

Atualidades

CONCEITOS, REGRAS E SITUAÇÃO ATUAL DO "TRANSFER PRICE"¹ NO BRASIL

ALMIR ROGÉRIO GONÇALVES

1. Conceito. 2. Impostos incidentes sobre os lucros. 3. Diferentes formas da distribuição de lucros e da transferência de preço: a) Exportação; b) Importação; c) Empréstimos; d) Transferência de tecnologia; e) Conclusão. 4. Paraísos fiscais e países com acordo de bitributação. 5. Primeiras tentativas tendentes a evitar o "transfer price". 6. Lei 9.430, de 27.12.96. 7. Conceito de pessoa vinculada. 8. Bens, serviços e direitos adquiridos no exterior (inclusive em operações de importação): a) Método dos Preços Independentes Comparados — PIC; b) Método do Preço de Revenda menos o Lucro — PRL; c) Método do Custo de Produção mais Lucro — CPL. 9. "Royalties" e assistência técnica, científica, administrativa ou assemelhada. 10. Receitas oriundas de exportações para o exterior: a) Método do Preço de Venda nas Exportações — PVEx; b) Método do Preço de Venda no Atacado no país de destino, diminuído do lucro — PVA; c) Método do Preço de Venda no Varejo no país de destino, diminuído do lucro — PVV; d) Método do Custo de Aquisição ou de Produção mais tributos e lucro — CAP; e) Conquista de novos mercados. 11. Alteração dos percentuais. 12. Juros praticados em operações internacionais que envolvam empresas vinculadas. 13. Principais diferenças entre as regras brasileiras, as regras da OCDE e as norte-americanas. 14. Conclusão. Bibliografia.

1. Conceito

"Denomina-se *preço de transferência* o preço de um produto (ou serviços), preço este manipulado para mais ou para menos, nas operações de compra e venda internacionais, quando um mesmo agente é capaz de controlar ambas as pontas da operação, tanto a vendedora quanto a compradora."²

1. As expressões *transfer price*, *transfer pricing* e *transferência de preço*, serão usadas neste trabalho como sinônimos, apesar das diferenças semânticas que guardam entre si.

2. Hermes Marcelo Huck, *Evasão e Elisão*.

Transfer price é o método utilizado pelas empresas transnacionais para fazer sua distribuição de dividendos e o seu planejamento tributário em nível mundial, procurando se utilizar de artifícios que tivessem a capacidade de concentrar seus lucros em países de baixa tributação, em prejuízo de países de tributação elevada. Em outras palavras, poderíamos dizer que é uma forma de disfarce dos lucros possível em empresas que tem sede em vários países. Os sistemas de realização destes mecanismos são, entre outras, as operações de importação, exportação, empréstimos e pagamento de *royalties*.

Atualmente o *transfer price* é muito utilizado para a realização de transferência de recursos entre empresas, fugindo, assim, dos trâmites necessários para remessas de capitais. Ademais, a evasão tributária internacional continua tendo como instrumento o *transfer price*, sobretudo devido a maior complexidade e sofisticação das relações comerciais atuais, sendo, portanto, infrutíferas as tentativas de vários países (principalmente os EUA) de extinguir esta prática. Neste ponto, vale também ressaltar a importância do relatório sobre *transfer pricing* preparado pela Comissão de Assuntos Fiscais, da Organização Econômica de Cooperação e Desenvolvimento (OECD), em 1979.

2. Impostos incidentes sobre os lucros

Para entendermos o sistema pelo qual se opera o *transfer price*, devemos antes entender a forma como a renda é tributada no Brasil. O lucro auferido por pessoas jurídicas instaladas no Brasil é tributado com o Imposto de Renda em 15%³ até o limite de R\$ 20.000,00 mensais, sendo que as rendas que ultrapassarem estes limites terão uma tributação adicional de 10%. Esta renda também é tributada com a Contribuição Social Sobre o Lucro (8%). Uma empresa estrangeira vinculada a uma empresa brasileira que pretenda distribuir seus lucros não pagará nenhum imposto adicional pela distribuição e poderá fazer a remessa normalmente.

Diante destas altas margens de tributação passou a ser interessante a realização de transferência dos lucros, tendo em vista que muitos outros países tributam suas rendas com alíquotas extremamente menores.⁴

3. Diferentes formas da distribuição de lucros e da transferência do preço⁵

Diante deste quadro, as formas mais utilizadas para se evitar a tributação no

Brasil, transferindo o lucro para países com tributação mais atraente, eram as seguintes:

a) Exportação

Por meio da *exportação* de mercadorias para a empresa vinculada por um preço inferior ao real, havia a transferência do lucro através do preço, criando um resultado positivo em uma empresa estrangeira e negativo na empresa brasileira.

Como no Brasil os impostos sobre a exportação são extremamente reduzidos, quando não nulos, e considerando-se ainda que é comum a prática de transferência de mercadorias entre empresas de um mesmo grupo transnacional, como forma de planejamento internacional de produção, esta prática poderia ser altamente rentável.

b) Importação

Através da *importação* superfaturada de produtos provenientes de países com tributação favorecida, também poderia haver a prática de *transfer price*, sendo que ao invés de pagar o IR conforme descrito no item 2, pagar-se-ia Imposto de Importação, ICMS e IPI, o que, a princípio, resultaria em uma alíquota muito maior. Porém, sempre existiu a possibilidade de se importar produtos com tributação reduzida pelo governo brasileiro. Ademais, com a abertura de economia brasileira às importações, as possibilidades se ampliaram, não podendo se deixar de lado a questão da importação de serviços que não sofreriam a incidência dos tributos acima e sim do IR e ISS.

c) Empréstimos

Outra hipótese pensada seria a realização de *empréstimos* não registráveis pelo Banco Central do Brasil com taxas de juros muito elevadas. Nesta hipótese, o úni-

3. Até 1995 a alíquota era de 25%, Lei 9.249/95.

4. Note-se, ainda, que anteriormente a 1996 as alíquotas brasileiras eram 10% maiores que as atuais.

5. A distribuição disfarçada de lucros e a transferência de preço se assemelham mas não se confun-

dem. A primeira é o envio de lucro para um sócio através dos mecanismos abaixo enumerados, enquanto a transferência de preço é a transferência de lucro entre empresas vinculadas com o fim de pagar menos Imposto sobre a Renda. A primeira exige vinculação societária direta, enquanto a segunda não.

co imposto devido pelo credor seria o IR de 15%.

d) Transferência de tecnologia

A *transferência de tecnologia* com o pagamento de *royalties* a valores muito elevados seriam tributados apenas em 15% de IR e ISS. No entanto, os pagamentos decorrentes de tal contrato sempre foram tutelados pelo INPI e pelo BACEN e, portanto, sempre foram limitados na sua remissibilidade e dedutibilidade em 5% do valor do contrato.

e) Conclusão

Notemos que tal atividade só era possível porque os prejuízos decorrentes das operações acima descritas eram totalmente dedutíveis para efeito de apuração do Imposto de Renda e foi este o caminho utilizado pela Receita Federal para atacar estas práticas.

4. Paraísos fiscais e países com acordo de bitributação

Em geral, a prática do *transfer price* surtia maiores efeitos em países que tivessem acordo de bitributação com o Brasil ou nos países considerados *paraísos fiscais*, pois, caso em contrário, os impostos evitados aqui, recairiam no país de destino, não apresentando nenhuma vantagem que não para a hipótese de distribuição disfarçada de lucros.

Se a empresa destinatária do lucro estivesse constituída em um *paraíso fiscal*, poderíamos fazer uma operação de exportação usando esta empresa como ponte. A empresa do grupo estabelecida no *paraíso fiscal* poderia comprar mercadorias por um preço excessivamente baixo em um país e vender por um preço alto em outro país, evitando que houvesse lucro em nenhum dos dois países e o mantendo num país em que o lucro não seria tributado, podendo depois ser reinvestido ou tomar qualquer outra destinação.

Esta situação faria com que os lucros do conglomerado se concentrassem em um país que não tributasse lucros ou qualquer outro tipo de fato gerador e para o qual a prática de exportações ou outros negócios não sofreria nenhum outro tipo de intervenção ou trâmite burocrático. Atenemos, ainda, para a vantagem de que o controle acionário das empresas em muitos *paraísos fiscais* é mantido em segredo, não estando sujeito a futuras investigações.

5. Primeiras tentativas tendentes a evitar o "transfer price"

A primeira medida que veio a coibir a prática de transferência de preço foi a limitação da dedutibilidade referente aos *royalties* pagos a empresa vinculada em 5% da renda bruta auferida com o produto, o que tornaria os preços praticados nestas operações dedutíveis somente até seu valor de mercado.

A instituição do CADE e das normas de defesa da economia também tenderam a evitar a prática de preços diferentes em relação às empresas vinculadas do que os praticados com qualquer outra empresa.

Entretanto, o maior avanço foi a criação das regras para se evitar distribuição disfarçada de lucros que previam a não dedutibilidade de preços distorcidos praticados entre empresas com qualquer tipo de ligação, bem como a desistência, pela empresa brasileira, de qualquer direito real ou obrigacional em favor de controlada ou controladora.

Estas disposições, porém, não foram muito efetivas, porque não definiam regras claras de aplicação, nem concediam o ônus da prova ao contribuinte. Ademais, as empresas mantidas nos *paraísos fiscais* não poderiam ser consideradas vinculadas se tivessem seu controle mantido em sigilo.

Como esta questão era um problema a ser enfrentado em escala mundial, a OCDE (ou OECD) planejou algumas regulamentações que pudessem extinguir, de maneira definitiva, a prática do *transfer price*. Es-

tas medidas deveriam ser tomadas por um grande número de países, pois sempre poderia ocorrer que um determinado país servisse como ponte para se atingir um determinado *paraíso fiscal*, o que tornaria inertes as regras estabelecidas. Os Estados Unidos da América também desenvolveram algumas medidas com o intuito de coibir estas práticas em seu território.

Atento a estas iniciativas, o Brasil adotou, com a edição da Lei 9.430/96, os princípios estipulados pela OECD e pelos EUA, que se resumem, basicamente, na restrição dos mecanismos de dedutibilidade mediante a fixação de limites de custos, despesas e encargos.

6. Lei 9.430, de 27.12.96

Objetivando evitar a evasão de divisas do país e atendendo a tendência mundial, os arts. 18 a 24 da lei acima, regulamentados pela Instrução Normativa SRF 38, de 30.4.97, e pela Portaria MF 95, de 30.4.97, surgiram com o intuito de extinguir a prática de *transfer price*, através da imposição dos seguintes mecanismos, em operações com empresas vinculadas:

- o limite de dedutibilidade nas importações seriam determinados através de índices pré-determinados;
- o preço das exportações seriam considerados maiores para fins de cálculo dos lucros das empresas caso fossem inferiores a 90% do preço praticado pelo mercado;
- os juros relativos a empréstimos não amparados por registro no Banco Central, para fins de dedutibilidade seriam de no máximo *libor* americana de 6 meses mais 3% de *spread*. Caso o empréstimo ou a operação esteja sujeito a registro, os limites de juros serão impostos pelo Banco Central do Brasil, não havendo necessidade de tutela pela lei.

Estudemos, a seguir, mais detalhadamente, os principais aspectos das regras acima elencadas. Lembramos apenas que as mesmas regras serão aplicadas tanto na

apuração do Imposto de Renda como na apuração da Contribuição Social Sobre o Lucro indistintamente, conforme determina o art. 28 da Lei 9.430/96.

7. Conceito de pessoa vinculada

Preço de transferência, portanto, será aquele "legalmente admitido pelas autoridades fiscais, para fins de dedutibilidade de custo nas importações ou admissibilidade como receita de exportação, aplicável às transações entre pessoas vinculadas, residentes e domiciliadas, uma no Brasil e outra no exterior. Ditas transações envolvem bens, direitos, serviços e juros praticados em ajustes financeiros".⁶ Observe-mos que no Brasil, diferentemente de outros países, os pagamentos de *royalties* foram excluídos destes mecanismos.

Para tanto, devemos estabelecer qual o conceito de pessoa vinculada dado pela lei, para assim sabermos quando as regras de preço de transferência são aplicáveis ou não.

Conforme o art. 23 da Lei 9.430/96 e o art. 2º da IN 38/97, considera-se pessoa estrangeira vinculada à pessoa jurídica estabelecida no Brasil:

- a matriz desta;
- a sua filial ou sucursal;
- pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior que tenha participação no seu capital ou que de qualquer outra forma seja caracterizada como controladora ou coligada na forma da Lei das S/A (art. 243, §§ 1º e 2º da Lei 6.404/76);⁷
- pessoa jurídica domiciliada no exterior, quando esta e a empresa domiciliada no Brasil estiverem sobre controle societário.

6. Série Legis-Empresa 22, "Preço de transferência (*transfer pricing*)".

7. Art. 243 da Lei 6.404/76 (Lei das S/A): "§ 1º. São coligadas as sociedades quando uma participa, com 10% ou mais, do capital da outra, sem controlá-la. § 2º. Considera-se 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".

rio ou administrativo comum ou quando pelo menos 10% do capital social de cada pessoa pertencer a uma mesma pessoa física ou jurídica;

- pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior que seja caracterizada como coligada ou controladora na forma da Lei das S/A de uma empresa qualquer que tenha a empresa brasileira como sua controladora ou coligada, também na forma da Lei das S/A;

- pessoa física ou jurídica que seja associada na forma de consórcio ou condomínio, conforme a lei brasileira, em qualquer empreendimento com a empresa nacional;

- pessoa física residente no exterior que for parente ou afim até o 3º grau, cônjuge ou companheiro⁸ de qualquer de seus diretores ou de seu sócio ou acionista controlador em participação direta ou indireta;

- pessoa física ou jurídica que goze de exclusividade ou que dê exclusividade à empresa nacional como seu agente, distribuidor ou concessionário, para a compra e venda de bens, serviços ou direitos.

Portanto, as empresas que tenham qualquer tipo de vínculo, ainda que remoto, parecem estar abarcadas pelas disposições acima, sendo que qualquer criação societária que imaginemos não será suficiente para escapar às regras estabelecidas. Ademais, nota-se que empresas com laço societário muito tênue ou mesmo nulo (consórcios), bem como pessoas físicas e as pessoas jurídicas relacionadas por contrato de distribuição, são abrangidas pela presente lei, o que a torna extremamente rigorosa, superando inclusive as normas da OECD e dos Estados Unidos da América.

Outro aspecto relevante será a inversão do ônus da prova, não cabendo à autoridade fiscal provar a *transferência de preço* e sim ao contribuinte provar que suas operações atendem aos requisitos legais.

Cabe lembrar aqui, ainda, um grande avanço da Lei 9.430/96 no que se refere à

transferência de preço, que foi a aplicação de suas regras, além de às pessoas vinculadas, a qualquer operação efetuada 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 20%. Estão incluídos aí, portanto, os chamados *paraísos fiscais*. Observe, ainda, que a abrangência deste dispositivo engloba também a pessoa física, impossibilitando, portanto, que os diretores ou acionistas disarcem o lucro das pessoas jurídicas a que estão relacionados.⁹

Cabe observar, ainda, que apesar da eficiência que tal dispositivo tem sob o aspecto de arrecadação, configura manifesta injustiça a aplicação destas mesmas regras à países de baixa tributação que, no entanto, não configuram *paraísos fiscais*, seja porque têm limites próximos dos mínimos estipulados (alíquota máxima inferior a 20%), seja porque têm organização burocrática ou política que não os torne atraentes à realização de investimentos.

8. Bens, serviços e direitos adquiridos no exterior (inclusive em operações de importação)¹⁰

Se *preço de transferência* é o preço máximo dedutível ou o preço mínimo acei-

9. Art. 24, § 2º, da Lei 9.430/96:

"No caso de pessoa física residente no Brasil:

"I — o valor apurado segundo os métodos de que trata o art. 18 será considerado como custo de aquisição para efeito de apuração de ganho de capital na alienação do bem ou direito; (importação)

"II — o preço relativo ao bem ou direito alienado, para efeito de apuração de ganho de capital, será apurado de conformidade com o disposto no art. 19; (exportação)

"III — será considerado como rendimento tributável o preço dos serviços prestados apurado de conformidade com o disposto no art. 19; (exportação)

"IV — serão considerados como rendimento tributável os juros determinados de conformidade com o art. 22" (juros).

10. Chamaremos estas operações, genericamente como *importação*.

8. A definição de companheiro para os fins desta lei está expressa na IN 38/97.

tável em operações entre empresas vinculadas, o art. 18 da Lei 9.430/96 tratou de definir a apuração deste preço nas operações de importação ou de aquisição feitas no exterior.

Nas operações de importação, o fisco procurou definir métodos que assegurassem que o preço praticado com empresa vinculada fosse equivalente ao que seria praticado no mercado ou com qualquer outra empresa que não tivesse nenhum tipo de vínculo com a empresa brasileira, sendo que será desta o ônus de provar a adequação do preço praticado ao exigido.

Desta forma, os custos, despesas e encargos relativos a bens, serviços e direitos, constantes dos documentos de importação ou de aquisição somente serão dedutíveis na determinação do lucro real até o valor que não exceda ao preço de um dos seguintes métodos, sendo que a escolha do método mais favorável poderá ficar a critério do contribuinte:

a) *Método dos Preços Independentes Comparados — PIC*

A *média aritmética* dos preços dos bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, apurados no mercado brasileiro ou de outros países, em operações de compra e venda, em condições de pagamento semelhantes¹¹ e realizadas entre empresas não vinculadas ou entre uma empresa vinculada e uma empresa sem vínculo societário com o comprador ou vendedor.

A apuração do preço médio, tanto neste caso, como no caso do Custo de Produção mais Lucro (CPL), ou Preço de Venda por Atacado ou por Varejo no país de des-

tino (PVA ou PVV) praticados nas exportações, deverão ser feitos com base nos seguintes métodos:

I — publicações ou relatórios oficiais do governo do país comprador ou vendedor ou declaração de autoridade fiscal deste mesmo país, quando com ele o Brasil mantiver acordo para evitar a bitributação ou para intercâmbio de informações;

II — pesquisas efetuadas por empresas 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.

Em ambos os casos, terá de ser observado o método de avaliação internacionalmente adotado e que se refiram ao período de apuração da base de cálculo. Caso os relatórios sejam considerados inidôneos ou inconsistentes, poderão ser desqualificados pelo secretário da Receita Federal.¹²

Se não existir mercado ou produtos idênticos no mercado avaliado, poderão ser utilizados produtos similares para a apuração do preço médio.¹³

Portanto, com este método, se pretende assegurar que o preço de aquisição dos bens será o mesmo ou inferior ao preço que seria praticado em qualquer outra operação do gênero com uma empresa não vinculada.

b) *Método do Preço de Revenda menos lucro — PRL*

Trata-se da *média aritmética* do preço, entre empresas não vinculadas, de revenda dos bens ou direitos adquiridos no exterior durante todo o período de apuração da base de cálculo, menos os descon-

11. O art. 7º da IN 38/97 ainda garante, como critério para comparação dos preços, ajustes relativos a prazos de pagamentos, às quantidades negociadas, à responsabilidade por garantia de funcionamento do bem ou da aplicabilidade do serviço ou direito, à responsabilidade por promoção ou publicidade, à responsabilidade pelos custos de fiscalização da qualidade, aos custos de intermediação nas operações realizadas pelas empresas não vinculadas e ao acondicionamento, ao frete e ao seguro, à natureza física e de conteúdo dos bens.

12. Não poderão ser tomados como base para estes cálculos operações de compra e venda atípicas como liquidações, encerramento de atividades etc.

13. Um bem será considerado similar se tiver a mesma natureza e função do bem original, se ambos puderem substituir-se simultaneamente e se tiverem especificações equivalentes.

tos incondicionais concedidos ao comprador final, os impostos e contribuições incidentes sobre a venda [ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços); ISS (Imposto Sobre Serviços); PIS (Programa de Integração Social)/PASEP (Programa de Assistência Social ao Empregado Público); e COFINS (Contribuição Social sobre o Faturamento)], as comissões e corretagens pagas e as margens de lucro de pelo menos 20% do preço da revenda.

Com isto, se procura garantir que mesmo que o preço de aquisição do bem seja inferior ao do mercado, a empresa brasileira tenha lucro de pelo menos 20%, não sendo possível, portanto, fraudar o fisco com resultados operacionais negativos. Este método só poderá ser usado caso o produto adquirido se destine a revenda, pois se é para consumo próprio não há como realizar o cálculo aqui referido.

c) *Método do Custo de Produção mais lucro — CPL*

Custo médio de produção dos bens no país de origem durante o período da base de cálculo, estipulado na forma do item *a*, *supra*, acrescido dos impostos e taxas cobrados pelo referido país na exportação, mais uma margem de lucro de 20% para a empresa exportadora.

Desta forma, portanto, se limita o lucro da empresa estrangeira a margens razoáveis, evitando que a operação ocasione prejuízo na empresa nacional.

Caso a aquisição seja feita na forma de amortização ou depreciação, a dedutibilidade também será limitada por estes artigos. Observa-se também que se o preço apurado divergir até 5% do preço real, a Receita Federal considerará satisfatória a comprovação.

9. *"Royalties" e assistência técnica, científica, administrativa ou assemelhada*

O § 9º, do art. 18 da Lei 9.430/96 exclui incisivamente a incidência destas re-

gras sobre as operações de *royalties* e assistência técnica, científica, administrativa ou assemelhada, que permanecem subordinadas às condições de dedutibilidade constantes da legislação vigente. Portanto, não se alteraram os limites de dedutibilidade e remissibilidade previstos pela legislação brasileira.¹⁴

10. *Receitas oriundas de exportações para o exterior*¹⁵

Tendo definido as regras para a importação, o legislador tratou de definir as regras para a exportação. Definiu, portanto, que durante o período de apuração da base de cálculo do Imposto de Renda e da CSSL (Contribuição Social Sobre o Lucro), as receitas auferidas nas exportações para pessoas vinculadas estarão sujeitas às disposições do art. 19 da Lei 9.430/96.

Este artigo determina que quando o preço médio praticado pela empresa brasileira com pessoa vinculada for inferior a 90% do preço médio praticado por ela na venda dos mesmos bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares no mercado brasileiro, a receita com a exportação para fins de Imposto de Renda terá de ser definida a um valor maior que o real, transformando a diferença em lucro tributado pelo IR (Imposto de Renda).

Caso a empresa brasileira não atue no mercado interno naquele segmento, usaremos o preço médio praticado por outras empresas similares.

Assim, o fisco tenta se garantir de que o preço praticado pela empresa nacional é o mesmo que seria praticado se a empresa destinatária não fosse vinculada a esta.

14. Atualmente, os limites de dedutibilidade e de remissibilidade para operações de *transferência de tecnologia* entre empresas vinculadas são de 5% sobre a receita total da operação, ou limite inferior a ser definido pela legislação.

15. As operações do presente item serão chamadas, genericamente, de *exportação*, apesar de incluírem operações com bens, serviços ou direitos.

Concluímos, portanto, que precisaremos tomar dois preços para podermos calcular o valor que deverá ser apurado na Declaração de IR: o praticado no Brasil e o preço do produto efetivamente exportado. O preço médio no Brasil será o preço geralmente praticado com pessoas não vinculadas, diminuído dos descontos incondicionais concedidos, o ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias), ISS (Imposto Sobre Serviços), COFINS (Contribuição para a Seguridade Social) e PIS/PASEP. No produto exportado, o preço real praticado será o preço base descontando-se o eventual frete ou seguro de responsabilidade da empresa nacional. Note-se apenas que estes cálculos não levam em conta possíveis incentivos fiscais da empresa nacional, o que pode causar distorções.

Caso o limite de 90% seja ultrapassado, deverá ser feito um cálculo para se obter o valor que deverá ser tomado como receita de exportação para apuração da base de cálculo do Imposto de Renda. Este cálculo será realizado utilizando-se de um dos seguintes métodos, sendo que a escolha do método mais favorável poderá ficar a critério do contribuinte:¹⁶

a) *Método de Preço de Venda nas Exportações — PVEx*

Média aritmética dos preços de venda nas exportações efetuadas pela própria empresa para outros clientes não vinculados, ou por outra exportadora nacional, a clientes não vinculados, de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, durante o mesmo período de apuração da base de cálculo do Imposto de Renda em condições de pagamento semelhantes.¹⁷

16. Caso qualquer dos valores abaixo sejam menores que o valor real da exportação, este prevalecerá em relação àqueles.

17. A IN 38/97 determinou, neste caso, que na apuração de preço médio de produtos idênticos serão aceitos ajustes relacionados a prazo de pagamento, quantidades negociadas, obrigação por garantia de funcionamento do bem ou da aplicabilidade do

Este método é idêntico ao método utilizado no *caput* do art. 19 da Lei 9.430/96 para determinar se aplica-se ou não os métodos de *transferência de preço*.

b) *Método do Preço de Venda no Atacado no país de destino, diminuído do lucro — PVA*

É a média aritmética, durante o período de apuração da base de cálculo, dos preços praticados no mercado atacadista do país de destino, em condições semelhantes e realizadas entre empresas não vinculadas, apurado conforme o disposto no item a do n. 8, *supra*. Esta média deverá ser reduzida dos tributos incluídos no preço, cobrados no país de destino, e da margem de lucro de 15% sobre a venda no atacado.

Desta forma, o fisco procura se garantir que o preço praticado pela empresa nacional seja o mesmo que o praticado internacionalmente em qualquer operação do gênero, pressupondo com isto que a empresa nacional não terá prejuízos com a exportação, já que define um lucro mínimo para a empresa nacional.

c) *Método do Preço de Venda no Varejo no país de destino, diminuído do lucro — PVV*

É a média aritmética, durante o período de apuração da base de cálculo, dos preços praticados no mercado varejista do país de destino, em condições semelhantes e

bem, serviço ou direito, obrigação pela promoção, junto ao público do bem, serviço ou direito, por meio de propaganda e publicidade, obrigação pelos custos de fiscalização de qualidade, do padrão dos serviços e das condições de higiene, custos de intermediação nas operações de compra e venda praticadas pelas empresas não vinculadas, consideradas para efeito de comparação de preços, diferença de custos dos materiais, fretes e seguros além de riscos de crédito. Na apuração de preço médio de produtos similares, além dos ajustes elencados para os produtos idênticos, poderemos considerar também os ajustes relativos a periodicidade de investigação e os preços de *commodities*.

realizadas entre empresas não vinculadas, apurado conforme o disposto no item *a* do n. 8, *supra*. Esta média deverá ser reduzida dos tributos incluídos no preço, cobrados no país de destino, e da margem de lucro de 30% sobre a venda no varejo.

Concluimos, portanto, que este método é idêntico ao anterior, com a diferença de se aplicar ao mercado varejista e prever uma margem de lucro de 30%, o que decorre da diferença natural existente entre os mercados varejistas e atacadistas.

d) Método do Custo de Aquisição ou de Produção mais tributos e lucro — CAP

Média aritmética, durante o período de apuração da base de cálculo, dos custos de aquisição ou de produção dos bens, serviços ou direitos, exportados, acrescidos dos impostos e contribuições cobrados no Brasil e da margem de lucro de 15% sobre o custo total.

Desta forma, se exige que a empresa nacional tenha lucro de no mínimo 15%, impedindo desta forma que haja resultado operacional negativo e, portanto, que haja fraude ao fisco.

e) Conquista de novos mercados

Caso a empresa brasileira tenha a intenção de vender seu produto à empresa vinculada, por um preço reduzido, com o intuito de lançar e promover o produto no mercado estrangeiro, a IN 38/97 determinou que estas operações não estariam submetidas às disposições do *transfer price*.

Este plano de exportação será aprovado, desde que preencha os seguintes requisitos:

- o produto ainda não tenha sido comercializado no país de destino;
- os descontos dados pela empresa brasileira sejam repassados ao consumidor final da empresa estrangeira;
- a duração máxima seja de 12 meses;

- não haja lucro por parte da empresa estrangeira;

- os dados da operação sejam detalhadamente definidos de forma prévia;

- a empresa estrangeira não esteja estabelecida em países com tributação favorecida;

- o referido plano tenha sido previamente aprovado pela Coordenação Geral do Sistema de Tributação — COSIT.

Como forma de amenizar o disposto na Lei 9.430/96, a IN 38/97 determinou que se a empresa nacional provar que apurou lucro líquido, decorrente de receitas com exportações a empresa vinculada, em valor equivalente a no mínimo a 5% do total destas receitas, estará dispensada da comprovação dos *preços de transferência* (art. 33 da IN 38/97).

Determinou também que, se a receita líquida das exportações a empresas vinculadas não exceder a 5% do total da receita líquida no ano-calendário, a empresa também ficará dispensada da comprovação dos *preços de transferência* (art. 34 da IN 38/97).

As disposições presentes nos dois parágrafos anteriores não se aplicam a operações realizadas com países de tributação favorecida. A receita terá ainda a faculdade de impugnar os valores apresentados pela empresa nacional, caso não os considere idôneos.

Caso a diferença entre o preço real e o preço auferido com os métodos acima expostos divergirem em apenas 5% para mais ou para menos, não será exigido nenhum ajuste na Declaração de Imposto de Renda da empresa, não se aplicando as regras de *transferência de preço*¹⁸ (art. 36 da IN 38/97).

II. Alteração dos percentuais

Conforme demonstrado acima, com os métodos aplicáveis à importação ou à ex-

18. A mesma regra se aplicará às importações.

portação, o legislador procurou limitar as margens de lucros das empresas estrangeiras ou garantir lucros mínimos às empresas nacionais.

No entanto, como os setores da economia têm margens de lucros inerentes à sua atividade, eventualmente, alguns setores poderiam ser privilegiados ou prejudicados por estes percentuais. Consciente disto, o art. 20 da Lei 9.430/96 determinou que o Ministro da Fazenda poderia, em situações excepcionais, alterar as margens de lucros fixadas. Tais alterações foram regulamentadas pela Portaria MF 95/97 e IN 38/97.

Desta forma, poderão ser realizadas alterações nos percentuais definidos pelos métodos PRL, CPL, PVA, PVV, e CAP, em caráter geral ou específico, de ofício ou em atendimento a solicitação de entidade de classe representativa do setor da economia, em relação aos bens, a serviços ou direitos objeto de operações por parte das empresas representativas, ou ainda em atendimento à solicitação da própria empresa interessada.

12. Juros praticados em operações internacionais que envolvam empresas vinculadas¹⁹

Os contratos de empréstimo entre pessoas estabelecidas no Brasil e pessoas estabelecidas no exterior são regulamentados e limitados (quanto à taxa de juros) pelo Banco Central do Brasil. No entanto, existem contratos financeiros outros, vinculados ou não a outras operações, que não sofrem estas restrições.

Por isso, o legislador brasileiro se preocupou com a possibilidade de ocorrer distribuição disfarçada de lucros ou *transferência de preços*, através de contratos financeiros celebrados entre pessoas vinculadas.

19. Estas operações serão chamadas genericamente de *juros*.

Portanto, o art. 22 da Lei 9.430/96 determinou que os juros pagos ou creditados a pessoa vinculada, quando decorrentes de contrato não registrado pelo 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 *libor* americana de 6 meses, mais 3% de *spread*, proporcionizados em função do período a que se referirem os juros.

As mesmas disposições se aplicaram aos contratos de mútuo. Os valores em moeda estrangeira serão convertidos em Reais de acordo com a taxa de câmbio para a data final do cálculo dos juros.

Portanto, as diferenças entre o valor real dos juros e o valor estipulado acima serão adicionados à base de cálculo do Imposto de Renda devido pela empresa no Brasil. Nos pagamentos em que o remetente assumo o ônus do imposto, o valor deste não será considerado para efeito do limite de dedutibilidade (§§ do art. 25 da IN 38/97).²⁰

13. Principais diferenças entre as regras brasileiras, as regras da OCDE e as norte-americanas

Apesar de se basear nas normas estabelecidas pela OCDE e nas regras adotadas pelos Estados Unidos da América, para evitar *transfer price*, a lei brasileira diverge destas orientações sobretudo nos seguintes aspectos:

- A Lei 9.430/96, que alinha os casos em que se caracteriza a vinculação entre empresa brasileira e estrangeira, para os efeitos de aplicação do preço de transferência, considera vinculada à pessoa jurídica brasileira, entre outras situações, a pessoa localizada no exterior que com aquela mantenha acordo de exclusividade para a compra e venda de bens, serviços e direi-

20. Qualquer consulta relacionada com os *preços de transferência*, sobre qualquer matéria referente ao assunto, serão solucionadas pela Coordenação-Geral do Sistema de Tributação — COSIT.

tos. Nas regras de *transfer pricing* dispostas na OCDE e nos Estados Unidos, não há previsão para este tipo de vinculação.

- A legislação brasileira é mais flexível no aceitar percentuais pré-fixados de margem de lucro para os métodos de comparação de preços encontrados na Lei 9.430/96, o que não existe na sistemática de *transfer pricing* adotada pelos Estados Unidos e pela OCDE.

- Pelo que dispõe o art. 18, § 9º da Lei 9.430/96, as normas relativas ao preço de transferência aqui alinhadas não se aplicam aos pagamentos de *royalties* e de assistência técnica, científica, administrativa ou assemelhada, o que não ocorre na regulamentação dos Estados Unidos e da OCDE, que incluem tais verbas no controle legal do preço de transferência.

- A legislação brasileira também é mais amena ao permitir que o contribuinte, na utilização dos métodos de comparação, escolha aquele que lhe for mais favorável, sendo que a OCDE e a legislação dos Estados Unidos, contrariamente, dispõem que deve ser eleito o método que apurar o preço mais razoável para a operação, se comparada com aquele praticado entre empresas independentes não vinculadas.

- Estabelece a IN 38/97 a dispensa de comprovação dos preços pelos métodos de comparação estabelecidos em função do lucro líquido apurado pelo contribuinte em relação às receitas de exportação. Essas hipóteses, conhecidas internacionalmente como *safe harbor*, não são empregadas na legislação dos Estados Unidos, nem tampouco recomendadas pela OCDE.

Entretanto, os Estados Unidos adotam dois métodos, não previstos no Brasil, que comparam o lucro líquido das operações praticadas entre partes relacionadas com aquele obtido em face das demais operações da empresa. São eles: (i) PSM (*Profit Split Method*); e (ii) TNPM (*Transaction Net Profit Method*).

- A legislação brasileira prevê uma margem de divergência aceitável entre o

preço real e aquele praticado segundo os métodos colocados à disposição do contribuinte para o cálculo do preço de transferência. As regras norte-americanas e da OCDE não prevêm esta margem. Entretanto, ambos estabelecem o conceito de *arm's length range* que é uma variação dos preços ou da margem de lucro dentro da qual o preço fixado sob análise é aceito e não sofrerá ajustes pelas autoridades.

- Observe-se que, na importação, o método PIC adotado no Brasil é análogo ao CUP, previsto pelos Estados Unidos e pela OCDE; o PRL brasileiro assemelha-se ao PRM e o CPL, fixado na Lei 9.430/96, ao CPM, contido na legislação norte-americana.

- Tais semelhanças também se constataam nos métodos previstos em relação às operações de exportação. Os métodos PVEx, PVA/PVV e o CAP, eleitos pela legislação brasileira, correspondem, respectivamente, aos métodos CUP, RPM e CPM dos Estados Unidos e da OCDE.²¹

- Comente-se, por fim, que a OCDE, bem como os Estados Unidos, como já foi dito, prevêm outros dois métodos não adotados na legislação brasileira, a saber: (i) PSM (*Profit Split Method*); e (ii) TNPM (*Transaction Net Profit Method*).²²

14. Conclusão

A OCDE, entidade das Nações Unidas, no início dos anos 80, divulgou um trabalho, através da Comissão de Assuntos Fiscais, que estabelecia as seguintes características para os esquemas de planejamento tributário internacional, para determinar o que seja *evasão* ou *elisão fiscal*:

- (i) a presença de uma artificialidade negocial indicando que as transações, atos

21. CUP = *Comparable Uncontrolled Price method*; RPM = *Retail Price Method*; CPM = *Cost Plus Method* (método usado tanto nas operações de importação quanto nas de exportações).

22. *Série Legis-Empresa* 22, "Preço de transferência (*transfer pricing*)".

e negócios componentes do esquema analisado não ocorreriam da mesma forma se não houvesse a preocupação com o não pagamento de imposto;

(ii) tais esquemas buscam frequentemente obter vantagens das lacunas da lei ou utilizam-se de institutos jurídicos dando-lhes finalidades distintas daquelas com que foram concebidos; e

(iii) o sigilo transforma-se em componente importante nesses esquemas, notando-se que os chamados consultores tributários oferecem a seus clientes estruturas pré-concebidas de elisão fiscal, impondo aos contribuintes manutenção de sigilo dos fatos pelo maior espaço de tempo possível.²³

Não podemos negar, portanto, que a prática de *transfer price* se encontra nesta nebulosa faixa que vai da *elisão* à *evasão fiscal* (sendo que a primeira é considerada admissível pelo ordenamento e a segunda não).

Neste contexto, o legislador nacional tentou dar fim às controvérsias e extinguir a prática do *transfer price* através da edição da Lei 9.430/96, que atingiu seus objetivos em vários pontos, porém não foi capaz de pôr fim às extensivas possibilidades daquela prática.

Entre as principais características da nossa lei, podemos atentar para o seu caráter eminentemente arrecadatório, pois não respeita os instituídos de direito privado e faz suas próprias criações jurídicas com o fim de aumentar a receita proveniente do Imposto de Renda.

Com este intuito, a Lei 9.430/96, apesar de atingir grande parte de seus objetivos, prejudicou indistintamente os contribuintes, que de boa-fé e sem intenção de sonegar praticavam atos proibidos pela pre-

sente lei. (Caso principalmente dos representantes e distribuidores exclusivos.)

Ademais, a nossa lei só atentou aos aspectos fiscais da *transferência de preço*, não dando importância ao *transfer price* com objetivo de causar evasão de divisas, o que só evidencia sua natureza arrecadatória.

Como demonstra, por exemplo, o caráter sigiloso com que o planejamento tributário se dá, notamos que, apesar dos esforços que realiza, o Direito Tributário ainda está longe de pôr fim à figura da *evasão*, sendo até improvável que se alcance este objetivo algum dia.

Sob o aspecto da *transferência de preço*, serão portanto, necessários muitos esforços e estudos não só a nível nacional, como também a nível internacional para se extinguir completamente a prática do *transfer price*, bem como para possibilitar que as leis envolvendo a matéria complementem seus objetivos com maior abrangência e justiça.

Bibliografia

CANTO, Gilberto de Ulhôa. "Evasão e elisão fiscal. Um tema atual", *Revista de Direito Tributário* 63, São Paulo, 1993.

CASELLA, Paulo de Borba. *Direito Internacional Tributário Brasileiro*, São Paulo, LTr, 1995.

GALLO, Franco. "Elisão, economia de imposto e fraude à lei", *Revista de Direito Tributário* 52, São Paulo, 1990.

HUCK, Hermes Marcelo. *Evasão e Elisão. Rotas Nacionais e Internacionais*, São Paulo, Sarai-va, 1997.

PRICE WATERHOUSE. "Preço de transferência (*transfer pricing*)", São Paulo, Price Waterhouse, *Série Legis-Empresa* 22, out. 1997.

SCHOUERI, Luis Eduardo. "Planejamento fiscal através de acordos de tributação". *Treaty Shoppings*, São Paulo, Ed. RT, 1995.