ser apresentados documentos e relatórios aptos a demonstrar que os preços praticados entre as sociedades vinculadas, por questões de *compliance* ou regulatórias, seguem condições normais de mercado. Da mesma forma, é recomendável a produção do estudo de mercado e das consequências macroeconômicas dos prejuízos causados pela margem fixa (e da aplicação da margem alternativa).

É razoável que seja exigida a abertura de custos e margens de lucro praticadas, tanto pela sociedade estrangeira, quanto pela sociedade brasileira. No caso de pleito coletivo, essa necessidade se desdobra para as demais sociedades envolvidas, também no intuito de conferir transparência ao pleito de margens alternativas.

O pleito de margens alternativas, na essência, deve ser um roteiro apto a demonstrar, justamente: (i) o setor em que está inserido o contribuinte; (ii) todos os contribuintes que atuam no setor; (iii) o período para o qual as margens alternativas devem ser aplicadas; (iv) a margem aplicada pelos contribuintes no período, um a um; (v) a média dessa margem, considerando todo o período; (vi) quais os produtos que foram utilizados para composição dessa média; (vii) as similaridades e os ajustes feitos em relação a cada produto, para que as operações de todos os contribuintes possam ser consideradas como comparáveis; (viii) a formação do custo de cada um dos produtos considerados no pleito, considerando os critérios de ajuste/equalização previstos na própria IN nº 1.312/2012; dentre outros dados.

Aqui é aberta a possibilidade ao contribuinte de contextualizar a sua operação à realidade de mercado, buscando elementos comparativos no intuito de demonstrar, de forma fundamentada: (i) a inadequação da margem fixa para ajustes de seus preços de transferência; e (ii) qual seria a margem adequada a ser aplicada, em relação a algum dos métodos da própria Lei nº 9.430/1996.

O importante é que as informações sejam levantadas e prestadas com a maior transparência e confiabilidade possível, no intuito de evidenciar a boa-fé e a efetiva necessidade emprego das margens alternativas, para correção de uma distorção efetiva.

Não se trata simplesmente de utilizar a margem alternativa como instrumento de planejamento tributário, ou para evitar a tributação. Pelo contrário, trata-se de mecanismo efetivo para alcançar o padrão *arm's length* e produzir efeitos benéficos a contribuintes e fisco (numa relação positiva para todos, dado que seriam minimizadas as disputas e litígios e, pela via reflexa, seria afastada a bitributação e outras distorções prejudiciais a todas as partes, não apenas aos contribuintes isoladamente).

Embora se trate de tema de fundamental importância, pois permite de forma prática eliminar as distorções das regras brasileiras de preços de transferência, no que diz respeito à aplicação dos métodos de margens fixas, observa Demétrio Gomes Barbosa que as autoridades tributárias têm se mantido imóveis quanto à possibilidade de alteração das margens fixas; e os contribuintes brasileiros têm se mostrado tímidos e receosos em utilizar-se desse expediente¹⁵⁶.

O autor traz exemplo prático emblemático e isolado (cujas partes e informações são sigilosas, por isso não reveladas), em que uma entidade de classe buscou alterar a margem de lucro do PRL 60, para utilização da margem de lucro de 20% (o pleito havia sido apresentado antes das alterações no PRL introduzidas pela Lei nº 12.715/2012).

No caso, foram apresentados pela entidade estudos no intuito de demonstrar que: (i) a exigência da margem de 60% resultaria em perda de competitividade das sociedades brasileiras, deslocando a atividade industrial para outros países, reduzindo investimentos no

¹⁵⁶ BARBOSA. Demétrio Gomes. Preços de transferência no Brasil – Uma abordagem prática. Editora Fiscosoft. São Paulo, 2012. Pp. 44 e ss.

Brasil (argumento econômico); e (ii) a margem de lucro de 20% seria compatível com a margem praticada pelo setor econômico representado pela entidade e sua aplicação (na sistemática do PRL) não resultaria em ajustes tributáveis.

As autoridades fiscais da RFB indeferiram aquele pleito específico, por considerarem que: (i) o estudo de lucratividade abrangeu apenas empresas que operam com partes vinculadas no exterior (supostamente, seria necessário considerar a margem praticada por sociedades que importam insumos de partes independentes, para que fosse viável a comparação); (ii) a margem de 60% preconiza a praticabilidade (e a evitar a transferência indevida de lucros tributáveis no Brasil para o exterior em operações com partes vinculadas) e não o estímulo à economia nacional como um todo; e (iii) não teriam sido apresentados demonstrativos detalhados das compras e vendas, por tipo de bem, serviço e direito, objeto da solicitação.

Em grande parte, a negativa das autoridades fiscais se deve à particularidade do mercado específico, em que existia grande divergência de margens de lucro. Além disso, a quantidade de empresas do setor era muito reduzida, o que inviabilizou a identificação de uma margem de lucro razoável para o setor.

Observa-se, ainda, que esse pleito foi formulado e respondido sob a vigência da Portaria nº 95/1997, que estabelecia normas genéricas e permitia às autoridades fiscais um elevado grau de discricionariedade sobre a documentação necessária e sobre a conveniência do pedido.

É importante que os escassos e negativos precedentes não desestimulem os contribuintes a buscarem as margens alternativas. Dado o cenário atual e a perspectiva para o futuro, em que as grandes discussões sobre a legalidade da IN nº 243/2002 (em especial para aplicação do PRL 60) tendem a se encerrar, sem que as margens fixas apresentem soluções satisfatórias para os contribuintes de diversos setores, deve ser estimulada a produção de estudos aptos a justificar a margem alternativa.

A margem alternativa, como apresentado ao longo de todo esse estudo, é o único meio apto a conciliar os princípios *arm's length* e de praticabilidade, conciliando interesses de fisco e contribuintes.

5. CONCLUSÕES

Ao longo do presente estudo foi demonstrado que as regras de preços de transferência têm por finalidade equiparar os preços de operações praticadas entre partes vinculadas aos praticados entre partes independentes, de modo a evitar a transferência indevida de lucros tributáveis de um país para outro, favorecida pela relação entre as partes. Inspirado no modelo OCDE, o modelo brasileiro de preços de transferência encontra suas diretrizes na Lei nº 9.430/1996 (conforme alterações posteriores).

Enquanto o modelo OCDE preconiza que os chamados preços parâmetro sejam obtidos em condições *arm's length*, o modelo brasileiro preconiza metodologias práticas e direcionadas a coibir a transferência indevida de lucros do Brasil para o exterior. A praticabilidade do modelo brasileiro decorre, principalmente, da metodologia de margens fixas (verificada nos métodos CPL, PRL, CAP, PVA e PVV).

O modelo OCDE busca condições reais de mercado, para que os ajustes de preços de transferência sejam aplicados apenas em operações com comprovada transferência indevida de lucros de um país para outro, em decorrência do vínculo existente entre as partes envolvidas na transação. A consequência negativa do modelo OCDE, contudo, é sua ampla flexibilidade, que resulta em ineficiência para coibir planejamentos direcionados a transferir lucros tributáveis para jurisdições com tratamento fiscal mais benéfico. Essa, inclusive, tem sido a crítica do BEPS ao modelo OCDE e a tônica dos planos de ação em matéria de preços de transferência.

O modelo brasileiro, por outro lado, preconiza a praticabilidade e modelos rígidos que evitam a transferência de lucros do Brasil para o exterior. Cabe ao contribuinte apurar o preço parâmetro com base em qualquer dos métodos previstos pela legislação (prevalecendo o mais benéfico). Se não é possível aplicar algum dos métodos baseados em condições reais de mercado (PIC ou PVEx), os métodos de margens fixas criam esse parâmetro de forma artificial. A praticabilidade das margens fixas torna de certa forma inócuos os planos de ação do BEPS para o Brasil, pois a problemática brasileira não consiste em coibir planejamentos abusivos em preços de transferência, mas em mecanismos aptos a mitigar as distorções causadas pela aplicação irrestrita dos métodos de margens fixas (em especial o PRL).

Os dois modelos (OCDE e brasileiro), claramente, dispõem de prós e contras. O modelo OCDE deve caminhar em direção ao brasileiro, no intuito de tornar mais rígidos os mecanismos de controle de preços de transferência. O modelo brasileiro, por outro lado, deve se sofisticar para que a metodologia de margens fixas não ajuste operações que são praticadas em condições regulares de mercado (como ocorre em muitos casos práticos).

O que falta ao modelo brasileiro é um mecanismo eficiente para conciliar a praticabilidade ao padrão *arm's length*.

No modelo OCDE, o *arm's length* se mostra como princípio efetivo, de modo que os métodos de ajustes devem necessariamente visar as condições normais de mercado. Tanto assim que os Tratados que seguem o modelo OCDE, no capítulo específico sobre preços de transferência, não apenas autorizam ajustes quando comprovada divergência em relação ao parâmetro de mercado, como permitem a adoção de medidas mútuas (*corresponding adjustments*) no intuito de evitar a dupla tributação. Essas medidas podem ser alcançadas, por exemplo, através de MAPs (*mutual agreement proceedings*).

No modelo brasileiro (que se depreende tanto da legislação, quanto de julgados proferidos por tribunais administrativos e judiciais), o que se verifica e discute, prioritariamente, é a aplicação dos métodos, pouco importando se o resultado é compatível com a realidade de mercado. Tampouco importa se a aplicação das regras brasileiras de transferência resulta em dupla tributação.

Com efeito, foram excluídos dos Tratados celebrados pelo Brasil os mecanismos relacionados aos *corresponding adjustments* (artigo 9º, § 2º dos Tratados), de modo que a legislação brasileira não dispõe de mecanismo apto a evitar ou solucionar a dupla tributação decorrente de ajustes de preços de transferência.

O princípio *arm's length*, sob a perspectiva brasileira, não pode ser identificado ou definido isoladamente. Isso porque o Brasil não é membro da OCDE e nenhum normativo brasileiro faz referência à sua aplicabilidade. Contudo, o exame integrado das normas brasileiras (tanto constitucionais quanto legais) permite concluir que o *arm's length* constitui efetivo princípio brasileiro.

O princípio *arm's length* deve estar integrado aos princípios constitucionais de legalidade, isonomia, vinculação do ato administrativo e capacidade contributiva. Os ajustes de preços de transferência, ainda que baseados em métodos de margens fixas, não podem resultar em tratamento tributário mais gravoso do que aquele que seria verificado em operações entre partes independentes.

Caso contrário, todos os princípios tributários e garantias fundamentais dos contribuintes brasileiros seriam violados. A conjugação dos princípios brasileiros, no contexto das regras de preços de transferência, resulta na concretização do princípio *arm's length* no Brasil.

Se a aplicação irrestrita tende a causar distorções, por afastar o preço parâmetro da realidade de mercado (o que viola o princípio *arm's length* sob a perspectiva dos próprios princípios brasileiros), as margens alternativas são o instrumento que torna constitucional a norma brasileira de preços de transferência. Ocorre que a mera previsão legal de sua aplicação não basta. É necessária a existência de instrumentos que viabilizem a sua aplicação prática.

Em suma, a sistemática de margens fixas deve ser examinada por duas perspectivas, uma positiva e outra negativa. A primeira, positiva, é a perspectiva da praticabilidade, segundo a qual os métodos de margens fixas permitem evitar o controle indevido de lucros tributáveis no Brasil para o exterior. A segunda, negativa, é a perspectiva da incompatibilidade com o princípio *arm's length*, já que as margens fixas, por essência, são distintas das margens praticadas em mercado.

Sob essa perspectiva dual e considerando as tendências globais na aplicação das regras de preços de transferência (observando as diretrizes da OCDE e os planos de ações do BEPS), o modelo brasileiro tende a ser seguido no que diz respeito aos mecanismos de praticabilidade. Todavia, de modo a evitar danosos e custosos litígios relacionados à sua constitucionalidade, a metodologia de margens fixas deve ser flexível a ponto de permitir (e incentivar) a comprovação de margens alternativas.

O equilíbrio do princípio *arm's length* com a praticabilidade constitui, na essência, a baliza da constitucionalidade das regras brasileiras de preços de transferência. Para se alcançar esse equilíbrio, não seria necessário utilizar os APAs/MAPs do modelo OCDE, cuja

aplicabilidade prática seria restrita, dada a inexistência de mecanismos aptos a ajustes mútuos (como se verifica no § 2º do artigo 9º da Convenção Modelo da OCDE). Os Tratados brasileiros, como visto, não dispõem desses mecanismos de ajustes.

A ferramenta que viabiliza equilibrar *arm's length* e praticabilidade consta da própria legislação doméstica: os APAs unilaterais (APA brasileiro, ou pleito de margem alternativa). A Lei nº 9.430/1996 é genérica sobre sua previsão e sua regulamentação é de certa forma contraditória e precária (comparando os dispositivos da Portaria nº 222/2008 e da IN nº 1.312/2012).

Contudo, o exame integrado dos princípios, das leis e dos normativos infraconstitucionais permite identificar o APA brasileiro como instrumento apto a viabilizar, pelo pleito de margem alternativa, a obtenção de uma condição mais próxima possível do que seria uma condição normal de mercado (*arm's length condition*).

Para que as garantias fundamentais do contribuinte sejam protegidas no âmbito do APA brasileiro, este deve ser examinado sob a perspectiva de uma consulta formal, tal qual prevista pelo Decreto nº 70.235/1972 e pela própria Lei nº 9.430/1996. Durante sua vigência (até a obtenção da resposta, positiva ou negativa), suspendem-se tanto o prazo decadencial para lançamento, como a exigibilidade dos débitos relacionados a ajustes de preços de transferência (se há dúvida, não há que se falar em débito formalizado, tampouco em mora apta a ensejar qualquer penalidade).

O APA não deve ser um instrumento para retardar autuações, ou para dificultar o trabalho fiscal. Pelo contrário, deve ser utilizado como mecanismo para comprovação da realidade de mercado, apto a demonstrar a constitucionalidade da regra brasileira de preços de transferência. Portanto, deve haver razoabilidade tanto em sua aplicação (pelos contribuintes) quanto em sua análise (pelas autoridades fiscais e/ou pelas autoridades julgadoras, na esfera administrativa e/ou judicial).

Da mesma forma que o pleito de margem alternativa deve ser embasado por documentação e informações detalhadas, aptas a identificar a realidade de mercado e a incompatibilidade da margem fixa com essa realidade, eventual indeferimento deve ser

justificado pelas autoridades fiscais. Essa justificativa não pode ser rasa, mas devidamente fundamentada. A razoabilidade, frise-se, deve nortear o pleito e sua apreciação.

Em caso de negativa, poderá o contribuinte se socorrer da via judicial, tanto para revisão da decisão de seu APA, como para aplicação da margem alternativa para cancelar eventual autuação baseada em margem fixa incompatível com a realidade de mercado. Também pode o contribuinte antecipar-se e buscar uma ordem judicial que reconheça a possibilidade de utilização das margens alternativas, sem que ingresse com o APA na modalidade de consulta formal.

Tanto no caso do APA, via consulta formal, como da medida judicial, o fundamental é que exista um estudo prévio de mercado, para que se confirme tanto que a margem da lei é inadequada, como para indicar a margem mais correta para o contribuinte. Esse pleito, tanto via APA, como via medida judicial, pode ser feito pelo contribuinte isoladamente, ou através de entidade representativa de classe.

Não existe um roteiro ou recomendação uniforme sobre qual seria a forma de pleito mais adequada. Se individualmente ou coletivamente. Se através de APA, ou através de medida judicial. Cada caso deve ser estudado de forma isolada, considerando-se as peculiaridades do mercado e identificando-se as distorções causadas para as margens fixas para os casos concretos.

Caso a aplicação da margem fixa resulte em distorções para todas as empresas de um mesmo segmento econômico e isso possa ser comprovado de forma consistente, o pleito coletivo tende a ser mais adequado. Por outro lado, se a margem fixa causa distorções para um contribuinte específico em razão de uma peculiaridade de sua atividade, o pleito individual pode ser mais indicado.

Ponto delicado é a questão da documentação. O texto da Portaria nº 222/2008 e da IN nº 1.312/2012 devem ser interpretados sob uma perspectiva ampliativa. Caso contrário, o pleito de margem alternativa não passa de letra morta, sem qualquer aplicabilidade prática, tornando-se questionável a constitucionalidade da regra brasileira de preços de transferência (por inviabilizar a efetivação do princípio *arm's length*).

A finalidade da regra deve ser permitir, dentro dos limites de razoabilidade e boa-fé, que o contribuinte efetivamente comprove que as margens de lucro praticadas são compatíveis com o mercado (e que as margens fixas são incompatíveis).

Quanto mais aprofundada e detalhada a informação e documentação apresentada pelo contribuinte, considerando aspectos econômicos, financeiros, contábeis, dentre outros elementos técnicos (estudos e pesquisas de instituições independentes, etc.), mais aprofundadas devem ser as justificativas para sua eventual desconsideração. Isto é, não basta que o fisco aponte a falta de um documento específico, o contexto (todo universo de documentos e informações apresentados) deve ser considerado para deferir ou indeferir o pleito de margem alternativa.

O fato de inexistirem precedentes favoráveis não deve desestimular os contribuintes a ingressarem com APAs, ou mesmo com medidas judiciais para viabilizar a utilização de margens alternativas. Se desde a criação das regras brasileiras de preços de transferência (em 1996 até hoje) as principais controvérsias e disputas estiveram ligadas a aplicação do PRL (em especial no que diz respeito à legalidade da IN nº 243/2002), em breve tais disputas devem se esgotar e dar lugar a outras, cada vez mais focadas em casos concretos.

Não há mais na legislação, atualmente em vigor, as inconsistências verificadas no texto original da Lei nº 9.430/1996 (relacionadas à ausência do critério de proporcionalidade para isolamento dos insumos no PRL 60). As inconsistências atuais (após edição da Lei nº 9.430/1996) estão ligadas, principalmente, à inadequação das margens fixas à realidade de mercado. É por isso que os estudos de margens alternativas e a análise de estratégias para viabilizar a aplicação prática de APAs, como abordado neste estudo, tendem a ganhar relevância em um futuro muito próximo.

A expectativa é que os precedentes isolados desfavoráveis (a implementação de APAs) sejam revistos, para que o APA viabilize, em casos concretos, a conciliação prática das regras brasileiras de preços de transferência com o princípio *arm's length*.

O propósito desse estudo não consiste apenas em alertar para as distorções decorrentes da aplicação irrestrita das margens fixas da regra brasileira de preços de transferência, mas

chamar a atenção sobre a existência de mecanismos aptos a sanar tais distorções, no próprio modelo brasileiro.

Em um futuro próximo, a despeito da precariedade da legislação em vigor, mais do que buscar argumentos jurídicos para questionar a aplicação dos métodos de margens fixas, é conveniente que os contribuintes se antecipem na elaboração de estudos de mercado e na identificação de margens alternativas compatíveis com seu segmento econômico. Essa atitude contribuiria para estancar o grande volume de disputas entre fisco e contribuintes envolvendo a matéria, e traria maior segurança e previsibilidade para o tratamento de preços de transferência.

Também sob uma perspectiva macroeconômica, considerando que a aplicação das regras brasileiras de preços de transferência resulta em ajustes vultuosos, que em breve podem resultar na debandada de sociedades multinacionais do Brasil para outros países, já que os ajustes e multas decorrentes de autuações consomem os resultados dessas empresas, a utilização das margens alternativas se mostra como solução também sob um viés econômico.

No momento atual (e considerando as tendências para o futuro próximo), em que as grandes disputas envolvendo preços de transferência (notadamente sobre a legalidade da IN nº 243/2002) estão sendo solucionadas favoravelmente ao fisco na esfera administrativa, uma enxurrada de medidas judiciais devem ter início, com a necessidade de garantias em montantes vultuosos (lembrando que na esfera administrativa, não há necessidade de garantia para suspensão da exigibilidade dos débitos tributários).

Muitas das empresas não dispõem de recursos para garantias nos processos que discutem preços de transferência, dadas as cifras milionárias das autuações lavradas contra os contribuintes (e das multas e juros aplicados). Além disso, as empresas seguradoras e instituições financeiras brasileiras podem não dispor de meios para emitir garantias alternativas ao depósito judicial, como seguros garantia ou cartas de fiança.

Ainda que programas de parcelamento específico possam ser reeditados (como já se viu em muitas oportunidades), isso pode não ser suficiente para conter o encerramento das atividades de multinacionais no Brasil, com a conseqüente saída de importantes recursos do Brasil para o exterior.

E a situação não é grave apenas para o passado, mas para o futuro, pois, como apontado ao longo deste estudo, as “novas” regras de preços de transferência (decorrentes da Lei nº 12.715/2012) não estancaram as disputas sobre a metodologia de margens fixas. Tanto assim que muitos contribuintes estão sendo fiscalizados (e já autuados) com base nas novas margens do PRL (de 20% a 40%).

É por isso que, ao invés de estender o cenário de disputas, que tornam inviável a presença de diversas multinacionais no Brasil, as políticas brasileiras de preços de transferência devem ser revisadas por todos os atores envolvidos: contribuintes, autoridades fiscais, legisladores e autoridades julgadoras (da esfera administrativa e judicial). Há questões mais importantes do que a mera aplicação prática do método para fins de arrecadação, relacionadas a questões estruturais e macroeconômicas.

Os efeitos dos ajustes baseados em margens fixas são claramente danosos e, por qualquer perspectiva que se examine a questão, todas as partes tendem a sofrer gravosos prejuízos. Tais efeitos danosos não se restringem aos contribuintes, mas à economia brasileira como um todo. Para evitá-los, os estudos alternativos sobre preços de transferência devem ser estimulados e colocados em prática.

É esse o propósito desse estudo, ao estimular e apresentar considerações teóricas e práticas sobre a aplicação de margens alternativas de preços de transferência, através dos chamados APAs.

É certo, contudo, que a própria legislação brasileira e normas regulamentares sobre os APAs, em especial a Portaria nº 222/2008, merecem uma revisão criteriosa com o objetivo de afastar arbitrariedades e imposições formais descabidas, facilitando a busca pelas margens fixas. Isso evitaria, por evidente, disputas desnecessárias na esfera administrativa e judicial. Mais do que isso, traria aos contribuintes maior segurança jurídica para que possam pleitear a utilização de margens alternativas, evitando situações de ajustes abusivas que são corriqueiramente verificadas.

6. BIBLIOGRAFIA

AMARO, Luciano. “Direito tributário brasileiro”. Editora Saraiva. São Paulo, 1998.

ATALIBA, Geraldo; e outros. “Interpretação no direito tributário”. EDUC – Editora da Universidade Católica. São Paulo, 1975.

BARBOSA, Demétrio Gomes. “Preços de transferência no Brasil – Uma abordagem prática”. Editora Fiscosoft. São Paulo, 2012.

_____. “Preços de Transferência no Brasil – *Compliance & Perspectiva Econômica*”. Editora Aduaneiras. São Paulo, 2015.

BIFANO, Elidie Palma. “Disciplina dos juros em matéria de preços de transferência”. *In* “Tributos e preços de transferência”. (Coord. Luis Eduardo Schoueri). Editora Dialética. São Paulo, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. “Curso de direito tributário”. Editora Saraiva. São Paulo, 2005.

DA SILVA, José Afonso da. “Curso de Direito Constitucional Positivo”. Editora Malheiros. São Paulo, 2003.

DERZI, Misabel. “A desconsideração dos atos e negócios jurídicos dissimulatórios segundo a Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001”. *In* “O planejamento tributário e a Lei Complementar 104”. Editora Dialética. São Paulo, 2001.

FALEIRO, Kelly Magalhães. “Procedimento de Consulta Fiscal”. Editora Noeses. São Paulo, 2005.

FRANÇOSO, Thaís Folgosi. “Operações controladas segundo a legislação brasileira de preços de transferência”. *In* “Manual dos preços de transferência no Brasil”. Editora MP. São Paulo, 2007.

GALHARDO, Luciana Rosanova. “Rateio de despesas no direito tributário”. São Paulo. Quartier Latin, 2004.

GRECO, Marco Aurélio; ROCHA, Sérgio André. “Manual de Direito Tributário Internacional”. Editora Dialética. São Paulo, 2012.

GREGÓRIO, Ricardo Marozzi. “Preços de transferência – *Arm’s length* e praticabilidade”. Vol. 5. Quartier Latin. São Paulo, 2011.

HARET, Florence Cronemberg. “Presunções e preços de transferência: exame sobre a constitucionalidade dos métodos dos preços de transferência fixados nos artigos 18 a 24 da Lei 9.430/96”. In Revista de Direito Tributário Internacional. Editora Quartier Latin. São Paulo, fev. 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. “Mandado de Segurança em matéria tributária”. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 1994.

MEIRELLES, Hely Lopes. “Direito administrativo brasileiro”. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 1983.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. “Compêndio de direito tributário”. 6ª Edição. Editora Forense. Rio de Janeiro, 1997.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. “O regime jurídico-tributário dos preços de transferência e a Lei nº 9.430/96”. In “Tributos e preços de transferência”. Coordenação Valdir de Oliveira Rocha. Editora Dialética. São Paulo, 1997.

NETO, José Gomes Cardim. “A interpretação da legislação de preços de transferência por parte do fisco no Brasil: podemos aprender com os erros?”. In Revista de Direito Tributário Internacional. Volume 4, Ano 2. Editora Quartier Latin. São Paulo. Outubro de 2006.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. “Curso de direito tributário”. Editora Saraiva. São Paulo, 1980.

OECD. “OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational and Tax Administrations”. OECD, 1995.

_____. APA Discussion in the OECD Final Transfer Guidelines. Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations. OECD, 1995.

_____. Manual on Effective Mutual Agreement Procedures – MEMAP. OECD, 2007.

_____. *Comments Received on Public Discussion Draft: BEPS Actions 8, 9 and 10 – Revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation and special measures)*. Comentários do Professor Jim Stewart (School of Business of Dublin, Irlanda). OECD. Fevereiro de 2015.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. “Fundamentos do imposto de renda”. Editora Quartier Latin. São Paulo, 2008.

OLIVEIRA, Vivian de Freitas e Rodrigues de. “Preço de transferência como norma de ajuste do imposto sobre a renda”. Editora Noeses. São Paulo, 2015.

PAULSEN, Leandro. “Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência”. Editora Livraria do Advogado. ESMAFE. Porto Alegre, 2007.

REQUIÃO, Rubens. “Curso de Direito Comercial”. Editora Saraiva. São Paulo, 2003.

ROCHA, Sérgio André. “Preços de Transferência e tipologia Jurídica: as Novas Margens de Lucros Presumidas do PRL”. *In* Tributos e Preços de Transferência, 4º volume, coord. Luis Eduardo Schoueri. Dialética. São Paulo, 2013.

ROCHA, Valdir de Oliveira. “A consulta fiscal”. Editora Dialética. São Paulo, 1996.

ROLIM, João Dácio. “As presunções da Lei 9.430/96 e os casos especiais de preços de transferência”. *In* “Tributos e preços de transferência”. Coordenação Valdir de Oliveira Rocha. Editora Dialética. São Paulo, 1997.

ROTHMANN, Gerd W. “O princípio da legalidade tributária”. Trabalho apresentado no Curso de Doutorado, na cadeira de Direito Tributário Comparado, sob orientação e regência do Professor Catedrático Ruy Barbosa Nogueira, na Faculdade de Direito da USP.

SCHOUERI, Luis Eduardo. “Preços de transferência do direito tributário brasileiro”. 3ª edição. São Paulo. Dialética, 2013.

SILVA, Mauro. “A utilização do acordo de preços antecipado (APA) no regime de controle de preços de transferência”. Revista Dialética de Direito Tributário (RDDT) nº 137. Fevereiro de 2007.

TÔRRES. Heleno Taveira. “Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais”. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2001.

UTUMI, Ana Cláudia Akie. “Países com tributação favorecida no direito brasileiro”. In “Direito Tributário Internacional Aplicado”. Coordenação Heleno Taveira Tôrres. Editora Quartier Latin. São Paulo, 2003.

VICENTE. Marcelo Alvares. “Controle fiscal dos preços de transferência na importação e exportação veiculados pela legislação brasileira”. Dissertação de Mestrado em Direito. PUC/SP, 2007.

VITA, Jonathan Barros. “Preços de transferência”. Fiscosoft. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2014.

XAVIER, Alberto. “Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação”. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 1978.

_____. “Direito tributário internacional do Brasil”. Forense. Rio de Janeiro, 2010.

_____. “Direito Tributário Internacional do Brasil”. 8ª Edição. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2015.