PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL E PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA – O REGIME DA LEI Nº 9.430/96[1]

ANDRÉ MENDES MOREIRA
Doutor em Direito Econômico e Financeiro pela USP
Mestre em Direito Tributário pela UFMG
Professor de Direito Tributário dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito Milton Campos
Membro da ABRADT, da ABDF e da IFA
Advogado

1. Introdução.

Grandes e estruturais transformações no meio empresarial têm ocorrido nos últimos anos, as quais refletem inevitavelmente no campo jurídico, especialmente na seara tributária. Conforme acentua EROS GRAU[2]:

> *"A terceira revolução industrial determinou inúmeras transformações nos planos institucionais da sociedade (...). O fato, no entanto, é que as forças sociais hegemônicas produzidas por essa terceira revolução industrial efetivamente transformaram o direito posto pelo Estado e o próprio Estado. E tal é a grandeza daquela multiplicação e daquele exacerbamento que chega ao ponto de importar a atribuição de um novo nome, 'globalização', ao processo de internacionalização econômica cuja prática remonta ao passado histórico. Ainda assim, a mudança não é apenas quantitativa. Pelo contrário, ela induz a reformulação de valores e conceitos."*

A globalização importou no aumento da concorrência, razão pela qual as companhias têm buscado incessantemente a redução de custos para manutenção da competitividade e maximização dos lucros. Assim, surgiram técnicas como o *downsizing*, o método *just-in-time*, que, tais como outros sistemas operacionais adotados, visam a minimizar os custos das empresas, assegurando sua sobrevivência.

É sob essa ótica que se desenvolveu, especialmente na década passada, a figura do planejamento tributário internacional. Em um mercado onde a competição ocorre em escala global, as corporações têm se utilizado de meios como os países com tributação favorecida (*tax havens*), a utilização indevida de tratados internacionais mais benéficos (*treaty shopping*), a subcaptalização de empresas (*thin capitalization*) e os preços de transferência (*transfer pricing*), dentre outros, para reduzirem o impacto fiscal em suas contas.

Acentuaram-se, dessarte, as discussões sobre a licitude dessas novas formas de economia de tributos. Afinal, se a busca pela menor carga

---

[1] MOREIRA, André Mendes . Planejamento Tributário Internacional e Preços de Transferência o regime da Lei nº 9.430/96. Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário, v. 19, p. 8-16, 2002.

[2] *In* HUCK, Hermes Marcelo. *Evasão e Elisão – Rotas Nacionais e Internacionais do Planejamento Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. XI.

tributária tem gerado polêmicas em nível nacional, muito mais questionamentos surgem quando se trata de operações realizadas em âmbito mundial.

Atentos a essas mudanças, os países têm buscado diminuir as possibilidades de elisão fiscal, territorial e internacional, editando normas que proíbam ou dificultem a economia de tributos. Entretanto, faz-se mister lembrar a lição de HELENO TÔRRES[3] ao tratar do tema:

> *"Naturalmente, essas hipóteses* (de planejamento tributário internacional) *prestam-se a usos indevidos, abusivos ou podem apresentar conteúdos ilícitos, mas isso não pode servir a qualquer tomada de posição generalizadora sobre a liceidade ou ilicitude destas. Toda generalização indutiva em matéria jurídica leva à imprecisão."*

Como já referido, o planejamento tributário entre países geralmente assume uma das seguintes formas organizacionais:

- Uso de países com tributação favorecida: é a utilização dos benefícios fiscais (e também de órbita penal, traduzindo-se na inexistência de tipos delituosos para condutas relacionadas à evasão de impostos) concedidos por alguns países, comumente chamados de paraísos fiscais (*tax havens*). À luz da legislação brasileira, são considerados países com tributação favorecida aqueles que tributam a renda à alíquota máxima de 20% (art. 24 da Lei nº 9.430/96);
- Uso abusivo de acordos internacionais mais benéficos (*treaty shopping*): trata-se da utilização de interpostas pessoas para beneficiar indevidamente determinada pessoa jurídica, que não seria abrangida por acordo internacional para evitar a bitributação (cria-se uma residência fiscal fictícia em um dos países signatários do acordo, de modo a estender seus efeitos a empresas situadas em países diversos dos signatários);
- Sub-capitalização de empresas (*thin-capitalization*): situação que ocorre quando o capital da empresa é pequeno em relação ao seu passivo. A companhia realiza empréstimos com empresas vinculadas para capitalizar seus negócios, ao invés de utilizar capital próprio. Com essa prática, obtém vantagem tributária, uma vez que a remuneração do empréstimo – sendo despesa – irá reduzir seu lucro tributável;
- Preços de transferência (*transfer pricing*): operação de empréstimo financeiro ou de compra e venda realizada entre empresas vinculadas, localizadas em jurisdições diferentes, utilizando-se preços artificiais de modo a reduzir o lucro da empresa situada em país de maior pressão fiscal, em benefício da companhia situada em país onde a tributação é menor.

Dentre as figuras acima, pode-se afirmar que o *transfer pricing* tem ocupado lugar de destaque nos últimos tempos. Em pesquisa conduzida pela *Ernst & Young LLP* entre 210 empresas multinacionais com sede em 8 dos mais industrializados países do mundo (Alemanha, Austrália, Canadá, EUA, França, Holanda, Japão e Reino Unido), constatou-se que 82% das empresas consideravam o *transfer pricing* como o mais importante tema da tributação internacional. Das empresas pesquisadas, 71% possuíam expectativas de que, em um futuro próximo, a temática dos preços de transferência continuaria

---

[3] TÔRRES, Heleno. *Direito Tributário Internacional – planejamento tributário e operações transnacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.14.

liderando as questões referentes à tributação internacional das multinacionais. E nada menos que 69% das companhias pesquisadas haviam enfrentado (seja em sua sede, seja em suas subsidiárias) investigações sobre a utilização de preços de transferência na remessa indireta de lucros para o exterior[4].

2. Preços de transferência: conceito.

Está-se diante de uma situação onde são praticados preços de transferência sempre que uma companhia realiza negócios com outra companhia, a ela vinculada, situada em país distinto.

Denotam-se, destarte, dois requisitos básicos para a caracterização do instituto:

- A prática de negócios entre companhias situadas em países distintos;
- A existência de vinculação entre as sociedades.

Para aferir-se a licitude do *transfer pricing*, as operações transnacionais entre partes relacionadas são comparadas com operações similares realizadas entre empresas que não possuem qualquer tipo de vinculação. Estando o preço de transferência no mesmo patamar daquele praticado no mercado, diz-se observado o *arm's length price*[5].

Os preços de transferência podem ser utilizados, como já referido, para minimizar a tributação de empresas situadas em áreas de alta pressão fiscal. Para tanto, produtos e serviços dessas empresas são vendidos a preços menores que os de mercado para empresas do mesmo grupo situadas em regiões com tributação menos gravosa. Ocorrem, assim, dois fenômenos:

- O lucro da empresa situada em área de alta pressão fiscal é reduzido, vez que seus produtos são vendidos a preços inferiores aos normalmente praticados. Com isso, a tributação pelo IRPJ e CSLL, bem como por outras exações que possuem como base de cálculo o faturamento da empresa (PIS e COFINS, *v. gratia*), é reduzida (sem mencionar os tributos incidentes sobre o valor dos produtos ou serviços, a saber, ISS, ICMS e IPI, que também serão pagos a menor);
- Ao comprar produto por valor mais baixo que o de mercado, e revendê-lo (ou utilizá-lo na industrialização), o lucro da empresa situada em país de menor tributação aumentará. Contudo, é mais interessante para o grupo mundialmente atuante que o lucro obtido por duas de suas empresas seja tributado na região onde as alíquotas são menores, e não na área de maior pressão fiscal.

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

---

[4] TANG, Roger Y. W. *Intrafirm Trade and Global Transfer Pricing Regulations*. London: Quorum Books, 1997, pp. 1-2.

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

3. O tratamento dispensado ao *transfer pricing* nos modelos de tratados e relatórios da OCDE.

A OCDE (Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico[6]) editou, em 1963, convenção-modelo para evitar a dupla tributação de empresas multinacionais, tendo positivado, no art. 9º do referido modelo, o princípio *arm's length*, ao abordar a prática do *transfer pricing*. Após algumas modificações, o dispositivo está hoje redigido da seguinte forma[7]:

> *"Artigo 9 – Empresas Associadas*
> *1. Quando:*
> *(a) uma empresa de um Estado Contratante participar direta ou indiretamente na direção, controle ou capital de uma empresa do outro Estado Contratante, ou*
> *(b) as mesmas pessoas participarem direta ou indiretamente na direção, controle ou capital de uma empresa de um Estado Contratante e de uma empresa do outro Estado Contratante,*
> *e em um e outro caso as duas empresas estejam, em suas relações comerciais ou financeiras, unidas por condições aceitas ou impostas que difiram das que seriam pactuadas por empresas independentes, os lucros que teriam sido obtidos por uma das empresas se não existissem essas condições, e que de fato não se produziram por causa das mesmas, podem ser incluídos nos lucros desta empresa e conseqüentemente submetidos à tributação.*
> *2. Quando um Estado Contratante incluir nos lucros de uma empresa deste Estado – e, conseqüentemente, tributá-los – os lucros de uma empresa de outro Estado Contratante, os quais já tenham sido tributados neste outro Estado, e os lucros assim incluídos são lucros que deveriam ter sido obtidos pela empresa do primeiro Estado se as condições pactuadas entre as duas empresas tivessem sido as mesmas que teriam sido pactuadas*

---

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

[7] Original:
"Article 9 – Associated Enterprises
1. Where
a) na enterprise of a Contracting State participates directly or indirectly in the managemente, control or capital of an enterprise of the other Contracting State, or
b) the same persons participate directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of the other Contracting State,
and in either case conditions are made or imposed between the two enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly.
2. Where a Contracting State includes in the profits of na enterprise of that State – and taxes accordingly – profits on which an enterprise of the other Contracting State has been charged to tax in that other State and the profits so included are profits which would have accrued to the enterprise of the first-mentioned State if the conditions made between the two enterprises had been those which would have been made between independent enterprises, then that other State shall make an appropriate adjustment to the amount of the tax charged therein on those profits. In determining such adjustment, due regard shall be had to the other provisions of this Convention and the competent authorities of the Contracting State shall if necessary consult each other.

entre duas empresas independentes, o primeiro Estado procederá ao ajuste correspondente do montante do imposto que arrecadou sobre esses lucros. Para determinar este ajuste serão consideradas as demais disposições do presente Convênio, consultando-se as autoridades competentes dos Estados caso seja necessário."

Como se infere da leitura do dispositivo, no seu parágrafo primeiro está delineado o conceito de empresa vinculada, para fins de controle do *transfer pricing*. De acordo com o Modelo OCDE, duas empresas serão relacionadas quando:

- Uma delas participar, de modo direto ou indireto, na direção, controle ou capital da outra;
- Houver identidade entre os dirigentes, controladores ou proprietários de ambas as empresas.

Assim, sempre que inobservado o preço *arm's length* nas operações entre empresas relacionadas, o Estado (nos termos da Convenção-modelo) poderá tributar o lucro que teria sido obtido pela empresa caso o negócio tivesse sido realizado a preço de mercado. Note-se que o dispositivo refere-se às relações "comerciais e financeiras" entre pessoas vinculadas, ou seja, permite a realização do controle tanto nas operações que tratem de bens, direitos ou serviços (caráter comercial), quanto naquelas que tratem de operações financeiras (controle sobre os juros pagos).

O parágrafo segundo do artigo 9º do modelo, buscando evitar a dupla tributação que conseqüentemente adviria da retificação, por parte de um único Estado, do lucro que teria sido normalmente auferido pela empresa caso a operação tivesse sido realizada pelo preço *arm's length*, prevê a necessidade de o outro Estado reduzir do lucro tributável da empresa associada nele situada a parcela tributada pelo primeiro Estado quando este procedeu ao ajuste de preços. Para tanto, o parágrafo segundo do art. 9º determina aos Estados que observem as demais disposições do Modelo (que em seu art. 25 prevê a realização de procedimento amigável para solução de eventuais conflitos de tributação), e recorram às autoridades competentes de cada Estado, sempre que necessário.

Entretanto, apesar dos esforços da OCDE nesse sentido, a prática tem revelado que tais ajustes bilaterais pouco funcionam. Temos que o principal fator da inoperância desse dispositivo é a dificuldade de se montar uma operação fiscal conjunta entre dois países distintos, que envolveria análises de preços de mercado em ambas as nações. E todo esse esforço estatal teria como conseqüência a redução na arrecadação tributária de um dos países envolvidos... Assim, em que pesem os criticáveis efeitos que resultam de tal prática, o controle dos preços de transferência tem se restringido, no mais das vezes, ao âmbito interno de cada Estado.

Tendo em vista o artigo 9º do Modelo, a OCDE editou em 1979 o primeiro relatório sobre problemas na tributação do lucro auferido pelas multinacionais (*Transfer Pricing and Multinational Enterprises*). Esse documento – na linha da regulamentação da seção 482 do *Internal Revenue Code* norte-americano, feita em 1968 – estipulou três métodos de controle para aferição dos preços praticados nas transações entre empresas vinculadas, que até hoje permanecem como as linhas mestras no tema do controle do *transfer pricing*. São eles:

- Comparação de preços não controlados (*CUP – comparable uncontrolled price method*): é o clássico método comparativo, e o mais indicado (de acordo com a OCDE) sempre que possível sua consecução. Comparam-se os preços das transações entre partes vinculadas com aqueles praticados no mercado, em condições similares (mesmas quantidades, condições de pagamento, qualidade dos produtos, *et caterva*).
- Preço de revenda (*RPM – resale price method*): deduz-se, do preço pelo qual um produto é revendido, o lucro obtido e as despesas do revendedor, para verificar se o preço pago no produto pelo revendedor é, de fato, aquele praticado entre fabricante e revendedor não vinculados. Ou seja: preço de revenda – (lucro estimado do revendedor + despesas do revendedor) = preço *arm's length*. As margens de lucro aceitáveis, nesse caso, serão definidas pela legislação, o que gera vários questionamentos, como se verá adiante.
- Custo mais lucro (*CPLM – cost plus profit method*): adiciona-se, ao custo de produção, o lucro obtido, para definir-se o preço *arm's length* de venda. Assemelha-se ao método do preço de revenda, uma vez que trabalha com presunções de lucro.

O mesmo relatório OCDE de 1979 prevê ainda uma série de outros métodos, a serem utilizados sempre que não haja como proceder à efetivação de um dos três métodos anteriormente citados. Confira-se a lição de PAULO AYRES BARRETO[8], que classifica estes métodos alternativos como o "quarto método" proposto pela OCDE:

> *"Três requisitos, desde logo, se põem para que a utilização do quarto método se dê: (i) inaplicabilidade dos três métodos referidos anteriormente; (ii) a necessária identificação do lucro auferido por transação; (iii) a adequação do método baseado no lucro da transação com o artigo 9 da Convenção Modelo da OCDE, vale dizer, a regra do não favoritismo (denominação que o autor dá ao princípio arm's length). Relativamente a este último requisito, é de se frisar o enfoque transacional adotado pelo relatório da OCDE. Nenhum relevo se dá ao lucro, globalmente considerado, que as partes relacionadas venham a auferir. Insta examinar o lucro imputável a cada transação levada a efeito.*
>
> *Como exemplos de métodos baseados no lucro transacional, temos o método da divisão do lucro (*profit-split method*) e o método transacional da margem líquida (*transactional net margin method*). O primeiro método procura eliminar os efeitos na apuração do lucro decorrente das condições impostas numa transação controlada, determinando a divisão de lucros que se verificaria caso a transação tivesse sido realizada entre partes não vinculadas. Já pelo segundo método (transacional da margem líquida) examina-se a margem líquida do lucro relativa a uma base apropriada (por exemplo: custos, vendas ou ativos) que o contribuinte realizaria em uma transação controlada."*

[8] BARRETO, Paulo Ayres. *Imposto Sobre a Renda e Preços de Transferência*. São Paulo: Dialética, 2001, pp. 105-6.

Em seguida, conclui o professor paulista sobre a validade dos métodos de aferição dos preços de transferência, prenunciando sua posição sobre o tratamento dado ao tema pelo legislador nacional[9]:

> *"Não existem fórmulas mágicas, percentuais fixos imputáveis a título de lucro razoável, ou margens apropriadas, uso de ficções ou presunções legais, ou outras soluções desse jaez. A obtenção do preço sem interferência fica centrada no campo das provas (...). O legislador brasileiro, ao cuidar do tema, não percorreu o mesmo caminho. Optou, diversamente, por criar uma série de ficções e presunções cuja constitucionalidade examinaremos a próprio tempo."*

No caso brasileiro, como se verá a seguir, o legislador adotou em parte o Modelo OCDE, mas acrescido de características peculiares, que não se encontram em outros sistemas jurídicos. Contudo, ressalte-se desde já, a não adoção de métodos de controle idênticos aos propostos pela OCDE em nada interfere na legitimidade da proposta legislativa. Isso porque a OCDE é um órgão eminentemente consultivo, e suas opiniões não vinculam seus membros (e menos ainda os países que não são membros da organização, caso do Brasil).

4. Os limites traçados pela Lei nº 9.430/96 no Brasil.

Os artigos 18 a 24 da Lei nº 9.430/96 trouxeram uma série de dispositivos referentes ao controle das operações transnacionais envolvendo preços de transferência.

O primeiro ponto ao qual nos ateremos será o conceito de empresa vinculada, que na Lei nº 9.430/96 foi além do conceito restritivo e interno de pessoa ligada, presente no Regulamento do Imposto de Renda, e também da definição proposta pela OCDE em seu modelo de acordo.

Posteriormente, será abordada a questão dos métodos de apuração do preço *arm's length* definidos na Lei nº 9.430/96, cuja constitucionalidade tem sido questionada por diversos doutrinadores.

4.1. O conceito de pessoa vinculada. O critério da residência em país com tributação favorecida.

Para fins do controle de *transfer pricing*, pessoa vinculada será somente aquela residente e domiciliada no exterior, com a qual a companhia situada no Brasil realiza algum tipo de negócio. Nesse sentido o art. 23 da Lei nº 9.430/96, *in verbis*:

> *"Art. 23. (...) Será considerada vinculada à pessoa jurídica domiciliada no Brasil:*
> *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, na forma definida*

[9] BARRETO, Paulo Ayres. *Op. cit.*, pp. 105-6.

nos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976;

IV – a pessoa jurídica domiciliada no exterior que seja caracterizada como sua controlada ou coligada, na forma definida nos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976;

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, na forma definida nos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976;

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."

Como se infere da leitura do dispositivo, o conceito de pessoa vinculada para fins de submissão às regras do *transfer pricing* no Brasil é bastante amplo, indo além do previsto pela própria OCDE. De fato, como visto, para a OCDE empresas vinculadas são aquelas que:

- Participam direta ou indiretamente na direção, controle ou capital de uma empresa de outro Estado;
- Possuem as mesmas pessoas participando direta ou indiretamente na direção, controle ou capital de ambas as empresas, situadas em países distintos.

Contudo, há que se ter em mente que a OCDE somente traça diretrizes, nunca ditando regras, e que essas diretrizes muitas vezes sequer são seguidas por seus países-membros (dentre os quais não se inclui o Brasil).

Assim, a opção do legislador pátrio não encontra qualquer óbice pelo fato de eventualmente estar em desacordo com as orientações da OCDE. Ademais, os elementos essenciais que compõem o conceito de pessoa vinculada no Modelo OCDE são os mesmos encontrados na definição do legislador nacional: a residência e domicílio no exterior, e a existência de

vínculo entre as partes que as diferencie das relações normalmente mantidas com terceiros.

É interessante notar que a enumeração do art. 23 estendeu o conceito de pessoa vinculada a situações nas quais não há qualquer espécie de vinculação societária, mas tão-somente relações contratuais, que *de per se* podem não significar a existência de uma vinculação tal que levaria uma das empresas a vender produtos abaixo do preço de mercado para a outra. São as hipóteses elencadas nos incisos IX e X do art. 23, as quais compreendem:

- A pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que goze de exclusividade, como seu agente, distribuidor ou concessionário, para a compra e venda de bens, serviços ou direitos;
- A pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, em relação à qual a pessoa jurídica domiciliada no Brasil goze de exclusividade, como agente, distribuidora ou concessionária, para a compra e venda de bens, serviços ou direitos.

Contudo, o legislador houve por bem incluir essas hipóteses dentre aquelas a serem abrangidas pelo controle dos preços de transferência, e não há qualquer inconstitucionalidade nesse ponto (afinal, o art. 23 tão-somente determina quem será submetido ao controle, e não quem será sancionado – a sanção decorrerá da prática de preços combinados, que não reflitam o *arm's length price*).

Contudo, os maiores debates no que tange às pessoas submetidas ao controle da Lei nº 9.430/96 surgem quando se analisa o art. 24 do referido diploma, que assim dispõe:

> *"Art. 24. As disposições relativas a preços, custos e taxas de juros, constantes dos arts. 18 a 22, aplicam-se, também, às operações efetuadas por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, com qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada, residente ou domiciliada em país que não tribute a renda ou que a tribute a alíquota máxima inferior a vinte por cento."*

O critério legal, neste ponto, deixa de ser subjetivo (relativo à vinculação entre as partes) para se tornar objetivo. Basta, dessarte, estar a outra empresa situada em país com tributação favorecida (definido pela lei como o que tributa a renda em percentual menor ou igual a 20%) para que as transações entre as companhias sejam sujeitadas às regras de controle dos preços de transferência. Trata-se de regra semelhante à existente na França (art. 57 do *Code General des Impots*) e na Itália (art. 73, §5º do *Texto Único Imposte Dirette*).

O art. 24 da Lei nº 9.430/96 recebeu duras críticas da doutrina. RUTNÉA GUERREIRO e EDMAR ANDRADE[10] taxaram-no de inconstitucional por afronta à isonomia e à livre iniciativa. ROBERTO MOSQUERA[11] sustentou que o dispositivo não coadunava com o rumo tomado pelas legislações dos demais países do mundo, inviabilizando, segundo ele, as operações entre o Brasil e os países com tributação favorecida. RICARDO MARIZ DE

---

[10] GUERREIRO, Rutnéa e ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Preços de Transferência*. Tributos e Preços de Transferência. São Paulo: Dialética, 1997, pp. 111-2.

[11] MOSQUERA, Roberto Quiroga. *O Regime Jurídico-Tributário dos Preços de Transferência e a Lei nº 9.430/96.* Tributos e Preços de Transferência. São Paulo: Dialética, 1997, p. 101.

OLIVEIRA[12], por sua vez, em conclusão que aplicou a todas as disposições sobre *transfer pricing* da Lei nº 9.430/96, sustentou que a presunção do art. 24 é *juris et de jure* e erigida em desrespeito ao contraditório. PLÍNIO J. MARAFON[13] também pugnou pela inconstitucionalidade da presunção absoluta do art. 24, a qual, segundo ele, poderá resultar em exigência de tributo sem o fato gerador.

Nossa opinião, contudo, é em sentido contrário. Afinal, o simples fato de se submeter as operações realizadas com empresas situadas em países com tributação favorecida a um controle mais apurado não pode ser tido como atentatório a princípios constitucionais. A isonomia é mantida, na medida em que as empresas situadas em países de menor pressão fiscal trabalham em condições distintas daquelas que se situam em Estados onde a carga tributária é importante fator no custo do produto final. O contraditório, ao menos na submissão ao controle fiscal, não é afetado. A presunção é absoluta, mas não significa que as sanções serão aplicadas. Quer-se, tão-somente, que as operações com países onde a tributação é menor que a média mundial sejam analisadas com maior detalhamento pela Receita Federal. Nessa ótica, não há violação a preceito constitucional, mas sim fiel observância à isonomia e à tributação pela capacidade contributiva (que será auferida com maior detalhamento nesta hipótese).

4.2. O controle do *transfer pricing* na importação.

Em seu art. 18, a Lei nº 9.430/96 prevê três métodos distintos e não excludentes para controle dos preços de transferência praticados nas importações, a saber:

- Método dos Preços Independentes Comparados – PIC;
- Método do Preço de Revenda Menos Lucro – PRL;
- Método do Custo de Produção Mais Lucro – CPL.

O valor apurado por meio de um desses três métodos será o teto máximo a ser deduzido do lucro real como custo na importação de bens, serviços e direitos. A parcela que exceder o valor apurado será adicionada ao lucro líquido da empresa, para a conseqüente tributação.

Busca-se evitar, desse modo, que uma empresa nacional tenha seus lucros reduzidos face ao pagamento de preços mais altos a produtos por ela importados de outras empresas vinculadas, situadas em países de menor pressão fiscal.

Como já ressaltado, os métodos de controle não são excludentes entre si. Dessarte, é lícito apurar o preço *arm's length* na importação através de dois ou mesmo dos três métodos indicados. O resultado a ser adotado será sempre aquele que trouxer o maior valor dedutível (limitado, contudo, ao valor constante dos documentos de importação).

Vejamos, agora, as nuanças de cada um dos métodos estabelecidos pelo legislador:

---

[12] OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Tributos e Preços de Transferência.* Tributos e Preços de Transferência. São Paulo: Dialética, 1997, pp. 79-86.
[13] MARAFON, Plínio J. *Preços de Transferência*. Tributos e Preços de Transferência. São Paulo: Dialética, 1997, p. 74.

- Método dos Preços Independentes Comparados – PIC: aufere a média anual dos preços praticados na compra e venda de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, em condições de pagamento semelhantes e entre pessoas não vinculadas. Trata-se do clássico método de comparação de preços, na linha do disposto pela OCDE em seu Relatório de 1979, ao propor o CUP (*Comparable Uncontrolled Price Method*) como método simples, objetivo e eficaz de controle do *transfer pricing*. É um método de comparação direta (ao lado do método do Preço de Venda nas Exportações – PVEx – que será analisado no item seguinte), prescindindo de quaisquer presunções referentes às margens de lucro das empresas ou de outros cálculos contábeis mais complexos. Contudo, segundo HELENO TÔRRES[14], tais métodos de comparação direta não funcionam justamente por serem demasiado simplificados (em que pese terem sido fortemente recomendados pela OCDE), em lição que vale ser aqui reproduzida:

> *"(...) Passados mais de vinte anos de aplicação dos critérios elaborados pela OCDE, em 1979, evidenciou-se a dificuldade de comparação – a pesquisa de uma operação idêntica àquela verificada entre empresas independentes – de tal modo que tem sido proposto o seu substancial abandono para a definição do* arm's length price*. E as dificuldades de comparação com uma operação de mercado podem ser as mais variadas, tais como: i) defeito de similaridade (ou de identidade) do bem objeto da cessão, quanto à qualidade, oportunidade e novidade; ii) defeito de comparação do mercado de destinação dos bens, quanto a dimensões e características; iii) deformidade dos volumes de venda; iv) deformidade dos termos e condições da venda; v) deformidade dos bens imateriais cedidos unitariamente aos produtos (marcas colocadas em produtos)."*

De fato, é grande a dificuldade em se encontrar produtos similares, vendidos em condições semelhantes, para toda a sorte de negócios realizados entre empresas transnacionais. O próprio conceito de similitude é ainda subjetivo e indeterminado (o que é similar para uns pode não o ser para outros). Ciente desse fato, a Receita Federal editou a Instrução Normativa nº 38/97, posteriormente sucedida pela IN nº 32, de 30 de março de 2001 (atualmente em vigor), na qual definiu o conceito de similaridade, nos seguintes termos:

> *"Art. 27. Para efeito desta Instrução Normativa, dois ou mais bens, em condições de uso na finalidade a que se destinam, serão considerados similares quando:*
> *I – tiverem a mesma natureza e a mesma função;*
> *II – puderem substituir-se mutuamente, na função a que se destinem;*
> *III – tiverem especificações equivalentes."*

Entretanto, como se infere da leitura do dispositivo, a fluidez do conceito permanece, vez que inexistem critérios estritamente objetivos que possam definir quais bens são ou não similares. Ademais, cada operação possui uma particularidade, que dificilmente é reproduzida em outra, envolvendo fatores que não são considerados no cálculo da simples média aritmética de preços, como a confiabilidade do comprador e do

[14] TÔRRES, Heleno. *Op. cit.*, p. 219.

vendedor, o país no qual ambos estão situados, a existência de um produto com marca (bem intangível) mais consolidada, enfim, um extenso rol de detalhes que fazem a diferença no cálculo do preço final, e que devem, necessariamente, ser computados na comparação de preços para fins de controle do *transfer pricing*, sob pena de se obter resultados equivocados. A simplicidade do método comparativo direto é a responsável por suas falhas, e o torna imprestável para fins de controle de preços de transferência, podendo causar danos às empresas que realizam operações internacionais a preços *at arm's length* mas que, pela análise feita a partir de métodos comparativos diretos, podem ser indevidamente penalizadas pela máquina estatal. A afronta à isonomia, neste particular, é patente.

- Método do Preço de Revenda menos Lucro (PRL): a média de preços resultante deste método (que é calculada tendo como período-base o exercício financeiro) é obtida pela subtração, do preço de revenda, das seguintes parcelas:

  a) descontos incondicionais concedidos;
  b) impostos e contribuições incidentes sobre as vendas;
  c) comissões e corretagens pagas;
  d) margem de lucro de:
     d.1) 60% calculada sobre o preço de revenda na hipótese de bens importados aplicados à produção (já deduzidos do preço de revenda as comissões, descontos incondicionais e tributos);
     d.2) 20% sobre o preço de revenda, nas demais hipóteses.

  Trata-se do *Resale Price Method*, previsto no Relatório OCDE de 1979 como um dos métodos preferenciais para o controle dos preços de transferência.
  O método PRL, a exemplo do PIC, toma sempre como base os preços praticados entre partes não vinculadas (imperativo lógico para fins de controle de *transfer pricing*). A grande questão na aplicação deste método refere-se ao lucro presumido. A Lei nº 9.430/96, em sua redação original, previa a aplicação da margem de lucro de 20% para todas as hipóteses. Posteriormente, a Lei nº 9.959, de 27 de janeiro de 2000, excepcionou a regra geral ao determinar a aplicação da margem de lucro de 60% sobre o preço de revenda para os produtos importados destinados à produção.
  A exceção no tratamento a determinada categoria de produtos é um sintoma da inadequação da margem de lucro estabelecida pelo legislador para a grande maioria dos casos. Isso porque o lucro está sempre sujeito a variações, seja pela natureza dos bens revendidos, seja pela situação econômica mundial, nacional ou local, seja pelo número de concorrentes existentes no mercado, enfim, em razão de inúmeros fatores que legislador nenhum conseguirá positivar de modo a que a margem legal presumida corresponda à realidade.
  A presunção legal inverte o ônus da prova, e é muitas vezes danosa ao contribuinte. Sobre o tema das presunções e ficções criadas pela Lei nº 9.430/96 trataremos com maior detalhamento adiante.

- Método do Custo de Produção Mais Lucro – CPL: é o terceiro método do Relatório OCDE de 1979 (*Cost plus Profit*), e consiste em determinar o custo médio anual dos bens importados a partir do custo de produção destes no país de origem, acrescido de tributos e margem de lucro de 20%. Determina-se, assim, o suposto preço *arm's length* que seria pago

pelo importador numa operação entre partes não vinculadas. O problema deste método é o mesmo do sistema PRL: a presunção legal da margem de lucro, que inverte o ônus da prova de modo desfavorável ao contribuinte.

Como visto, os três métodos têm como base os preços médios apurados ao longo do ano fiscal (ou seja, de 01 de janeiro a 31 de dezembro). A comparação do preço praticado na operação com a média anual, contudo, não refletirá a real existência de transferência indireta de lucro em um momento de alta nos preços, por exemplo. O fato não passou despercebido a PAULO AIRES BARRETO[15], que é incisivo sobre a questão:

> *"Referida média aritmética deverá ser calculada considerando os preços praticados durante todo o período de apuração da base de cálculo do imposto, consoante dispõe o § 1º, do artigo 18, do mesmo diploma normativo. Ocorre que os preços podem variar significativamente durante o ano-base, resultando em preço médio que pode ser completamente distinto do praticado, quando da importação de um bem entre partes vinculadas, num momento de alta. Adotando-se a média, restará configurada a transferência indireta de lucro. Examinando-se a transação, consoante os parâmetros de mercado vigentes, quando de sua consumação, não caberá cogitar-se de qualquer ajuste na base de cálculo do imposto sobre a renda. Como a legislação prevê tal ajuste com base na média, uma vez mais podemos estar diante de incidência sobre um fato que não se subsume à regra-matriz de incidência do imposto sobre a renda."*

Ademais, em que pesem serem as fórmulas adotadas as recomendadas pela OCDE, os dados utilizados não permitem um retrato fiel da realidade do mercado, podendo causar prejuízos às empresas. Nessa linha, não somente os métodos diretos de comparação como também os mais complexos, na importação e na exportação, são falhos. A crítica de PLÍNIO J. MARAFON[16] neste ponto é absolutamente pertinente:

> *"A introdução legal dos chamados* transfer pricing *no Brasil foi efetuada de forma empírica, adotando-se fórmulas simplórias de custos agregados a margens de lucro, como se as demonstrações financeiras das empresas só contivessem esses dados. Foram desprezados fatores como despesas de publicidade, com aperfeiçoamento tecnológico dos produtos,* cost sharing *e outros que nem sempre são computados nos custos."*

Por fim, note-se que, apesar de as regras de controle do *transfer pricing* na importação serem aplicáveis a bens, direitos e serviços, como dispõe a Lei nº 9.430/96, o art. 18, §9º deste mesmo diploma exclui determinados itens dos limites de dedução nele contidos. Assim, os *royalties*, bem como a assistência técnica, científica, administrativa ou similares *"permanecem subordinados às condições de dedutibilidade constantes da legislação vigente"*.

Abrandando o teor da legislação, a IN SRF nº 32/01 (e antes dela a IN SRF nº 38/97) determinou que, caso a diferença entre os valores constantes dos documentos de importação e aqueles apurados por meio de um

---

[15] BARRETO, Paulo Aires. *Op. cit.*, p. 114.
[16] MARAFON, Plínio J. *Op. cit.*, p. 76.

dos métodos acima descritos não exceda a 5%, nenhum acréscimo será feito ao lucro real da empresa.

4.3. O controle do *transfer pricing* na exportação.

Enquanto o controle dos preços de transferência nas importações estabelece limites máximos de dedutibilidade dos custos de importação, na hipótese de exportação, sempre que os preços praticados pela empresa exportadora situada no Brasil forem inferiores a noventa por cento do preço médio de venda dos mesmos bens, serviços ou direitos (ou seus similares) no mercado brasileiro[17], dever-se-á proceder ao arbitramento dos valores dos produtos exportados. O objetivo é evitar o subfaturamento nas exportações (situação na qual haveria remessa indireta de lucros para o exterior, que seriam tributados em países de menor carga fiscal).

Assim, tem-se dois momentos distintos no controle do *transfer pricing* na exportação: (a) em um primeiro momento, são confrontados os valores recebidos pela empresa exportadora com os valores médios praticados por ela própria (ou por outras empresas) no mercado interno. Se o valor cobrado na exportação for inferior a 90% do valor da operação no mercado interno, a receita declarada de exportação será desconsiderada, e os valores deverão ser arbitrados; (b) o segundo momento consistirá na apuração do valor a ser arbitrado, utilizando-se um dos quatro métodos previstos no §3º do art. 19 da Lei nº 9.430/96.

Contudo, da mesma forma que nos métodos de controle do *transfer pricing* na importação, as médias de preços na exportação são calculadas anualmente, e com base nos preços de produtos similares. As críticas feitas anteriormente a esse sistema (também utilizado no controle do *transfer pricing* na importação) são igualmente aplicáveis neste ponto, tendo em vista:

(a) A inexistência de produtos idênticos, ou mesmo similares;
(b) A indefinição do conceito de similitude, que possui forte carga subjetiva e axiológica;
(c) O padrão comparativo ser a média anual do preço do produto, o que pode levar a conclusões errôneas e prejudiciais ao contribuinte quando comparado com o preço cobrado em momento de baixa no mercado.

De todo modo, sempre que se constatar a realização de exportação a preço inferior a noventa por cento da média calculada, as receitas da empresa decorrentes da exportação serão arbitradas com base em um dos seguintes métodos:

- Método do preço de venda nas exportações (PVEx): é a média dos preços de venda de bens similares nas exportações efetuadas pela própria empresa para empresas não vinculadas, ou por outra exportadora nacional. É um método de comparação direta, na linha do PIC (Preços Independentes Comparados), utilizado no controle do *transfer pricing* na importação. Sua simplicidade é também a responsável por suas falhas, como já ressaltou HELENO TÔRRES[18], uma vez que

[17] Tomar-se-á como preço praticado no mercado interno aquele líquido de tributos e descontos incondicionais concedidos (art. 19, §2º da Lei nº 9.430/96).
[18] TÔRRES, Heleno. *Op. cit.*, p. 219.

dificilmente as operações realizadas são de fato similares (ainda que os produtos sejam idênticos, sempre haverá fatores como o risco país, o momento em que a operação é realizada, dentre outros).

- Método do Preço de Venda por Atacado no País de Destino, Diminuído do Lucro (PVA): definido como a média de preços de bens similares no mercado atacadista do país de destino, diminuídos os tributos cobrados no referido país e a margem de lucro de 15% sobre o preço de venda no atacado. É uma adaptação do *Resale Price Method* da OCDE e, tal como o método Preço de Revenda Menos Lucro (PRL) aplicado às importações, sofre críticas em razão da margem de lucro presumida. Também prevê a utilização de dados de difícil obtenção, além de utilizar termos imprecisos, como ressalta ROBERTO MOSQUERA[19]:

> *"Neste caso o legislador introduz outro conceito extremamente largo e vago, qual seja, o de mercado atacadista. Impõe preços de comparação que requerem verdadeira pesquisa de mercado, análises econômicas internacionais que, se não tornam impossível para o próprio trabalho fiscalizatório, acarretam para o contribuinte um trabalho operacional absurdo e confuso."*

- Método do Preço de Venda a Varejo no País de Destino, Diminuído do Lucro (PVV): é similar ao método acima descrito, com a diferença que os preços-base são os cobrados no varejo, diminuídos os tributos e margem de lucro de 30% sobre o preço de venda no varejo.

- Método do Custo de Aquisição ou de Produção mais Tributos e Lucro (CAP): é também método sugerido pela OCDE (*Cost plus Profit*), semelhante ao método Custo de Produção Mais Lucro (CPL) utilizado no controle dos preços de transferência nas importações. Baseia-se no preço de aquisição ou produção dos produtos exportados, ao qual são acrescidos:
  a) impostos e contribuições cobrados no Brasil; e
  b) margem de lucro de 15% sobre a soma dos custos (incluídos os tributos).

Caso mais de um método seja utilizado, prevalecerá o que indicar o menor valor (favorecendo, assim, a empresa exportadora). Entretanto, se o valor apurado através dos métodos for inferior ao constante nos documentos de exportação, prevalecerão os valores nestes consignados.

A eventual diferença apurada entre o valor consignado nos documentos de exportação e o preço médio segundo um dos critérios acima será acrescida ao lucro líquido da empresa, para determinação do lucro real. Evita-se, portanto, que a empresa exporte produtos a um preço menor que o de mercado para empresa vinculada situada em país de menor pressão fiscal (que receberia, de forma indireta, os lucros apurados pela empresa situada no Brasil).

As regras traçadas pela Lei nº 9.430/96 para o controle do *transfer pricing* na exportação foram abrandadas pela Instrução Normativa SRF nº 38/97 e, posteriormente, pela IN SRF nº 32, de 30 de março de 2001, que a sucedeu e é hoje a norma infralegal em vigor sobre preços de transferência, como já ressaltado anteriormente.

---

[19] MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Op. cit.*, p. 96.

De acordo com a IN SRF nº 32/01, quando a empresa vinculada situada no País estiver em busca de novos mercados no exterior, as exportações poderão ser realizadas em valores inferiores a 90% do preço médio praticado no mercado interno. Tal disposição coloca-se em consonância com a realidade do mercado, vez que uma das principais estratégias na conquista de novos mercados é o oferecimento de produto ou serviço a preço mais baixo que o habitualmente cobrado, de modo a despertar interesse do consumidor em migrar para o novo fornecedor.

Outra situação na qual a IN SRF nº 32/01 dispensa o controle previsto no art. 19 da Lei nº 9.430/96 ocorre quando as receitas decorrentes de exportação para pessoas vinculadas não superam 5% do lucro líquido (antes da dedução da CSLL e do IRPJ) da empresa vinculada situada no País. Esta comprovará as receitas obtidas na exportação exclusivamente com os documentos da própria operação. Tal regra, contudo, não se aplica às exportações feitas para empresas situadas em países com tributação favorecida, e tampouco obriga a Receita Federal a aceitar como verdadeiros os valores constantes da documentação apresentada pela empresa exportadora. Nos termos do art. 38, II, da IN SRF nº 32/01, a Secretaria da Receita Federal poderá impugnar a documentação apresentada sempre que entender inadequados os valores declarados como receitas de exportação.

A margem de divergência aceitável entre o valor médio apurado através de um dos métodos de controle do *transfer pricing* na exportação e aquele constante dos documentos apresentados pela empresa exportadora é de 5% (tal como na importação), por força do art. 37 da IN nº 32/01.

4.4. Apuração dos preços médios. Impossibilidades.

O art. 21 da Lei nº 9.430/96 determina a documentação que poderá ser utilizada na apuração dos preços médios na importação e na exportação. A importância de se determinar a origem das informações a serem consideradas no cálculo dos preços médios é grande, uma vez que existem fontes das mais variadas origens e de diversos graus de confiabilidade, cuja utilização indiscriminada acarretaria erros na tributação das operações entre pessoas vinculadas.

Desse modo, o legislador estabeleceu que somente serão aceitáveis os custos e preços médios apurados com base em:

- Publicações oficiais do governo do país comprador ou vendedor;
- Declaração da autoridade fiscal do país comprador ou vendedor, com o qual Brasil mantenha acordo para evitar bitributação ou para intercâmbio de informações;
- Pesquisas efetuadas por empresa ou instituição de notório conhecimento técnico ou publicações técnicas, onde estejam especificados:
  a) o setor;
  b) o período;
  c) as empresas pesquisadas (detalhando, por empresa, os dados coletados e trabalhados);
  d) a margem encontrada.

Todos os relatórios e pesquisas mencionados somente poderão ser utilizados se tiverem sido confeccionados em acordância com métodos de

avaliação internacionalmente adotados e se referirem a período contemporâneo ao da apuração da base de cálculo do imposto de renda da empresa brasileira (ou seja, de 01 de janeiro de 31 de dezembro).

O legislador foi cauteloso ao determinar a documentação a ser utilizada, o que demonstra boa-fé e preocupação com o contribuinte. Contudo, a cautela foi excessiva. As exigências são por demais minuciosas, e não levam em consideração a realidade do mercado. Inexistem relatórios oficiais com dados de todas as operações comerciais realizadas diariamente entre empresas situadas no País e pessoas vinculadas no exterior. A dificuldade de obtenção desses dados é ainda maior quando o país comprador ou vendedor for também um país em desenvolvimento, que certamente não possui tal grau de organização. Não há, também, referências a quais seriam os "métodos de avaliação internacionalmente consagrados", ou onde se poderia obter uma relação desses métodos. A exigência de que os dados sejam apurados no período de 01 de janeiro a 31 de dezembro (período de apuração do imposto de renda) inviabiliza o controle do *transfer pricing* em negociações nas quais a parte vinculada está situada nos EUA, Canadá, ou outros países onde o ano fiscal não coincide com o brasileiro (os dados apurados em relatórios desses países raramente observarão o exercício financeiro de países estrangeiros).

O legislador não foi prático ao editar a Lei nº 9.430/96, na parte referente ao *transfer pricing*. Positivou procedimentos que na prática, ao menos em grande parte dos casos, se demonstram inviáveis. HERMES MARCELO HUCK[20] apreciou a questão, ao tratar das dificuldades encontradas pelos países em desenvolvimento (especialmente) para controle dos preços de transferência:

> *"Uma (...) dificuldade com que se defrontam os países em desenvolvimento diz respeito à carência de informações de que dispõem relativamente aos efetivos preços praticados no mercado internacional para a imensa gama de produtos que circulam pelos canais comerciais do mundo. Finalmente, tanto para ricos como para pobres, se os preços de* commodities *são facilmente acessíveis, pois os produtos primários, como petróleo, ouro, metais em geral e vários produtos agrícolas, têm suas cotações divulgadas diariamente em todos os órgãos de informação econômica, há, por outro lado, uma nem sempre superável dificuldade para a aferição do justo preço de mercado para produtos ou serviços como marcas, patentes, tecnologia, consultorias especializadas etc., gerando uma barreira de difícil transposição para a constatação e repressão do abuso praticado."*

De todo modo, mesmo prevendo formas de controle excessivamente rigorosas (no que tange à documentação cuja utilização é permitida), o legislador deixa ao alvedrio do Secretário da Receita Federal a faculdade de desqualificar as publicações técnicas, pesquisas e relatórios definidas na lei (art. 21, §3º). O referido dispositivo é polêmico. Afinal, em que pesem os atos administrativos serem vinculados e motivados, a possibilidade de se descartar dado obtido com base em relatório com as características definidas pela Lei nº 9.430/96, ao argumento de que os documentos são inidôneos ou inconsistentes – possibilidade esta conferida unicamente à autoridade fiscal – é altamente perigosa (ainda mais quando o §2º do art. 22 faculta ao contribuinte fazer prova em seu favor com base nos relatórios,

---

[20] HUCK, Hermes Marcelo. *Op. cit.*, p. 305.

pesquisas e publicações definidos pela lei, possibilitando-lhe a alteração das margens de lucro previstas nos arts. 18 e 19).

4.5. Preços de transferência financeiros – juros.

Os contratos de mútuo celebrados entre pessoas vinculadas (definidas como tais pela Lei nº 9.430/96, ou seja, com domicílio em países distintos) são também objeto de controle por parte da Receita Federal.

Caso o contrato de mútuo tenha sido registrado no Banco Central do Brasil, serão admitidos como dedutíveis do lucro da empresa situada no País os juros pagos com base na taxa registrada no instante da formalização do respectivo contrato (na hipótese de a empresa brasileira ser a mutuária).

Contudo, caso o contrato não tenha sido registrado no Banco Central, a Lei nº 9.430/96 impõe um limite à dedutibilidade dos juros pagos ou creditados à pessoa situada no exterior. O montante dedutível do lucro da empresa localizada no Brasil será o correspondente ao valor calculado com base na taxa *Libor*[21] (para depósitos em dólares nos EUA, com prazo de 6 meses), acrescida de 3% de juros anuais a título de *spread*[22]. Se a dedução feita pela empresa tiver superado esse valor, ao seu lucro líquido deverá ser acrescida a diferença.

Caso a pessoa vinculada situada no Brasil seja a mutuante, sua receita financeira decorrente de contrato não registrado no Banco Central deverá ser, no mínimo, o valor da taxa *Libor* mais 3% de juros ao ano. Nesse caso, se o valor por ela declarado for menor, à sua receita será adicionada a diferença apurada no cálculo referido.

A não limitação dos juros nos contratos devidamente registrados no Banco Central se deve ao fato de que o legislador não quis restringir as captações de recursos que as empresas brasileiras fazem no exterior. O que se pretendeu foi tão-somente evitar que, através da cobrança de juros abaixo do mercado (em sendo a empresa brasileira a mutuante) ou acima do mercado (em sendo a empresa brasileira a mutuária), o lucro real das empresas vinculadas situadas no Brasil fosse reduzido artificialmente, minimizando o pagamento de IRPJ e CSLL.

De se notar ainda que o art. 22 da Lei nº 9.430/96 não restringe o controle sobre juros aos contratos de mútuo. Sempre que, em decorrência de contrato celebrado entre pessoas vinculadas, estipular-se o pagamento de juros, estes não poderão exceder o montante que teria sido pactuado segundo as regras de mercado (observância ao *arm's length principle*). É o que se dessume do *caput* do referido dispositivo, que nada dispõe sobre contratos específicos, referindo-se tão-somente aos juros:

> *"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*

---

[21] Taxa de juros cobrada sobre os empréstimos em moeda estrangeira e que vigora no mercado financeiro internacional de Londres.

[22] Margem bancária adicionada à taxa de juros aplicável a um crédito. O *spread* (nas operações financeiras em geral) é variável conforme a liquidez e as garantias do tomador, o volume do empréstimo e o prazo de resgate.

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."

O fato de o §1º do dispositivo tratar especificamente do contrato de mútuo não limita o alcance do texto legal. Afinal, é regra de hermenêutica a de que os parágrafos são interpretados de acordo com o *caput*. Confira-se o que diz ROBERTO MOSQUERA[23]:

> *"Entendemos que tal dispositivo legal aplica-se a toda e qualquer remuneração que se qualifique como* juros*, com exceção, como já dissemos, dos juros decorrentes de contratos registrados no Bacen. Juro representa a remuneração do capital aplicado ou investido. (...). Portanto, qualquer relação jurídica contratual que atribua um direito ou obrigação que se qualifique como juros deverá obedecer aos ditames do artigo 22 da Lei nº 9.430/96."*

A interpretação *supra* é corroborada pela análise da convenção-modelo da OCDE que, como já referido, permite expressamente o controle sobre as operações financeiras, e serviu de base para a elaboração da Lei nº 9.430/96, na parte referente aos preços de transferência. Assim, engloba todas as formas de crédito existentes, sejam ou não classificadas como mútuo.

5. Conclusão.

Ao longo do texto foram feitas críticas aos métodos de controle adotados pela Lei nº 9.430/96, no sentido de que tais métodos não refletem a grande complexidade existente nas relações de mercado, reduzindo-as a fórmulas simplistas que acarretam a tributação indevida do contribuinte.

Entretanto, como visto, as fórmulas de cálculo dos preços médios previstas na Lei nº 9.430/96 são as mesmas sugeridas pela OCDE, e adotadas em grande parte dos países do mundo. São métodos de controle globais que, apesar de suas falhas, têm-se demonstrado eficientes e, apesar de em alguns casos serem injustos para com o contribuinte, no mais das vezes cumprem o papel que lhes foi designado sem maiores prejuízos.

O problema existente na legislação brasileira sobre preços de transferência são as presunções criadas pela Lei nº 9.430/96. São presunções desfavoráveis aos contribuintes que, aliadas às características históricas da Fazenda Pública no Brasil (a qual, como já ressaltou SACHA CALMON[24], *"assume postura medieval, age como se fosse senhora dos negócios privados e adota a regra prática de que todo contribuinte é sonegador até prova em contrário"*), inevitavelmente implicarão na cobrança de tributo sem que tenha ocorrido o respectivo e necessário fato gerador.

No que se refere ao *transfer pricing* na importação, todas as importações realizadas entre pessoas vinculadas serão necessariamente objeto de controle por parte da Receita Federal, a teor do disposto no art. 18 da Lei nº 9.430/96. A regra é de difícil aplicação prática, e não possui excludentes ou

---

[23] MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Op. cit*., p. 99.
[24] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Liminares e Depósitos antes do Lançamento por Homologação – Decadência e Prescrição*, 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2000.

abrandamentos[25]. Assim, realizada a operação, proceder-se-á à apuração do preço médio de importação através de um dos três métodos previstos no art. 18 (Preços Independentes Comparados, Preço de Revenda Menos Lucro, Custo de Produção Mais Lucro). Neste ponto, cumpre ressaltar novamente o exposto no item 4.4: a ausência de pesquisas, relatórios e publicações oficiais exigidos pelo legislador para cálculo do preço *arm's length* consiste em entrave muitas vezes intransponível para o controle a ser exercido pela Receita Federal. E exigir-se o controle em todos os casos onde há operações entre partes vinculadas, como faz o artigo 18, na presunção de que o contribuinte sempre age lesando o Fisco, é não só pouco prático como altamente desestimulador da realização de operações internacionais "oficiais". O excesso de entraves burocráticos e o controle fiscal excessivamente rigoroso acarretam, como já alertou HERMES MARCELO HUCK[26], fuga de capitais estrangeiros e perda de investidores em potencial, especialmente nos países em desenvolvimento. Mas o gravame maior, como sói ocorrer, é suportado pelo contribuinte. Este terá suas importações invariavelmente controladas pelo Fisco, que em muitos casos o autuará por falta de recolhimento de tributo, ao argumento de que a operação não foi realizada ao abrigo do *arm's length principle*. Isso ocorrendo, deverá provar o contrário, e somente poderá fazê-lo no que se refere às margens de lucro presumidas estipuladas pelo legislador. Essa a determinação do art. 21, §2º da lei de *transfer pricing*, *in verbis*:

> *"§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."*

A situação que se tem, destarte, é a seguinte: todas as importações realizadas por pessoas vinculadas situadas no país são objeto de controle (a presunção é de culpabilidade). Apurando o Fisco que a importação foi realizada em um valor maior que o de mercado (reduzindo o lucro tributável da empresa importadora situada no Brasil), a diferença será adicionada ao lucro líquido da importadora. Esta, por sua vez, somente poderá questionar o cálculo feito pela Receita Federal *no que se refere às margens de lucro presumidas*. Isso na teoria, tendo em vista que, na prática, dificilmente o contribuinte conseguirá reunir a documentação com os dados exigidos pela Receita Federal para tanto. Afinal, se os documentos enumerados no art. 21 da Lei nº 9.430/96 já são de difícil obtenção pelo governo, serão provavelmente impossíveis de serem obtidos pelo particular...

Ademais, cumpre notar que os procedimentos previstos na Lei nº 9.430/96 são, na verdade, métodos de arbitramento de lucro. Em assim sendo, devem fiel observância ao art. 148 do CTN, que determina seja o arbitramento realizado em processo regular (ou seja, ouvindo-se a parte contrária, que possui ampla liberdade para produzir sua defesa). É conferir:

> *"Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado,* ressalvada,

---

[25] Interessante, no caso, seria a adoção de um *safe harbor*, ou seja, de um teto mínimo para que a empresa seja obrigada a provar que o preço de transferência não é o preço de mercado.
[26] HUCK, Hermes Marcelo. *Op. cit.*, p. 304.

em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial*.”*

O que foi dito sobre o controle dos preços de transferência na importação aplica-se integralmente às hipóteses de exportação por parte de pessoa vinculada situada no Brasil.

As margens de lucro presumidas, cumpre notar, são invenção do legislador brasileiro. Em nenhum país membro da OCDE, tampouco no modelo de convenção desta última, o controle dos preços de transferência se dá por meio dessa espécie de presunção. Afinal, é impossível estabelecer que uma empresa irá obter determinado percentual de lucro em todas as operações que pratica. Dentre as falhas existentes na legislação nacional sobre preços de transferência talvez seja esta a mais grave. No afã de tributar, evitando a remessa indireta de lucros para o exterior, o legislador passa a punir as empresas situadas no Brasil que realizem operações transnacionais com pessoas vinculadas. Como se não bastasse, o art. 20 da Lei nº 9.430/96 delega ao Ministro de Estado da Fazenda o poder de alterar, *“em circunstâncias especiais”*, as margens de lucro presumidas constantes dos artigos 18 e 19 do mesmo diploma legal. É a ingerência do Executivo em seara exclusiva do legislador. Ora, a redução da margem de lucro presumida (no caso da importação) ou seu aumento (no caso da exportação) irão implicar em maior carga fiscal sobre o contribuinte. Ou seja, o legislador, em clara afronta ao princípio da estrita reserva legal, delegou ao Executivo – sem que houvesse qualquer autorização constitucional nesse sentido – a função de majorar tributos (afinal, o contribuinte dificilmente logrará êxito, na sistemática definida pela Lei nº 9.430/96, em demonstrar que a margem de lucro praticada foi diversa da presumida). Estabelecendo de antemão a margem de lucro, o legislador inverte o ônus da prova, incumbindo o contribuinte do dever de produzir prova impossível.[27]

Ora, em diversas ocasiões a empresa poderá operar com margem de lucro zero, ou até mesmo com prejuízo, por decisão consciente de seus administradores.

Como se infere do exposto, caso as regras – inconstitucionais, ressalte-se – da Lei nº 9.430/96 sejam observadas à risca, o contribuinte estará pagando, em grande parte dos casos, “imposto presumido sobre a renda”[28].

IVES GANDRA[29] propugna, em interpretação *contra legem*, que o ônus da prova seja do Fisco, e não do contribuinte, que teria a seu favor a presunção de ter realizado a operação com empresa vinculada ao preço *arm’s length*:

> *“(...) Os métodos estabelecidos nos artigos 18 e 19 da lei são os únicos possíveis, razão pela qual se a operação realizada implicar ‘preço de mercado’ diverso do ‘preço oficializado’, não será o ‘preço de mercado real’, mas o ‘preço de mercado oficial’ aquele a prevalecer. Cria-se, pois, um fato gerador fictício, nessas hipóteses, como técnica impositiva, com afastamento dos princípios da tipicidade fechada, estrita legalidade e reserva absoluta da lei formal.*

---

[27] GUERREIRO, Rutnéa e ANDRADE FILHO, Edmar. *Op. cit.*, p. 110.
[28] MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Op. cit.*, p. 95.
[29] MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Preços de Transferência*. Tributos e Preços de Transferência. São Paulo: Dialética, 1997, p. 36.

Tenho para mim que sempre que o preço real não corresponder a um dos critérios expostos nos artigos 18 e 19, há de prevalecer o preço real e não os critérios dos artigos 18 e 19, devendo a prova ser feita pelo Fisco, não à luz dos critérios estabelecidos, mas de critérios reais."

Felizes as palavras do professor paulista, onde demonstra de modo claro a intenção do legislador de, a pretexto de evitar a remessa indireta de lucros para o exterior, aumentar a arrecadação tributária às custas dos contribuintes que estejam agindo dentro da lei.

6. Bibliografia.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues. *O preço de transferência no Brasil e a experiência internacional*. Tributos e Preços de Transferência. São Paulo: Dialética, 1997.

ARESPACOCHAGA, Joaquín de. *Planificación Fiscal Internacional – Convenios doble imposición; estructuras fiscales; tributación no residentes*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S/A, 1996.

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

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Liminares e Depósitos antes do Lançamento por Homologação – Decadência e Prescrição*, 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2000.

GUERREIRO, Rutnéa Navarro e ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Preços de Transferência*. Tributos e Preços de Transferência. São Paulo: Dialética, 1997.

GUERREIRO, Rutnéa Navarro. *Planejamento Tributário: os Limites de Licitude e Ilicitude.* Planejamento Fiscal – Teoria e Prática. São Paulo: Dialética, 1998.

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

_____. *Evasão e Elisão no Direito Tributário Internacional*. Planejamento Fiscal – Teoria e Prática. São Paulo: Dialética, 1998.

MARAFON, Plínio J. *Preços de Transferência*. Tributos e Preços de Transferência. São Paulo: Dialética, 1997.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Preços de Transferência*. Tributos e Preços de Transferência. São Paulo: Dialética, 1997.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. *O Regime Jurídico-Tributário dos Preços de Transferência e a Lei nº 9.430/96.* Tributos e Preços de Transferência. São Paulo: Dialética, 1997.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Tributos e Preços de Transferência.* Tributos e Preços de Transferência. São Paulo: Dialética, 1997.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de transferência e acordos de bitributação*. Tributos e Preços de Transferência. São Paulo: Dialética, 1997.

TANG, Roger Y. W. *Intrafirm Trade and Global Transfer Pricing Regulations*. London: Quorum Books, 1997.

TÔRRES, Heleno. *Direito Tributário Internacional – planejamento tributário e operações transnacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.