

Coordenação de
Ricardo Mariz de Oliveira, Luís Eduardo Schoueri
e Fernando Aurelio Zilveti

ISSN 1415-8124

REVISTA

DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL

29



INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

DIALÉTICA

Dos Métodos de Cálculo do Preço de Transferência: uma Análise das Operações envolvendo Intangíveis

Dilson Jatahy Fonseca Neto

Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Resumo

O cálculo do valor de bens intangíveis é extremamente delicado. Deve-se levar em consideração, ainda, que hoje representam parcela relevante do comércio internacional, notadamente entre pessoas de interesse vinculado. Apesar de muitos países apresentarem formas e metodologias para a determinação do Preço de Transferência, estas regras são falhas, especialmente no tocante a estes casos de ativos imateriais. Este artigo busca avaliar a legislação do Brasil sobre a matéria, comparando-a à dos Estados Unidos da América onde couber.

Palavras-chave: intangíveis, preço de transferência, *arm's length*.

Abstract

It's extremely delicate matter to calculate intangible's value. Today, these assets represent a relevant part of international commerce, notably between related parties. Even though many countries present rules and methodology to determine Transfer Price these regulations are not perfect, especially when considering immaterial goods. This article aim's to evaluate Brazilian legislation on the matter, comparing it the American laws, wherever possible.

Keywords: intangibles, transfer price, *arm's length*.

I - Introdução

Segundo dados da ONU, mais de 60% de todo o comércio internacional ocorre entre pessoas jurídicas vinculadas¹. Isso significa que grandes grupos internacionais ou multinacionais têm controle sobre mais da metade da riqueza que circula pelo globo. Por outro lado, como estão presentes em diversos países, podem planejar sua atividade buscando economizar recursos.

A tributação corresponde, em muitas jurisdições, a uma parcela relevante dos custos de operação de qualquer empresa. Noutros países, entretanto, a carga tributária é relativamente pequena, ou mesmo virtualmente inexistente. Como são os próprios grupos econômicos que estabelecem o preço das transações entre suas empresas, denominado Preço de Transferência, sejam elas filiais, sucursais, controladas ou em muitas vezes coligadas, há espaço para transferir a renda de

¹ Cf. PRATS, Francisco Alfredo García. "Los Precios de Transferencia: su tratamiento tributário desde una perspectiva europea". In: TÓRRES, Heleno Taveira (coordenador). *Direito Tributário Internacional aplicado*. V. 3. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 256.

um Estado para outro. Tal atividade, denominada Planejamento Tributário Global, tem como único propósito economizar em tributos.

Imagine que um empresário determine a saída de produto da sua fábrica para sua loja. Naturalmente, não é necessário que haja efetiva circulação de numerário nessa operação, posto que ambas as empresas são de sua propriedade. De qualquer sorte, é necessário registrar tal circulação, emitindo, *e.g.*, a nota fiscal, e registrando um valor para esta mercadoria.

Caso esta operação ocorra no âmbito internacional, fica ainda mais clara a necessidade de que ocorra este registro contábil. Isto é, ainda que não haja outro motivo que não a questão tributária, é necessário estabelecer o *Preço de Transferência*². Somente assim poderão os Estados calcular o *quantum* do imposto de renda. Noutras palavras, o Preço de Transferência tem função de apontar quanto de riqueza foi produzida em cada país.

Este processo de estabelecimento do Preço de Transferência é regulado em muitos países, com o intuito de evitar elisão e evasão tributária. A tendência mundial é o estabelecimento de métodos para se calcular o Preço de Transferência, que de outra forma poderia ser utilizado para transferir a renda de um país para outro. Seguindo o modelo norte-americano, busca-se alcançar o preço de mercado daquela operação.

A aplicação do *arm's length* permite uma divisão “pacífica” dos recursos. Ainda que não seja justa e equânime, os diversos países envolvidos na operação das multinacionais seriam beneficiados³. Claro que esta é uma questão interna, e cada país aplicará o imposto sobre a base que sua própria legislação estabelecer.

Pelo princípio do *arm's length* objetiva-se equiparar aquela transação a uma realizada entre partes não relacionadas. Uma tradução adequada da expressão *arm's length* seria *Princípio de Independência*⁴, *i.e.*, deve-se tomar as entidades vinculadas que se relacionam como se fossem independentes. Ainda noutros termos, o Preço de Transferência, por este princípio, deve refletir uma operação de mercado. O valor calculado pelo *arm's length* é o que seria cobrado caso as pessoas jurídicas envolvidas fossem realmente independentes, não relacionadas.

O cálculo do Preço de Transferência, entretanto, é altamente detalhista, trabalhoso e custoso. Ainda assim, tem grande dificuldade em alcançar valor preciso, especialmente pela necessidade de comparar grande número de dados. A Administração Fiscal - seja nos EUA, seja no Brasil - não tem recursos materiais nem humanos para avaliar cada caso individualmente. Por isso, transfere-se esta responsabilidade para o contribuinte.

Para as empresas, este sistema tem um peso inicial alto. É necessário arcar com os custos de contratar especialistas jurídicos, economistas, realizar relatórios, dentre outras despesas inerentes ao processo. Na prática, porém, ainda têm maior flexibilidade na tributação final do que outros contribuintes.

² Cf. BRAUNER, Yariv. “Value in the eye of the beholder: the valuation of intangibles for transfer pricing purposes”. *Tax Review* v. 28, nº 79, 2008, p. 81. Disponível em: <<http://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/18>>. Acesso em: 22 mar. 2013.

³ Cf. BRAUNER, Yariv. Ob. cit. (nota 2), p. 83.

⁴ Cf. PRATS, Francisco Alfredo García. Ob. cit. (nota 1), p. 263.

Recortando o tema, alcança-se o ponto central: a dificuldade de estabelecer Preço de Transferência de bens intangíveis. Observa-se este ponto específico graças à crescente importância que os bens intangíveis assumem no âmbito das multinacionais e do comércio global. Também porque o nível de sua avaliação é ainda mais impreciso que o dos bens materiais. Imprecisão esta que atinge níveis significativos⁵.

Apesar de não se confundirem, há grande relação entre os bens intangíveis e os direitos autorais. Em verdade, a noção de intangível é gênero da qual os direitos autorais são espécie. Considerando o surgimento - relativamente recente - dos direitos autorais, natural que sua existência seja protegida pelo Direito. Estes bens estão no comércio, e conseqüentemente podem ser transferidos.

Por outro lado, se há possibilidade de se transferir bens intangíveis, é necessário aceitar que se pode atribuir valor e mesmo preço a estes direitos meramente intelectuais. São diversas as formas pelas quais podem ser alienados; é possível criar uma licença de uso ou exploração, ou mesmo a efetiva alienação destes direitos. E para tanto, é necessário saber o seu valor.

Devido à complexidade desta avaliação, normalmente são contratadas grandes consultorias para estabelecer esse valor. Os métodos são complicados, especialmente considerando a referência estatística necessária. Eis que, estas grandes consultorias, possuindo bancos de dados com informações sobre diversas outras empresas, e suas transações, informações às quais poucos têm acesso estão melhor habilitadas para tal avaliação.

Se em alguns casos, estes bens são avaliados por questão de comércio, n'outros, estas avaliações decorrem apenas de necessidades legais. Nestes casos surge ainda maior desconforto para os empresários avaliarem sua propriedade imaterial. Desta forma, é imprescindível uma análise acerca da natureza dos bens imateriais.

II - Intangíveis

A seguir, busca-se realizar uma breve conceituação do que se entende por intangível e quais as proteções garantidas a estes bens.

Intangível é algo que não se pode tocar; que foge ao tato. Intangíveis, portanto, são as coisas meramente intelectuais. Sua própria existência depende da capacidade intelectual dos homens.

A noção de bem intangível existe desde a antiguidade. Entretanto, a proteção legal denominada direitos autorais é bem recente. Assinou-se, por exemplo, em 1883, em Paris⁶ e em 1886, em Berna, duas grandes convenções que buscavam proteger o direito autoral industrial e artístico, respectivamente⁷. Estes direitos foram concebidos tendo natureza de propriedade, sendo o objeto apropriado um bem imaterial (ou intangível)⁸.

⁵ Cf. BRAUNER, Yariv. Ob. cit. (nota 2), p. 82.

⁶ Este acordo foi revisado em Estocolmo, em 1967.

⁷ Cf. SILVEIRA, Newton. *Curso de propriedade industrial*. São Paulo: RT, 1987, p. 37.

⁸ Cf. SILVEIRA, Newton. Ob. cit. (nota 7), p. 12.

Este bem imaterial é apropriado pelo seu criador exatamente por dele ter sua gênese. O simples fato de sua publicação (no sentido de se tornar público) não retira o caráter de criação nem tampouco sua associação. Portanto, sua proteção e administração estão afeitas ao seu proprietário⁹.

O acordo TRIP (*Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*) é hoje elemento central na uniformização dos direitos autorais pelo mundo¹⁰. Também, convém ressaltar que, se é necessário haver proteções para os direitos intelectuais, estas não podem ser demasiadas, sob pena de atrapalhar e engessar a economia e o ímpeto inventivo¹¹.

Existe hoje, no Brasil, a Lei nº 9.279/1996 que regula a propriedade intelectual de natureza industrial. Por ela, os direitos autorais são considerados móveis. Também, consideram-se patenteáveis apenas aquelas invenções que satisfaçam os requisitos de novidade, inventividade e aplicabilidade industrial.

Já a legislação dos Estados Unidos da América (EUA) estabelece, no seu Código Interno de Receitas - na Seção 936, h, 3, B - o seguinte rol exemplificativo:

“The term ‘intangible property’ means any-

(i) patent, invention, formula, process, design, pattern, or know-how;

(ii) copyright, literary, musical, or artistic composition;

(iii) trademark, trade name, or brand name;

(iv) franchise, license, or contract;

(v) method, program, system, procedure, campaign, survey, study, forecast, estimate, customer list, or technical data; or

(vi) any similar item,

which has substantial value independent of the services of any individual.”¹²

É possível perceber que evadiram-se de definir o termo. Antes, exemplificaram diversas situações nas quais podem ser observadas propriedades intangíveis. Também, por fim, incluíram a previsão de que itens similares poderiam ser considerados bens intangíveis. É, por outro lado, com base na alínea (vi) que se afirma ser rol exemplificativo.

A Propriedade Intelectual se torna cada vez mais importante no cenário internacional. Devido aos avanços na comunicação e no processamento de dados, bens intangíveis têm se tornado parte integrante e relevante do comércio e da economia internacional. E não apenas os produtos, serviços e tecnologias decorrentes da propriedade intangível, mas os próprios direitos intelectuais que tem circulado no comércio internacional, muitas vezes na forma de licença¹³, bem como as transações de transferência.

Interessante a definição apresentada por Baruch Lev, de que bens intangíveis são “nonphysical sources of value (claims to future benefits) generated

⁹ Cf. SILVEIRA, Newton. Ob. cit. (nota 7), p. 13.

¹⁰ Cf. DUTFIELD, Graham. *Intellectual property rights, trade and biodiversity*. Londres: Earthscan, 2000, p. 14.

¹¹ Cf. DUTFIELD, Graham. Ob. cit. (nota 10), p. 16.

¹² Disponível em: < <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/936> >. Acesso em: 28 mar. 2013.

¹³ Cf. DUTFIELD, Graham. Ob. cit. (nota 10), p. 10.

by innovation (Discovery), unique organizational designs, or human resource practices”¹⁴. Esta definição ressalta três tipos básicos de intangíveis: inovação, organização e recursos humanos.

Outro aspecto curioso dos intangíveis é que muitas vezes possuem não rivalidade e ganho de escala. Significa dizer que os intangíveis muitas vezes são beneficiados por ter baixíssimo ou mesmo nenhum custo de duplicação. Assim, um programa de computador pode ser copiado, licenciado ou emprestado sem ter qualquer diminuição em seu valor para a pessoa jurídica¹⁵.

Nestes casos, o ganho de escala é um referencial. Pela simples forma de duplicação, o retorno com o aumento da escala é progressivo, ao contrário do que acontece com os bens tangíveis¹⁶. Isso é, uma cadeira, uma vez vendida, não pertence mais ao vendedor. Igualmente, a produção de dez cadeiras não tem o mesmo lucro que a produção de cinco.

Por outro lado, às vezes os intangíveis desenvolvidos não podem ser protegidos facilmente. Atualmente pode-se exemplificar como as músicas - facilmente baixadas de graça em qualquer *site* da internet por meio da pirataria. Ainda que legalmente protegidas, as empresas gastam muito dinheiro para tentar proteger sua propriedade intelectual de cópias ilegais.

Outro problema dos intangíveis é o fato de que seu desenvolvimento é arriscado. Em muitos casos, como na indústria farmacêutica, gasta-se muito em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D), sem qualquer resultado. Ou, havendo resultado, eventualmente a sua proteção legal expira, tornando propriedade pública.

Noutros casos, o intangível dificilmente poderá ser transferido ou sequer será considerado patrimônio da empresa. É o caso da coesão de uma equipe de trabalho num escritório. Trata-se de um intangível que certamente não está declarado nos livros de contabilidade da empresa.

Caso determinado escritório tenha altíssima produtividade graças ao entrosamento de seus membros, pode-se dizer que este é um bem intangível. Na situação deste escritório ser vendido ou transferido, ou mesmo a entrada ou a saída de um membro pode destruir esta harmonia. Assim, a transferência se configura como impossível¹⁷.

Outro dos grandes problemas dos intangíveis é o fato de que muitas vezes eles estão demasiado próximos ou mesmo inseparavelmente ligados a bens tangíveis ou a ativos financeiros para criar o valor. Assim, mesmo que o intangível possa ser separado, a soma dos valores individuais dos bens tangível e intangível é inferior ao valor original combinado¹⁸. É o caso, por exemplo, de um equipa-

¹⁴ Numa tradução lata, “fontes imateriais de valor (direitos sobre benefícios futuros) gerados pela inovação (Descoberta), desenhos organizacionais únicos, ou recurso humanos práticos” (LEV, Baruch. *Intangibles: management, measurement and reporting* 22 (2001), *apud* BRAUNER, Yariv. “Value in the eye of the beholder: the valuation of intangibles for transfer pricing purposes”. *Tax Review* v. 28, nº 79, 2008, p. 89. Disponível em: <<http://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/18>>. Acesso em: 22 mar. 2013).

¹⁵ Cf. BRAUNER, Yariv. Ob. cit. (nota 2), p. 89.

¹⁶ Cf. BRAUNER, Yariv. Ob. cit. (nota 2), p. 90.

¹⁷ Cf. BRAUNER, Yariv. Ob. cit. (nota 2), p. 90.

¹⁸ *Idem*.

mento médico avançadíssimo, que possui *software* desenvolvido especificamente para seu funcionamento. O programa (intangível) terá grande valor, mas apenas enquanto associado ao *hardware* (tangível).

Não é o mesmo caso, por exemplo, do *software* de prateleira que já vem instalado no computador. O programa terá seu valor independente do seu suporte físico. E este valor pode ser averiguado em qualquer loja ou mesmo na internet.

Considerados como Direitos de Propriedade Intelectual, o *software* é um (ou vários) programa(s) que contém comandos ou procedimentos operacionais para que um computador ou aparelho similar realize determinadas tarefas. Eis que pode estar contido num suporte físico, como um CD, DVD ou congêneres, bem como pode vir junto com o próprio aparelho, ou ainda, transcrito em papel. Ainda assim, não se confunde com o seu suporte físico, podendo ser transmitido pela internet ou por outro meio digital. É, essencialmente, um bem imaterial, uma ideia, uma invenção ou uma criação, que pode ter padronização universal ou ser desenvolvido com o sentido de adequar-se às necessidades individuais¹⁹.

É imprescindível definir o proprietário de um determinado bem, posto que este fará jus ao recebimento da renda, sendo também o contribuinte. Entretanto, quanto a intangíveis, isso pode ser bastante complicado, pois diversas pessoas (jurídicas ou não) podem se beneficiar ou possuir direitos sobre estes bens concomitantemente. Diferente do bem material, que só pode ser possuído por um - ou um grupo limitado de - indivíduo(s) por vez. Assim, por exemplo, um computador só pode estar num local por vez, fazendo um número limitado de tarefas. Já um programa de computador pode estar em todos os aparelhos do mundo, simultaneamente.

A legislação resolve a questão afirmando que é proprietário apenas aquele que possui o registro legal²⁰ frente aos órgãos públicos. Caso não haja registro, o desenvolvedor do intangível é quem tem direitos sobre ele. Os outros teriam meros direitos de limitação contra o proprietário. Assim, uma licença não recairia sobre o bem intangível, mas sim, seria oponível contra o proprietário (ou outros indivíduos).

Geralmente é difícil estabelecer o valor de certos intangíveis porque, via de regra, eles não são vendidos. Entretanto, tal comportamento não é absoluto. Nem todo intangível é desenvolvido por multinacionais, bem como às vezes é mais lucrativo vender ou licenciar do que começar a empreender com determinado intangível.

Exemplos de critérios a serem considerados quando se definir entre investir e licenciar são: (i) o tamanho do mercado consumidor; (ii) a dificuldade do investimento *versus* a renda do licenciamento; e (iii) momento da empresa, como ter ou não capital disponível etc.²¹

¹⁹ Cf. CALIENDO, Paulo. "Da tributação do *software* nos acordos internacionais contra a dupla tributação da renda". In: TÓRRES, Heleno Taveira (coordenador). *Direito Tributário Internacional aplicado*. V. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 391.

²⁰ Cf. BRAUNER, Yariv. Ob. cit. (nota 2), p. 125.

²¹ *Idem*.

III - Preço de Transferência

Preço de Transferência é o valor estabelecido, em pecúnia, para a transferência de bens ou serviços entre pessoas relacionadas. Por natureza, a noção de Preço de Transferência não se aplica às operações realizadas entre entidades não relacionadas. Isso é, caso as empresas não tenham vínculo entre si, trata-se de preço de mercado, e o Estado nada pode fazer. Se uma das empresas conseguiu um bom negócio, foge à competência da Administração Fiscal regular esta transação.

O art. 23 da Lei nº 9.430/1996, em associação ao art. 243 da Lei nº 6.404/1976, estabelece em seus incisos quais seriam as pessoas vinculadas. Dentre estas, ressaltam-se a matriz, a filial e a sucursal, quando domiciliadas no exterior; a pessoa física ou jurídica domiciliada no exterior que se configure como controladora ou coligada; ou ainda a pessoa jurídica domiciliada no exterior que se configure como controlada e coligada. Também são consideradas relacionadas as pessoas jurídicas brasileira e aquela domiciliada no exterior que seja administrada ou controlada ou ainda quando ao menos 10% de cada uma destas pertencer à mesma pessoa física ou jurídica. Em suma, analisando os demais casos apresentados na legislação, percebe-se que a relação necessária para que se configure o vínculo é relativamente tênue.

De qualquer sorte, mesmo em operações dentro de mesmo grupo econômico ou entre empresas relacionadas é necessário estabelecer um valor para o lançamento contábil. Isto é, um preço referente à saída do produto de um estabelecimento e da entrada n'outro. Considerando o fato de que as pessoas envolvidas estão sediadas em jurisdições diversas, esta exigência se torna ainda mais forte. Somente assim será possível calcular o rendimento de cada uma na transação, para que cada país possa tributar a sua respectiva renda²².

Isto significa que a função mais elementar do Preço de Transferência nada mais é do que descobrir qual o verdadeiro lucro auferido em cada país. Por outro lado, deve-se ler Preço de Transferência, segundo Schoueri, como “o valor cobrado por uma empresa na venda ou transferência de bens, serviços ou propriedade intangível, a empresa a ela relacionada”²³. Isto é, observando que ambas as empresas são relacionadas, o preço estabelecido pode se afastar do valor de mercado, do valor que seria ajustado entre empresas não relacionadas.

Como forma de evitar a evasão tributária, os países estabeleceram regras para alcançar este Preço de Transferência de forma adequada. Alguns, como os EUA, são extremamente agressivos em suas normas. Outros têm pouca ou mesmo nenhuma previsão sobre o tema. Os países europeus, em sua maioria, são moderados. Estabelecem regulação meramente defensiva, buscando evitar a perda de arrecadação tributária que acreditam lhes corresponder na divisão internacional da renda criada pela operação²⁴.

²² Cf. PRATS, Francisco Alfredo García. Ob. cit. (nota 1), p. 259.

²³ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. “Aplicação concomitante da legislação de preços de transferência e da tributação do lucro em bases mundiais”. In: TÓRRES, Heleno Taveira (coordenador). *Direito Tributário Internacional aplicado*. V. 3. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 241.

²⁴ Cf. PRATS, Francisco Alfredo García. Ob. cit. (nota 1), p. 258.

Considerando que o Preço de Transferência busca alcançar o preço de mercado, pode-se afirmar que o preço não seria efetivamente calculado, mas antes observado da realidade. Entretanto, é muito difícil encontrar uma operação que se encaixe perfeitamente. Deve-se contentar em encontrar o melhor comparável disponível²⁵. Como alternativa à dificuldade em encontrar uma operação comparável ideal, os especialistas buscam diversas comparáveis. Assim é possível estabelecer uma série de resultados razoáveis²⁶.

Muitos países não apenas adotam a noção de Preço de Transferência para evitar a evasão e a elisão, como também adotaram, em sua maioria, o princípio do *arm's length*. De qualquer sorte, o objetivo do Preço de Transferência é dividir o imposto que será cobrado por ambas as jurisdições. Se estes países (que se utilizam do mesmo sistema) comesçassem a se ajudar, fornecendo informações, eles poderiam estabelecer o Preço de Transferência em conjunto. Um dos grandes problemas é que, mesmo entre as Administrações Fiscais dos Estados, há divergência no valor alcançado²⁷.

Pelo *arm's length* busca-se a tributação das relações entre entidades relacionadas como se não o fossem. Ainda, busca-se alcançar um Preço de Transferência adequado para o mercado naquelas circunstâncias, com o fito de tributar a operação com a base de cálculo justa²⁸.

Enfim, é relevante novamente destacar, que o Preço de Transferência busca equalizar as operações entre empresas relacionadas ao valor de mercado das referidas operações (*arm's length*). Se não houver esta equiparação, não há concordância com os princípios constitucionais da capacidade contributiva e da igualdade, e seu sentido é perdido²⁹.

Desta forma, ao se utilizar de regras de Preço de Transferência para *avaliar* o adequado preço de mercado da transação entre pessoas relacionadas - ao invés do preço declarado - busca-se estimar com precisão a riqueza realizada pela pessoa jurídica. Tal posicionamento busca adequar-se às regras do Imposto de Renda, bem como ao princípio da capacidade contributiva, no sentido de tributar igualmente os contribuintes, independentemente de operarem com pessoas relacionadas ou no mercado³⁰.

III.1 - Legislação dos EUA

Apesar de possuir um complexo gigantesco de normas tributárias, a legislação norte-americana, curiosamente, estabelece como sua única regra quanto aos preços de transferências a Seção nº 482 do Código Interno de Receitas³¹. Através

²⁵ Cf. BRAUNER, Yariv. Ob. cit. (nota 2), p. 105.

²⁶ Cf. BRAUNER, Yariv. Ob. cit. (nota 2), p. 105.

²⁷ Cf. BRAUNER, Yariv. Ob. cit. (nota 2), p. 105.

²⁸ Cf. BRAUNER, Yariv. Ob. cit. (nota 2), p. 105.

²⁹ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. Ob. cit. (nota 23), p. 244.

³⁰ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. Ob. cit. (nota 23), p. 243.

³¹ Cf. ROSENBLOOM, H. David. "O regime americano sobre preços de transferência: *benchmarks e hallmarks*". In: TÓRRES, Heleno Taveira (coordenador). *Direito Tributário Internacional aplicado*. V. 3. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 328.

dela o legislador concedeu à autoridade do Secretário do Tesouro poder de distribuir, dividir ou alocar os créditos, as receitas, as verbas e as deduções dos contribuintes quando houver operações entre duas ou mais organizações, negócios ou empresas possuídas direta ou indiretamente pelo mesmo interesse. Convém observar ainda que a norma se refere apenas à autoridade, ignorando o contribuinte.

Os EUA tentavam fiscalizar, conseqüentemente, de forma individual, os casos de operações entre empresas relacionadas no âmbito internacional por meio de agentes da Administração Fiscal. Entretanto, sofriam com a falta de recursos para tal esforço. Por isso, transferiram a responsabilidade, em meados da década de 1990, para o contribuinte. Agora é este quem tem a responsabilidade de apresentar seus cálculos e defendê-los perante o Fisco³².

Passando-se a responsabilidade para o contribuinte, lhes são concedidas duas vantagens³³: (i) a independência entre o preço praticado e o preço informado; e (ii) a possibilidade de utilizar-se do meio que achar mais adequado na avaliação do preço a ser informado, desde que se corrobore com o princípio do *arm's length*. Noutras palavras, (i) as empresas podem praticar o preço que desejarem, desde que declarem tributariamente um valor adequado como Preço de Transferência, *i.e.*, preço praticado e preço informado são coisas distintas.

Por outro lado, (ii) considerando que cabe ao contribuinte avaliar o preço justo de transferência, pode se utilizar de qualquer método que deseje, ou mesmo um plexo de métodos. Posteriormente, deverá defender perante o Fisco o método escolhido. Deve demonstrar por quais razões aquele é o método mais adequado ao caso concreto.

Portanto, a legislação americana atual permite ao contribuinte escolher o método que considere mais adequado ao caso concreto, não havendo hierarquia entre os métodos apresentados, ou mesmo outro que considere mais justo. Entretanto, está obrigado a defender seus cálculos, *i.e.*, explicar porque sua metodologia é a mais apropriada³⁴.

III.2 - Legislação pátria

Apesar de aceitar o vetor internacional de imposição de normas para o preço de transferência, o Brasil simplificou e acrescentou algumas regras próprias às recomendações da OCDE³⁵. É possível registrar, *e.g.*, a Lei nº 9.430/1996. Esta lei trata de diversas normas de Preço de Transferência, especialmente a partir dos arts. 18 (importação) e 19 (exportação). Estes artigos apresentam, em incisos de seu *caput*, as normas de metodologia a ser utilizada.

Interessa observar, entretanto, o art. 18, parágrafo 4º. Segundo este parágrafo, havendo cálculo por mais de um método, o preço de transferência será o

³² Cf. ROSENBLUM, H. David. Ob. cit. (nota 31), p. 335.

³³ Cf. ROSENBLUM, H. David. Ob. cit. (nota 31), p. 338.

³⁴ Cf. BRAUNER, Yariv. Ob. cit. (nota 2), p. 97.

³⁵ Cf. NEDER, Marcos Vinicius. "A aplicação do método PRL (20) de preços de transferência nas importações promovidas pela indústria de medicamentos". In: TÓRRES, Heleno Taveira (coordenador). *Direito Tributário Internacional aplicado*. V. 5. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 321.

maior alcançado, no caso de importação ou aquisição de produtos de origem estrangeira. Já o parágrafo 5º do mesmo artigo esclarece que se o preço observado for superior ao preço pago, esta compensação será limitada ao preço efetivamente pago na importação.

Mais à frente, o art. 18, parágrafo 9º determina que este artigo não se aplica aos *royalties*, ou determinadas espécies de serviços. Por outro lado, o parágrafo 10, II, afirma que deve ser utilizado como comparável do PIC apenas operações realizadas no mesmo ano calendário. Se não houver, conforme disposto no parágrafo 11, então poderão ser utilizadas operações do ano imediatamente anterior.

Ainda no art. 18, o parágrafo 12 traz norma delicada. Estabelece margens de lucro predeterminadas para o caso de PRL (que será discutido à diante), criando uma presunção relativa. Os bens intangíveis, por exclusão, estariam regidos pelo inciso III deste parágrafo. Ou seja, sofreriam uma margem prefixada de 20%. Importante ainda registrar que o parágrafo 15 deste mesmo artigo estabelece que, em se utilizando o método PRL, o preço final é aquele no qual é dada baixa do estoque (venda), e sobre este montante que será deduzida as margens postas pelo parágrafo 12.

Se o art. 18 trata da entrada de produtos estrangeiros em solos brasileiros, o artigo seguinte legisla sobre a exportação. O art. 19 estabelece que, sendo o preço de transferência estabelecido inferior a 90% do preço médio praticado no mercado brasileiro, em operação comparável, a Administração Fiscal poderá arbitrar novo valor, considerado mais adequado. Isso é, caso o exportador declare preço menor do que 90% do preço praticado no mercado, a administração poderá invalidar sua declaração, desenvolvendo uma nova com base nos dados que possuir.

Em sentido inverso, mas pela mesma lógica do parágrafo 5º do artigo anterior, o parágrafo 5º do art. 19 estabelece que, caso seja calculado por mais de um método, deve-se utilizar o menor valor alcançado. Isso ocorre porque muitas vezes são utilizados mais de um método concomitantemente para dar maior segurança à avaliação. Entretanto, também é normal que avaliações por métodos diversos apresentem resultados também diferentes. Já o parágrafo 6º determina que, se o valor alcançado for menor do que aqueles declarados nos documentos de exportação, estes (mais altos) prevalecem.

Dando continuidade à leitura da Lei, encontramos uma obrigação acessória peculiar e extremamente onerosa ao contribuinte. Segundo o art. 20-A a partir do exercício do ano de 2012 o contribuinte deverá optar por um dos métodos apresentados nos arts. 18 e 19. Este método escolhido será utilizado pelo contribuinte por todo aquele ano-calendário sem possibilidade de alteração após o início do procedimento fiscal. Mais, caso a fiscalização desclassifique o método escolhido (em ato motivado, segundo o parágrafo 1º deste artigo), o contribuinte deverá optar por novo método no prazo de 30 dias.

Continua o legislador estabelecendo, no parágrafo 2º do art. 20-A, uma penalidade. São requisitos: o contribuinte não apresente documentos que comprovem os seus cálculos - *i.e.*, a necessidade de defender o método escolhido; apresente documentos insuficientes ou imprestáveis; ou ainda deixe de apresentar elementos requeridos pela autoridade fiscal. A consequência é que esta autoridade poderá arbitrar o preço de transferência com base nos documentos que

possuir e pelo método que entender mais adequado, substituindo assim o cálculo apresentado pelo contribuinte.

Registra-se que o art. 20-B parece aprofundar a norma do *caput* do artigo anterior. Determina esta norma que o método deve ser consistente durante todo o ano, de acordo com o bem, serviço ou direito.

O art. 21, por sua vez, determina a forma de se apurar os preços médios referidos nos arts. 18 e 19, preços médios estes que serão as bases pelas quais serão calculados os preços de transferência. Segundo o indigitado artigo, em seu inciso I, o preço médio será calculado de acordo com relatórios ou publicações oficiais, ou ainda declaração da autoridade fiscal do país do comprador ou vendedor. Isto somente se o Brasil possuir acordo para evitar bitributação ou de intercâmbio de informações com aquele país. Já o inciso II permite a utilização de publicação ou relatório de empresa especializada, de notório conhecimento técnico, bem como exige a apresentação dos setores, do período e das empresas analisadas.

Essencial, ainda, registrar o parágrafo 2º deste art. 21. Este parágrafo altera completamente a estrutura criada pelas normas precedentes. Segundo este parágrafo, é possível a aplicação de margens de lucro diversa daquelas explicitadas pelo arts. 18 e 19, desde que o contribuinte as comprove, com base nos mesmos requisitos deste artigo.

Convém, por fim, registrar a existência da Instrução Normativa RFB nº 1.312, de 28 de dezembro de 2012. Esta dispõe sobre o preço de transferência nas operações realizadas entre pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas ou residentes no Brasil com pessoas físicas ou jurídicas consideradas vinculadas e residentes ou domiciliadas no exterior. Noutras palavras, regulamenta a legislação *supra* explanada.

Imprescindível a análise feita acima no contexto deste artigo. Primeiro, porque aponta ao fato de que no Brasil os métodos de cálculo do Preço de Transferência são taxativos. Somente os casos apresentados na Lei podem ser utilizados.

A dois, esclarece que, apesar de haver presunção de margem de lucro, esta é relativa. Assim, é possível, desde que o contribuinte comprove com dados irrefutáveis, que o lucro auferido nas operações foi maior ou menor do que as percentagens previstas. Por fim, registra que, apesar de haver comentários à possibilidade de importar ou exportar “direitos”, junto com bens ou serviços, percebe-se que não há regra expressa sobre o tema.

IV - As Dificuldades dos Métodos

Apesar de décadas de experiência, ainda não foi desenvolvido um método ideal para se calcular o Preço de Transferência. Em verdade, não há sequer um consenso com relação a qual o propósito que deve ser buscado quando se está avaliando um bem a ser transferido, se o preço de mercado ou a justa divisão das rendas entre as jurisdições. Mais complicada fica esta situação quando se observa do ponto de vista de bens intangíveis.

Há que se observar que as regras de Preço de Transferência não são ideais no cálculo do preço de mercado. Por exemplo, no estabelecimento do preço real de operação entre entidades não relacionadas, leva-se em consideração diversos

fatores, como a possibilidade de substituição do bem. Na observação do Preço de Transferência estes fatores não são, em sua maioria, simplesmente ignorados.

Além disso, são diversos os métodos ofertados pela legislação. Cada qual com suas peculiaridades e fraquezas, conforme será analisado a seguir. E a legislação pátria, em seus arts. 18 e 19 da Lei nº 9.430/1996, não estabelece prioridades na aplicação destes métodos, determinando apenas que deve ser utilizado um deles.

Deve-se sempre levar em consideração que diversas situações estão aglomeradas sob o signo de bens intangíveis. Desta forma, ter-se-ão casos completamente díspares, aos quais não se pode aplicar a mesma regra ou método. Quanto ao Preço de Transferência, portanto, convém buscar sempre o método que ofereça características mais apropriadas ao caso concreto, resolvendo máximo de dificuldades.

Pode ocorrer, ainda, de que o preço justo do ativo varie no tempo. Isto é, pode-se supervalorizar determinado bem na primeira avaliação, e posteriormente perceber que o mercado não está adaptado àquele preço. Ou, pelo simples decurso do tempo, tal intangível pode perder valor, pelo próprio avanço tecnológico.

Mas também é possível subvalorizar determinado ativo. Pode ocorrer que as previsões iniciais sejam tímidas, mas o intangível venha a atingir sucesso. Assim, é necessário estar sempre reavaliando o preço de transferência, especialmente em se considerando intangíveis, que se tornam obsoletos ou que podem explodir em sucesso.

Há 20 anos o governo dos EUA publicou um estudo no qual admite que pelo menos metade dos casos de Preço de Transferência discutidos em tribunais se referiam a bens intangíveis. Desde então, esta proporção apenas aumentou³⁶. Demonstra-se, assim, não apenas a crescente importância dos bens intangíveis no comércio internacional, como também a exponencial dificuldade de estabelecer adequadamente seus preços nas relações entre empresas vinculadas.

IV.1 - Preços Independentes Comparados (PIC) ou Preço de Venda nas Exportações (PVEx)

Conhecido em inglês pela sigla CUP (*Comparable Unrelated Parties*), o PIC/PVEx³⁷ é o método mais próximo ao ideal do *arm's length*. Seu funcionamento é simples: busca operações realizadas no mercado entre entidades não relacionadas envolvendo circunstâncias mais próximas possíveis. Posteriormente, utilizam-se estas operações encontradas, as comparáveis, para estabelecer o justo Preço de Transferência dentro da organização vinculada.

Diz-se ser o método mais próximo ao ideal do *arm's length* exatamente porque a essência das regras do Preço de Transferência é fazer com que as empresas se utilizem de valores “justos”, valores adequados ao mercado. Consequentemente

³⁶ Cf. BRAUNER, Yariv. Ob. cit. (nota 2), p. 154.

³⁷ Por simplicidade, será usada apenas a sigla PIC para se referir a este método.

te, basear-se em operações de mercado é o mais lógico. São diversas as vantagens dessa metodologia.

Um exemplo ocorre quando há um mercado amplo e consolidado. Nesta situação existem diversas operações comparáveis. Portanto, é fácil de ser calculado. Ainda, é possível recalcular periodicamente o produto, sempre que houver algum dado novo. Por fim, o próprio resultado é mais próximo do desejado, *i.e.*, um valor exato.

Entretanto, apresenta também diversas dificuldades. Primeiro, a abordagem é extremamente dependente do mercado. Quando este não se estabeleceu adequadamente, ou caso o produto seja demasiado específico, não há dados suficientes para a comparação³⁸. E isto acontece muitas vezes com intangíveis.

Ainda, as multinacionais optam por uma estrutura hierárquica exatamente por uma questão de sinergia. Compará-las às empresas que se utilizam do mercado não é propriamente justo de seu ponto de vista. Esse ponto deveria ser levado em consideração no estabelecimento dos preços praticados dentro de sua estrutura. Ainda que a renda deva ser transferida de forma justa, é natural que empresas associadas se deem descontos, ou cobrem preços inferiores.

Apresenta-se legislado no Brasil pelos arts. 18, I, e 19, parágrafo 3º, I, da Lei nº 9.430/1996. Ambos têm uma leitura bastante similar, isto é, a média aritmética dos preços observados no mesmo período, em condições de pagamentos similar, por bens, serviços ou direitos similares, em operações da mesma empresa ou por terceiros. Trata-se, portanto, de regra idêntica ao próprio conceito.

Este método ainda apresenta outras fragilidades. Por exemplo, uma única operação não é uma comparável segura. Assim, a legislação pátria estabeleceu formas adequadas para se obter estas comparáveis. Como visto acima, é necessário que a operação esteja em publicação ou relatório oficial ou de empresa especializada de notório conhecimento técnico.

Ainda, segundo o art. 18, parágrafo 10, é necessário que as comparáveis representem pelo menos 5% do valor das operações sujeitas ao Preço de Transferência daquela empresa naquele período. Dessa forma, há uma segurança da probabilidade daquele valor como sendo o verdadeiro preço de mercado. Portanto, apesar de ser possível apresentar apenas uma comparável, este método é, em essência, uma comparação estatística.

Os EUA tem previsão similar, determinando primeiro que deve ser feito um apanhado estatístico de operações similares. Num segundo momento, deve ser utilizada no cálculo a média ponderada apenas da seção que reflita os 25% até 75% dos casos. Exclui-se, portanto, do cálculo os casos excepcionalmente caros ou demasiado baratos³⁹.

Nos EUA há, ainda, uma previsão no sentido de que caso seja observada uma operação comparável com características idênticas, não há mais que se incomodar o contribuinte. Ainda que a operação não seja exata, pode-se utilizá-la,

³⁸ Cf. BRAUNER, Yariv. Ob. cit. (nota 2), p. 106.

³⁹ Cf. BRAUNER, Yariv. Ob. cit. (nota 2), p. 97.

adequando a alguns requisitos. Um destes requisitos é não ter seu valor variado em mais de 20%⁴⁰.

Como se não bastassem estas dificuldades, os intangíveis apresentam especialidades próprias. A primeira é que são únicos; é difícil encontrar outro intangível idêntico - ou mesmo similar em muitos casos - para se comparar o preço. Como retificação, costuma-se buscar uma *transação* similar, *i.e.*, uma operação que se assemelhe quanto aos direitos transferidos, o prazo, previsão de retorno, natureza dos ativos, risco do mercado etc.⁴¹

Outra grande dificuldade da utilização da PIC, quando se tratando de intangíveis, é o fato de que estes muitas vezes estão associados a bens tangíveis. Como já abordado anteriormente, a separação do valor dos intangíveis associados a bens materiais pode ser extremamente complicada. Assim, mesmo que se alcance o valor de mercado do produto total, é difícil avaliar o valor agregado pelo intangível.

Mas, poucas vezes os intangíveis são transferidos em transações isoladas. Normalmente, o são em operações de aquisição completa do empreendimento⁴². Demonstra-se, mais uma vez, dificuldade em apreciar o valor isolado do intangível.

Ainda, sua aplicação naqueles casos mais complicados é perdida. Graças à unicidade, complexidade ou sofisticação do intangível, é difícil encontrar comparáveis adequados. E, portanto, a precisão do método é perdida. Ou, ainda que existam comparáveis, as empresas costumam ser extremamente zelosas quanto a seus dados.

Em suma, a falta de informação - ou de acesso a ela - torna duvidosa a utilidade deste método, pelo menos quando se refere a bens intangíveis⁴³.

IV.2 - Preço de Revenda menos Lucro (PRL), Preço de Venda por Atacado no país de destino, diminuído do lucro (PVA) ou ainda Preço de Venda a Varejo no país de destino, diminuído do lucro (PVV)

São três “nomes” dados pela legislação brasileira ao mesmo método. Tomando por exemplo duas empresas, “A” e “B”, pessoas jurídicas vinculadas e residentes em jurisdições diversas. “A” exporta para “B” determinado produto, e “B”, em seguida, revende em seu país. Ora, mesmo sendo vinculadas, estas empresas deverão declarar um valor para a operação, a título de legislação aduaneira. Independente deste preço declarado - que pode ser muito vantajoso para uma das partes -, existe uma margem “normal”, “esperada” de lucro para “B”. Assim, para encontrar o Preço de Transferência adequado basta subtrair do preço obtido por “B”, em seu país, a sua margem de lucro.

⁴⁰ Cf. BRAUNER, Yariv. Ob. cit. (nota 2), p. 97.

⁴¹ Cf. BRAUNER, Yariv. Ob. cit. (nota 2), p. 129-131.

⁴² *Idem.*

⁴³ *Idem.*

Os nomes dados dependem de ser a empresa brasileira “A”⁴⁴ ou “B”⁴⁵. Entretanto, trata-se do mesmo sistema de cálculo. As vantagens e fraquezas independem do nome dado ao método.

Por óbvio, algumas vezes este método apresentará valores idênticos aos de mercado. Entretanto, isto é uma mera coincidência. São valores que não se confundem, mesmo que se igualem. A avaliação realizada por meio de PRL é aproximada, uma presunção criada com base em estatística e probabilidade. Assim, o primeiro defeito é identificado de imediato: caso o produto oferte lucros exacerbatantes, ou diminutos, este método não o observará, tornando-se inadequado.

Está disposto no Brasil pelos arts. 18, II⁴⁶, e 19, parágrafo 3º, II e III da Lei nº 9.430/1996. Relevante anotar que esta norma predetermina margens de lucro para cada tipo de operação. A Administração Fiscal estabelece ser margem de lucro adequada para a venda em atacado (PVA) um índice de 15%. Já a venda em varejo (PVV), talvez pela menor quantidade, contém um índice maior: 30%. No caso de a empresa *adquirente* ser brasileira, o legislador estabeleceu percentuais mais específicos, tomando por base o setor da economia. Assim, o PRL sofre imposição de margens de lucro de 40, 30 e 20%, esta última genérica.

Por diversos motivos, este método parece ser o mais justo. Primeiro, a informação pertence ao próprio contribuinte, facilitando sua atividade de cálculo do Preço de Transferência. Também, considerando a permissão de se provar margens diferentes, não há ficção nem presunção absoluta, mas sim relativa. E esta não é ofensiva ao sistema tributário.

Entretanto, no caso de intangíveis, este sistema se complica ainda mais. Numa grande parcela das ocasiões, é impossível calcular - ao menos com precisão - a renda que será obtida daquele ativo. Primeiro porque muitos intangíveis possuem grande valor, mas não produzem renda, atuando, isso sim, como catalisadores. Por outro lado, por uma questão de planejamento tributário, é normal transferi-los antes mesmo que comecem a produzir qualquer renda. Desta forma, seu valor será muito inferior ao que poderá atingir⁴⁷.

Neste caso, de transferência prematura, é necessário estabelecer uma previsão do lucro. Qualquer previsão, quando se trata de intangíveis, é muito delicada. É extremamente difícil de prever com precisão a renda que será produzida por um intangível. Perde-se, assim, boa parte da vantagem deste método.

Também é extremamente difícil avaliar, por este método, intangíveis que não produzem renda diretamente. Alguns funcionam como meros conectores de uma empresa. Exemplifica-se com o sistema organizacional, o plano de carreira, os princípios etc.

⁴⁴ Caso em que será denominado “Preço de venda por atacado no país de destino, diminuído do lucro” - PVA, ou “Preço de venda a varejo no país de destino, diminuído do lucro” - PVV, de acordo com o tipo de operação realizada por “B”, se atacado ou varejo, respectivamente.

⁴⁵ Caso em que seria denominado “Preço de revenda menos lucro” - PRL. Registra-se que, por simplificação, de agora em diante será utilizada apenas esta sigla para se referir ao método.

⁴⁶ Com redação dada pela Lei nº 12.715, de 2012.

⁴⁷ Cf. BRAUNER, Yariv. Ob. cit. (nota 2), p. 115.

Outra grande dificuldade ocorre quando o intangível está associado a um conjunto de bens, ou a algum produto material. Em alguns casos é impossível dissociar o intangível do conjunto. Pode-se tentar arbitrar qual a sua influência na geração da renda, ou subtrair do total o valor calculado referente ao restante do conjunto⁴⁸.

Uma solução interessante de avaliar o preço de transferência de marcas, pelo PRL, é comparar a venda de produtos idênticos. Um deles estando identificado pela marca, e outro não. Naturalmente haverá diferença no preço de mercado. Esta diferença, considerando a identidade material dos produtos, só pode ser atribuída ao bem intangível⁴⁹.

Ainda é imprescindível, nos casos de transferência de intangíveis, avaliar o tempo de vida do bem. Isso é, apurando-se o valor de mercado do intangível, é importante saber se haverá depreciação, e qual a expectativa de duração antes de se tornar obsoleto. Em sequência, levar tal dado em consideração na avaliação final, subtraindo ou incrementando seu valor em consideração. Este critério, entretanto, é difícil, e causa grande imprecisão no estabelecimento do preço de transferência do bem intangível por este método.

A despeito de todos os defeitos e dificuldades apresentados anteriormente, este método ainda é tido como mais adequado na avaliação de bens⁵⁰, especialmente os intangíveis. Neste método, as informações são disponíveis ao contribuinte, e têm grande precisão (se já houver algum período de mercado). Também, é interessante porque não requer a comparação com outras operações, utilizando-se da unicidade do próprio intangível.

*IV.3 - Preço de Produção mais Lucro (PPL) ou Custo de Aquisição ou de Produção mais Tributos e Lucro (CAP)*⁵¹

Da mesma forma que o PRL, este método cria uma presunção. Trata-se de mera probabilidade estatística, criada com base em expectativa de lucro. Caso o lucro seja excepcional ou insignificante, este método não se adapta à sua captação.

O PPL prima não pelo real preço praticado no mercado, mas antes por um valor decorrente de uma fórmula. Acrescenta-se ao custo efetivo uma margem (considerada justa) de lucro. Logo, afasta-se, mais uma vez, do *arm's length*.

Está legislado no Brasil pelos arts. 18, III⁵², e 19, parágrafo 3º, IV, da Lei nº 9.430/1996. O primeiro inciso afirma ser “o custo médio ponderado de produção de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, acrescido dos impostos e taxas cobrados na exportação no país onde tiverem sido originariamente produzidos, e de margem de lucro de 20% (vinte por cento), calculada sobre o custo apurado”. Registra-se que a única diferença para o segundo inciso é o estabelecimento de margem de 15%.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ Será utilizado, por simplificação, apenas a sigla “PPL”.

⁵² Com redação dada pela Lei nº 12.715, de 2012.

Este método atinge normalmente os melhores resultados nos primeiros momentos. Isto é uma consequência da aproximação com os preços de custo. Logo, quanto menor o tempo decorrido, menor a chance de ter havido variação nestes valores.

Esta fórmula tem uma grande vantagem: genericamente são sabidos todos os custos de desenvolvimento de um ativo. Seus investimentos em desenvolvimento, testes, produção etc., todos facilmente acessíveis nos próprios livros contábeis da empresa. Entretanto, no caso de intangíveis, este método apresenta diversas dificuldades.

Primeiro, quais custos podem ser considerados? Considerando que muitos dos projetos não resultam em patentes, estes custos podem ou devem ser distribuídos para os projetos que resultaram viáveis?

Imaginemos o caso de uma empresa farmacêutica que desenvolve remédios. É necessário investir em laboratórios, testes e recursos humanos especializados, mas também em administração, propaganda, jurídico etc. Todos esses custos se diluem por diversos projetos de pesquisa.

Ocorre, entretanto, que poucos destes projetos acabam resultando em patentes. E destes, ainda menos são comerciáveis. Questiona-se então: quais os custos do desenvolvimento destas patentes? Somente os seus custos diretos, ou o custo de pesquisa de projetos paralelos que auxiliaram em seu desenvolvimento?

É necessário registrar que, ainda que determinado projeto não resulte em patente lucrativa, toda pesquisa gera conhecimentos. Informações estas que são reutilizadas pela empresa nas suas novas pesquisas, auxiliando ou dando base para passos mais ousados. O que se chama, portanto, de investimento a fundos perdidos, nem sempre é realmente perdido. Consequentemente, da mesma forma que a PIC, no caso das PPL de intangíveis, a avaliação mediante custos depende enormemente de estimativas⁵³.

Outra pergunta que se faz correntemente no caso de avaliação de intangíveis, pelo método PPL, é: quanto custa para duplicar ou substituir o ativo⁵⁴? Como vimos acima, é muito difícil estabelecer o efetivo custo de desenvolvimento de determinado ativo imaterial. Portanto, ao invés de tentar estimar o custo de seu desenvolvimento, poder-se-ia calcular o preço de desenvolver outro ativo para substituí-lo.

Buscar-se-ia, então, o custo de desenvolver outro bem intangível. Considerando a singularidade destes bens imateriais, este substituto não precisaria ser idêntico, mas de utilidade equivalente. Entretanto, isto apenas aumenta a imprecisão do método. Intangíveis são, por natureza, únicos, e é difícil desenvolver outro que tenha a mesma utilidade.

IV.4 - Outros métodos

Considerando os vultuosos valores que os intangíveis muitas vezes assumem, associada à complexidade das regulamentações e dos cálculos envolvidos, toda

⁵³ Cf. BRAUNER, Yariv. Ob. cit. (nota 2), p. 120.

⁵⁴ *Idem*.

uma indústria de avaliação surgiu. Advogados, economistas, contadores, diversos profissionais, em conjunto com grandes consultorias, se tornaram especialistas em avaliar o preço de intangíveis. Este efeito decorre tanto da necessidade de avaliação adequada para a real e a efetiva transferência de propriedade entre pessoas não vinculadas, como também por questões fiscais, nas transações internacionais entre pessoas vinculadas.

De acordo com a necessidade de alcançar métodos mais precisos e defensáveis, bem como da possibilidade de utilizar, nos EUA ao menos, métodos não previstos, novas formas de cálculo surgiram. Algumas nada mais são do que a mistura ou cumulação das técnicas existentes. Outras são realmente inovadoras, e constantemente em evolução.

Pode-se exemplificar pela tendência dos tribunais norte-americanos. Não apenas desconsideram os dados ofertados pelo contribuinte e pela Administração Fiscal, como ainda simplesmente afastam o princípio do *arm's length*. Como pode ser visto no caso *Bausch & Lomb x EUA*⁵⁵, em que simplesmente determinaram uma divisão “justa” ou “igualitária” dos lucros, *i.e.*, determinaram 50% do lucro para cada uma das empresas vinculadas (a nacional e a sediada na Irlanda).

Ainda assim, a aplicação de novos métodos é delicada. Primeiro porque a legislação pátria aparentemente apresenta rol taxativo. Segundo, porque são métodos que fogem à regra de avaliação do preço de mercado, e da essência do Preço de Transferência, que é alcançar a renda *adequada* de cada ente vinculado. Somente assim, tem-se uma tributação legal.

Há ainda quem defenda a criação de um sistema formulário de Preço de Transferência⁵⁶. Convém registrar que existe algo desse gênero dentro dos EUA, na transferência de propriedades de uma empresa de um estado para outro⁵⁷. Por este sistema, se dispensaria a ficção de uma transação. Fórmula dividiria a renda entre as jurisdições envolvidas, arbitrando os valores sem hipocrisia de fingir haver uma transação entre “partes independentes”.

Mais, o preço de transferência é uma relação doméstica entre a empresa sediada no país e o seu governo. Por esta avaliação busca-se apenas estabelecer a base de cálculos do tributo. Portanto, não haveria dificuldade em simplesmente aceitar que se trata de uma ficção, e dispensar o trabalho de disfarçar como sendo uma transação de mercado.

Entretanto, tal método de formular seria difícil de estabelecer no sistema tributário-constitucional brasileiro. Primeiro, com larga base na doutrina, afirma-se que o fato-gerador não pode ser fictício. Pelo princípio da capacidade con-

⁵⁵ Cf. BRAUNER, Yariv. Ob. cit. (nota 2), p. 142-144.

⁵⁶ *Idem*.

⁵⁷ *Idem*. Registra-se que nos EUA, devido ao seus federalismo, os estados possuem competência para tributar a renda. Portanto, quando há transferência de capital, patrimônio ou renda de um para outro, eles possuíam problemas com a questão do Preço de Transferência, ou algo similar. Como forma de resolução, desenvolveram um sistema de fórmulas. Neste, são levados em conta diversos fatores na elaboração da base de cálculo para cada estado. O próprio autor, entretanto, afasta a identidade do sistema formular com aquele utilizado internamente nos EUA. Em verdade, sequer entra em detalhes de como funcionaria este sistema formular para o âmbito internacional.

tributiva, o contribuinte só pode (e deve) sofrer exação na medida exata da sua renda. Portanto, um imposto com base de cálculo estabelecida por ficção seria uma aberração.

V - Conclusões

Com o surgimento dos direitos autorais e a sua aplicação na indústria, sua proteção tornou-se relevante para a sociedade moderna. Atualmente, pela grande mobilidade de informações, capitais, produtos e serviços, torna-se também relevante em escala de economia global. *Softwares*, marcas, patentes, estes bens circulam constantemente no seio das empresas multinacionais.

Ao circular entre países diversos, também estes bens imateriais estão sujeitos ao estabelecimento de Preço de Transferência. Como vimos, este é o valor monetário das operações realizadas entre pessoas vinculadas. Ainda que não haja efetiva movimentação de recursos financeiros, é necessário, para fins fiscais, declarar um valor para qualquer entrada ou saída de direitos, produtos ou serviços de um estabelecimento, especialmente quando mudam de jurisdição. Este é requisito para o cálculo do imposto sobre a renda.

Desenvolvido no início do século passado, a noção de Preço de Transferência ainda não foi aperfeiçoada. Mais, a aplicação desta às operações com bens intangíveis representa mais da metade dos casos apresentados aos tribunais americanos. Indubitável, portanto, a importância da discussão e da análise destas operações.

Vimos, também, que o sistema pátrio apresenta três métodos distintos de cálculo do Preço de Transferência. Cada um deles tem suas vantagens, mas as fraquezas ainda são grandes, se não vejamos:

- PIC/PVEx: quando possível a sua utilização, apresenta os resultados mais próximos ao efetivo preço de mercado. Entretanto, devido à dificuldade em encontrar uma operação comparável, especialmente no que toca aos intangíveis, é necessário realizar estudos estatísticos. Estes, por sua vez, são difíceis graças à dificuldade de acesso à informação, seja pela singularidade de certos bens imateriais, seja pelo segredo que as empresas mantêm quanto às suas informações.
- PRL/PVA/PVV: é, dentre os métodos disponíveis, o que apresenta melhores resultados. Entretanto, incapaz de prever aberrações nas margens de lucros. Outra dificuldade ocorre porque algumas vezes as empresas transferem o bem intangível - especialmente patentes - antes de apresentarem resultados efetivos, como forma de fugir às altas avaliações por este método.
- PPL/CAP: pode ser extremamente útil no caso de bens materiais, especialmente em momentos iniciais, pois a própria empresa já possui os dados referentes aos custos. Entretanto, quando se refere a bens intangíveis, possui desvantagens diversas. Exemplifica-se com a dificuldade de se estabelecer quais seriam os custos de desenvolvimento daquele determinado bem imaterial. Por outro lado, é quase impossível observar o preço de

substituição, posto que intangíveis são únicos, e difíceis de ser substituídos.

Por fim, registra-se que existem diversas outras formas de se calcular o Preço de Transferência. Estas devem ser estudadas e analisadas pela doutrina. Somente assim poderá haver evolução do instituto, melhorando a sua aplicação, especialmente nos casos mais complicados.