

Escopo da nova legislação de TP

- A nova legislação de TP cobre todas e quaisquer transações praticadas entre partes relacionadas. A legislação não fala mais de bens, serviços e direitos e sim de “qualquer relação comercial ou financeira” entre partes relacionadas.
- Foi revogada a anacrônica limitação de 5% para dedução de royalties de marcas, patentes e assistência técnica. A partir de agora, pagamentos de royalties e outras remunerações de intangíveis passam a se sujeitar aos controles de TP.
- Também passarão a se submeter aos controles de TP os pagamentos de direitos autorais (por exemplo, licença de software, que atualmente estavam se beneficiando de uma lacuna da legislação).
- Foram eliminadas também as proibições de dedução de royalties pagos a sócios, empresa matriz ou controladora no exterior.
- Em situações específicas, é possível, por exemplo, eleger como parte testada a empresa estrangeira que transaciona com a empresa brasileira e replicar no Brasil os resultados da análise de preços de transferência feita no exterior. Esta medida proporciona economia e agilidade às multinacionais, pois não será necessário empreender uma extensa análise de TP no Brasil.

Novas regras de dedutibilidade para royalties

- Duas novidades em relação a royalties são: **(i)** pagamentos para entidades localizadas em paraíso fiscal ou beneficiárias de regime fiscal privilegiado não são dedutíveis e **(ii)** a sofisticada necessidade de se comprovar que os royalties são tributados no país do seu recebedor, sob pena de indedutibilidade no Brasil.

Comentários às Novas Regras sobre Preços de Transferência



Definição de partes relacionadas

- A nova legislação emprega definições amplas e abertas de partes relacionadas, buscando evitar a criação de lacunas. Fala-se genericamente de “influência” exercida por partes relacionadas entre si que possa fazer a transação se desviar de condições estabelecidas entre terceiros. A legislação usa o termo “entidades” em vez de “pessoa jurídica” para aumentar o escopo de abrangência.
- Geralmente as partes são consideradas “relacionadas” em função de vínculos societários ou contratuais que confirmam direito a participação nos lucros. Também são consideradas relações de parentesco entre sócio, diretor etc.
- Foi excluída a menção a transações praticadas com agente, distribuidor ou concessionário. Embora possa haver influência nos termos, condições e preço, esta hipótese não está listada como caracterizadora de “partes relacionadas”.

Novos métodos

- Além dos métodos tradicionais (PIC, PRL e MCL “método do custo mais lucro”), agora os contribuintes brasileiros têm à sua disposição os métodos TNMM e *profit split*, que em português foram denominados de “Margem Líquida da Transação” (MLT) e “Divisão do Lucro” (MDL).
- Esses dois últimos são os métodos mais utilizados na prática internacional, seja porque a localização de dados perfeitamente comparáveis é muito difícil de ser implementada, seja porque as negociações de mercado, de fato, enfocam as margens e não propriamente os preços.

Aplicação dos métodos (método mais apropriado e delineamento)

- Um dos grandes marcos na passagem do modelo brasileiro para o mundo da OCDE é a eliminação da possibilidade de livre escolha de métodos. Assim, o contribuinte não pode mais aplicar o método que lhe gera o melhor resultado tributário. Deve-se buscar identificar o “método mais apropriado”, assim considerado aquele que gera maior confiabilidade na comparação.
- Este será um dos pontos que mais pode gerar conflitos, pois a determinação do método mais apropriado depende de uma análise ampla da situação do contribuinte brasileiro, das funções por ele desempenhadas, os riscos assumidos e ativos utilizados. Esta análise não necessariamente se restringe aos contratos firmados entre as partes, podendo-se desconsiderar os contratos ou substituí-los por uma transação alternativa.
- O chamado “delineamento da transação controlada” deve ser um dos pontos mais polêmicos, porque confere amplos poderes à fiscalização tributária para desconsiderar as transações tal como implementadas e ficticiamente substituí-las por outras que sejam mais condizentes com a realidade econômica dos fatos.

Método mais apropriado

- Dentro da liberdade conferida pelas diretivas da OCDE, a legislação brasileira de TP não estipulou uma hierarquia de métodos. Apenas foi mencionada a preferência pelo método PIC nos casos em que ele for o mais apropriado. Esta menção é dispensável, pois esta conclusão já decorreria da busca do método mais apropriado.

- Esta escolha do método mais apropriado é uma tarefa que deverá ser bastante influenciada por práticas internacionais. São três os principais elementos de análise: **(i)** para determinadas situações enquadráveis em determinados padrões (de funções, riscos e ativos), há métodos específicos que são considerados mais aptos, **(ii)** além disso, deve-se avaliar a disponibilidade de informações sobre transações praticadas por terceiros no mercado e **(iii)** também se deve dar preferência ao método que envolva o menor número de ajustes de comparabilidade.

Delineamento da transação e exclusão de multa

- Atendendo-se à exigência do art. 116, parágrafo único, do CTN, a nova legislação de TP prevê os procedimentos para a implementação do poder de desconsideração de atos e negócios jurídicos que decorre do “delineamento da transação”.
- Assim, destaca-se que, em caso de discordância da autoridade fiscal, há a possibilidade de o contribuinte retificar sua declaração ou escrituração fiscal durante o processo de fiscalização sem a aplicação de penalidades que porventura seriam cabíveis.

Diretivas da OCDE e prática brasileira atual de TP

- A Medida Provisória 1.152/2022 nada fala das Diretivas da OCDE, mas se pode imaginar que os *Transfer Pricing Guidelines* (TPG) terão bastante importância na adaptação das empresas brasileiras às novas regras de TP. Isso porque, a Medida Provisória adotou uma postura mais principiológica e não apresenta detalhamentos sobre a aplicação dos diferentes métodos de preços de transferência.

Comentários às Novas Regras sobre Preços de Transferência



- Considerando-se a visível inspiração no modelo da OCDE e nas TPG, e também considerando-se todo o contexto do grupo de trabalho formado por profissionais da RFB e OCDE que culminou na presente Medida Provisória, é de se esperar que os TPG tenham força interpretativa e persuasiva na aplicação dos novos métodos brasileiros de TP.
- Esta adoção de novas práticas pode causar conflitos em contraste com a prática brasileira atual. Um exemplo claro pode ser visto na aplicação do próprio método PIC. Na prática internacional, este método é bastante difícil de aplicar, pois quaisquer diferenças de conteúdo que afetem o preço ou também a simples presença de uma marca, são fatores que impedem o uso do método PIC.
- Mas as atuais regras e práticas brasileiras são mais flexíveis tanto nos requisitos de comparabilidade quanto na formação da amostra. Nos últimos anos, recorrer ao método CUP era uma fuga fácil para os importadores brasileiros que não conseguiam arcar com as margens fixas mínimas da versão brasileira do método PRL. A própria jurisprudência do Carf admite uma noção ampla de comparabilidade que deverá contrastar com a rigidez dos novos padrões da OCDE.
- A formação da amostra no Brasil hoje em dia é comumente baseada em um punhado de comparações internas selecionadas propositadamente para justificar os preços intercompanhia. Saltar dessa prática para encontrar um comparável satisfatório sob a seleção metódica de amostras do mundo TPG não será fácil. Especialmente porque as empresas brasileiras em muitos setores de negócios não têm acesso a bancos de dados públicos com preços de mercado comparáveis e têm pouca ou nenhuma experiência no uso de bancos de dados comerciais para benchmarking de preços de transferência sob os auspícios das Diretrizes.

Intervalo de comparáveis

- Uma das poucas explicações apresentadas sobre a aplicação prática dos métodos de preços de transferência foi a questão do intervalo de comparáveis. Essencialmente, esta é uma análise de comparabilidade que deve ser guiada por fatores de comparabilidade e similaridade com a transação controlada, cabendo-se eliminar os extremos e aplicar todas as técnicas estatísticas cabíveis. Mas desta análise pode resultar um conjunto variado de resultados, cabendo-se definir o método de escolha do dado parâmetro em caso de discrepância da transação controlada e da amostra.
- Fazendo uma comparação simplista, pode-se chegar, numa coleta de preços comparáveis, a uma amostra final de 3 preços: R\$8, R\$10 e R\$12. A nova legislação afirma que a transação controlada será aceita se estiver dentro do intervalo encontrado. Um preço médio de R\$ 8,2 é adequado. Todavia, quando o preço do contribuinte estiver fora do intervalo (p.ex. um preço de R\$ 7), então deve-se aplicar o ajuste de preços de transferência pelo valor da mediana (que, neste caso é de R\$ 10).
- Em suma, o método definido para cálculo do ajuste de TP aplica um valor médio para uma situação na qual os valores extremos do intervalo também seriam aceitáveis. No exemplo simplista acima, um preço praticado de R\$ 8,0 seria aceito, cabendo questionar se o ajuste não deveria ser feito pelo menor valor aceitável dentro do intervalo da amostra.

Commodities

- As commodities continuam a contar com regras próprias, que agora sinalizam apenas uma preferência para aplicação do método de cotação em bolsa. Os atuais métodos PCI e PECEX foram reenquadrados dentro da categoria geral do método PIC e as regras para sua aplicação foram aperfeiçoadas e flexibilizadas onde cabível.

Ajustes à base de cálculo

- Finalmente foi disciplinada a prática, já comum atualmente, de se efetuar ajustes compensatórios durante o ano-calendário a fim de assegurar que o valor médio dos preços praticados entre partes relacionadas se adeque aos métodos dos preços de transferência.
- Todavia, seguindo uma lógica que não é exatamente Arm's Length, a legislação brasileira apenas permite ajustes a favor do Fisco, vedando a possibilidade de ajustes que reduzam o lucro tributável no Brasil. Este é um ponto paradoxal da legislação de preços de transferência, pois retrata uma lógica de adequação de preços apenas quando favorece ao Fisco (o princípio Arm's Length, na verdade, deveria ser denominado de *the house always wins*).
- Esta vedação é contrabalanceada com a possibilidade de ajustes compensatórios feitos dentro de um determinado prazo, a ser estipulado na Instrução Normativa que regulará a matéria. Espera-se que esta regulamentação venha alinhada com práticas mundiais e permita, portanto, que ajustes compensatórios sejam feitos até o começo do ano seguinte ao ano controlado.

Intangíveis de difícil valoração

- Um ponto bastante polêmico da nova legislação de TP é a valoração de intangíveis. Um caso ilustrativo dessas dificuldades é a exportação de intangíveis ainda novos (p.ex. um novo princípio ativo da indústria farmacêutica, um novo aplicativo), cujo valor atual pode ser baixo comparado ao seu potencial valor futuro.
- Dada a dificuldade de valoração, a MP segue a orientação da OCDE e propõe a atribuição artificial de pagamentos contingentes anuais. Assim, uma empresa brasileira exportadora deverá eternamente continuar a reavaliar os intangíveis por ela exportados no passado para determinar se seu valor

aumentou e, neste caso, incluir uma receita fictícia tributável na sua apuração.

- Esta faculdade da legislação deve enfrentar grandes dificuldades de enquadramento nas regras brasileiras, especialmente se considerada a decadência do direito de exigir tributos, a irretroatividade e as limitações para revisão do lançamento.

Serviços intragrupo e cuidados na comparação de margens

- Na seção pertinente aos serviços intragrupo, chama atenção que a nova legislação se preocupa em comentar detalhes específicos apenas dos métodos MCL e MLT. A razão para tanto consiste no alinhamento com as práticas mundiais, pois se entende que o MCL geralmente é o método mais apropriado para a testagem de transações com serviços, cabendo eventualmente a aplicação do MLT nas situações em que não haja condições para aplicação do MCL.
- Um ponto importante dos métodos que envolvem comparação de margens consiste na necessária consideração dos desvios nas práticas contábeis do cenário brasileiro e do país de onde os dados comparáveis foram extraídos. Por exemplo, de acordo com as regras e práticas contábeis brasileiras atuais, muitos itens de custos indiretos são tratados como parte do custo dos estoques em formação, enquanto em muitos países esses desembolsos são contabilizados diretamente como despesa no resultado. Essas variações afetam a comparabilidade das margens brutas e exigem uma análise criteriosa por parte dos contribuintes e do Fisco.

Contratos de compartilhamento de custos, *cost sharing* e repasses de custos

- Alinhada com as diretrizes da OCDE, a definição de contrato de compartilhamento de custos (CCC) não necessariamente coincide com o que nos habituamos a chamar de *cost sharing* no Brasil. O contrato brasileiro de *cost sharing*, ou seja, uma situação de meros repasses de custos entre empresas do mesmo grupo está abarcado pela seção pertinente aos serviços intragrupo, na qual se permite que sejam feitos repasses sem cobrança de margem de lucro.
- Os CCCs consistem em verdadeira união de esforços e recursos de empresas relacionadas para o desenvolvimento conjunto de serviços e intangíveis que serão, ao final, usufruídos por todas as partes que contribuíram no seu desenvolvimento. Esta disciplina dos CCCs vai gerar um grande contraste com situações atuais de compartilhamento de custos de desenvolvimento de intangíveis, nas quais a empresa brasileira muitas vezes apenas contribui com custos e não obtém participação sobre os benefícios deles decorrentes.

Reestruturação de negócios

- Cabe destacar que as reestruturações de negócios previstas na nova legislação de TP não se confundem com “reestruturações societárias” (incorporação, cisão, aumento/redução de capital etc.). Quando se fala de reestruturação do negócio, a intenção é mapear mudanças nas funções, ativos, riscos ou oportunidades de negócios desempenhadas ou vivenciadas pela entidade brasileira.
- Este é um dos temas cujo detalhamento foi reservado para a edição de Instrução Normativa futura. De todo modo, vale mencionar que a principal ideia é que as empresas sempre reportem mudanças na forma de condução dos seus negócios.

Comentários às Novas Regras sobre Preços de Transferência



- Por exemplo, uma vez feito o delineamento das transações de uma empresa brasileira, não há necessidade de se refazer este exercício todo ano se não houver modificações na sua forma de atuação. Todavia, qualquer alteração mínima (reestruturação) pode afetar a comparabilidade, o método aplicável a amostra escolhida etc. Uma empresa brasileira distribuidora podia estar encarregada de esforços de propaganda no mercado brasileiro (e, portanto, recebia uma margem maior). Todavia, quando esta atividade passar a ser desempenhada por outra empresa do grupo, a distribuidora terá sua função diminuída e deverá fazer nova análise de delineamento para considerar este fator.

APAs (Advance Pricing Agreements)

- Uma grande novidade anunciada e agora implementada é a adoção dos chamados APAs, sob a forma de consulta específica voltada à aproximação de Fisco e contribuinte na determinação de métodos, dados e fatores cabíveis na aplicação da legislação de TP.
- Afora a estipulação de uma taxa específica (de R\$ 80.000,00), não foi feita nenhuma restrição ao porte da empresa, de modo que qualquer interessado poderia propor uma análise dedicada da sua situação e gerar um acordo com a Receita Federal, retratado na Solução de Consulta, contendo os parâmetros e premissa cabíveis para aplicação da legislação de TP ao seu caso.
- A consulta-APA pode se aplicar retroativamente.
- Não foi estipulada nenhuma condição de sigilo em relação ao resultado de tal consulta-APA, mas é de se imaginar que eventual divulgação deverá se ater aos parâmetros gerais acordados, abstendo-se de informar dados particulares da operação do contribuinte.



HENRIQUE LOPES



VICTOR POLIZELLI



ÁLVARO LUCASECHI



JOSÉ FLÁVIO PACHECO



JULIANA NUNES



LUÍS FLÁVIO NETO



FELIPE OMORI