

Opções Realisticamente Disponíveis: Legislação Brasileira e Determinações da OCDE

Realistically Available Options: Brazilian Legislation and OECD Determinations

Walter Erich Piekny

Professor da Graduação em Direito na Universidade Nove de Julho. Advogado em São Paulo. Graduado pela Universidade de São Paulo, com dupla-graduação pela Université de Lyon. Pós-graduado em Direito Tributário Internacional pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário. Pós-graduado em Direito Tributário Brasileiro pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário. Mestrando em Direito Tributário Internacional pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário. *E-mail*: wepiekny@gmail.com.

Recebido em: 27-2-2025 – Aprovado em: 5-4-2025
<https://doi.org/10.46801/2595-7155.14.8.2025.2595>

Resumo

O presente artigo busca explorar o conceito de opções realisticamente disponíveis no contexto de preços de transferência, destacando a importância da análise das Diretrizes da OCDE e da legislação brasileira na avaliação de conformidade das opções existentes e utilizadas no caso específico. O estudo demonstra que, para que uma opção seja considerada válida, ela deve estar em conformidade com a realidade fática da empresa ao tempo em que a decisão foi tomada. O estudo também investiga como a não conformidade com essas regras pode invalidar a consideração de uma opção, afetando a tomada de decisão empresarial.

Palavras-chave: *transfer price*, opções realisticamente disponíveis, Direito Tributário Internacional.

Abstract

This article aims to explore the concept of realistically available options in the context of transfer pricing, highlighting the importance of analyzing OECD Guidelines and Brazilian legislation in assessing the compliance of existing options used in specific cases. The analysis demonstrates that for an option to be considered valid, it must align with the factual reality of the company at the time the decision was made. The study also discusses how non-compliance with these rules can invalidate the consideration of an option, affecting business decision-making.

Keywords: transfer pricing, realistically available options, international tax law.

I. Introdução

A noção de preços de transferência refere-se à prática de definir os preços das transações entre empresas de um mesmo grupo multinacional. A definição correta desses valores é fator essencial para que não haja uma alocação inadequada dos lucros e custos entre as diferentes entidades da empresa em países diversos, influenciando, portanto, a determinação da base tributária em jurisdições de forma proposital. A devida aplicação dos princípios referentes a preços de transferência é fundamental para garantir a conformidade com as regras fiscais internacionais e evitar disputas entre autoridades fiscais e empresas multinacionais.

No contexto econômico e fiscal global, as regras de preços de transferência desempenham um papel crucial ao assegurar que as transações entre empresas do mesmo grupo sejam realizadas a preços que refletiam as condições de mercado¹. Isso garante não apenas uma menor evasão fiscal, dificultando a manipulação de alocação de lucros, mas também contribui para a justiça tributária e a integridade do sistema fiscal global.

Nesse contexto, o objetivo principal do presente artigo é analisar as opções realisticamente disponíveis no contexto das regras de preços de transferência brasileiras, buscando encontrar os principais pontos de atenção quanto ao novo regimento e como a experiência internacional pode auxiliar na aplicação daquelas à realidade brasileira. Para tanto, será abordada a aplicação prática dos conceitos de opções realisticamente disponíveis com base nas Diretrizes da OCDE e na legislação brasileira, incluindo a Lei n. 14.596/2023. A discussão se focará em como as opções disponíveis são avaliadas em termos de conformidade e realismo, e como isso impacta a prática de preços de transferência nas empresas, com a análise de casos práticos.

O artigo está estruturado partindo-se da apresentação de uma visão geral do conceito de opções realisticamente disponíveis. Em seguida, aprofunda-se a análise com base nas Diretrizes da OCDE e nas normas brasileiras, e são analisados critérios para avaliar o realismo e a disponibilidade de opções. Por fim, são estudados três precedentes de alta relevância, quais sejam, o caso *Spain vs. Peugeot Citroen Automobiles*, o caso *Norway vs. Hess Norge AS* e o caso *Mitsubishi Corporation vs. Deputy Commissioner of Income Tax* e seus reflexos para fins de interpretação da legislação brasileira.

II. Conceito de opções realisticamente disponíveis

O estudo da temática de preços de transferência tem como propósito a busca pela dificuldade na alocação indevida de lucros em diferentes jurisdições, a de-

¹ PETRUZZI, Raffaele. The Arm's Length Principle: between legal fiction and economic reality. In: LANG, Michael *et al.* (coord.). *Transfer pricing in a Post-BEPS world*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016, p. 1-32.

pende da carga tributária a que uma parte do grupo empresarial estaria sujeito². Exemplificativamente, imaginemos o caso de uma suposta empresa que produz e vende canetas, tendo operações nos países A e B. No país A, a empresa produz o corpo de plástico da caneta e está sujeita a um Imposto de Renda à alíquota de 20%. No país B, a empresa produz as pontas das canetas, realiza a montagem e vende as canetas, estando sujeito à alíquota de 30%. Nitidamente, é mais favorável que a empresa tenha seus lucros tributados no país A. Para fugir à tributação que deveria ser imposta, a empresa no país A venderia o corpo de plástico da caneta por um valor 10 vezes superior ao valor praticado no mercado, estabelecendo uma grande margem de lucro em A e reduzindo o lucro em B, o que, em última análise, reduz a tributação global da empresa.

As regras de preços de transferência têm como objetivo justamente minar ou dificultar severamente essa alocação irreal de lucros³, estabelecendo diretrizes a fim de que os lucros fiquem, ao máximo, no local em que efetivamente foram aferidos, de forma a impedir as diferentes tributações “à la carte”.

O problema é a considerável dificuldade de se analisar qual seria o padrão correto para anular tais efeitos artificiais. O pagamento de valores muito acima do praticado no mercado pode ser um indício de que a decisão foi tomada de forma economicamente irracional – já que o fundamento básico do capitalismo é que toda empresa busca maximizar seu lucro e, como consequência, não pagaria um valor muito acima do mercado por um produto.

Entretanto, ao se analisar uma operação comercial realizada, é necessário observar, também, uma série de outros fatores quando de sua realização, trazendo à baila apenas as situações efetivamente existentes, disponíveis no momento de sua realização, chegando-se às operações realisticamente disponíveis e comparáveis com a eventual operação analisada.

Não por outra razão, fica clara a complexidade do tema. Verificar quais as operações realisticamente disponíveis a serem consideradas para uma transação, ainda mais ao se inserir no contexto de controle de transações para fins de verificação de atendimento às regras de preços de transferência para empresas relacionadas⁴, não é tarefa simples. Para tanto, observa-se o procedimento para a definição de qual é a transação que, de fato, está ocorrendo na situação analisada, sendo, para tanto, realizada a análise dos termos contratuais⁵, dos ativos e dos

² LANG, Michael; COTTANI, Giammarco; PETRUZZI, Raffaele; STORCK, Alfred. *Fundamentals of transfer pricing: a practical guide*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2019, p. 45.

³ LEITCH, Robert A.; BARRETT, Kevin S. Multinational transfer pricing: objectives and constraints. *Journal of Accounting Literature*, v. 11, p. 47, 1992.

⁴ Para maiores delineamentos sobre o conceito de empresas relacionadas, ver DWARKASING, Ramon S. J. The concept of associated enterprises. *Intertax*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, v. 41, n. 8-9, 2013, p. 412-429.

⁵ ROBILLARD, Robert. Contractual arrangements and the delineation of a transaction: a duo in crisis mode. *Intertax*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, v. 45, n. 12, p. 801-806, 2017.

riscos envolvidos, dos comportamentos tomados pelos agentes econômicos, das características dos bens e direitos, das estratégias de negócios adotadas pelas partes, além de outros fatores, série de fatores que acaba sendo traduzida na aplicação do princípio Arm's Length⁶.

Dada a complexidade dessa análise, as discussões envolvendo preços de transferência e, mais especificamente, as opções realisticamente disponíveis, possuem regras a serem observadas, de forma que, a seguir, serão discutidas as diretrizes da OCDE, a legislação brasileira e questões doutrinárias relevantes sobre o tema.

II.1. Operações realisticamente disponíveis nas Diretrizes da OCDE

A discussão sobre as opções realisticamente disponíveis surgiu nas Diretrizes de preços de transferência da OCDE no ano de 1995, indicando-se com a verificação de “alternativas disponíveis”. Apenas na versão de 2010 das Diretrizes que o conceito passou a ser denominado como opções realisticamente disponíveis, ainda com força menor do que no cenário pós-Projeto BEPS⁷.

O Projeto BEPS, em especial após as ações 8 a 10, trouxe uma alteração na forma de análise das operações que envolveriam preços de transferência, aumentando-se o enfoque para a efetiva verificação de existência de um comportamento economicamente racional na operação realizada⁸, em uma consequente redução de importância da lógica jurídica da operação. Observando-se a facilidade jurídica com que era possível realizar uma alteração de alocação de riscos e até a transferência de bens intangíveis, buscou-se uma nova lógica a fim de reduzir as possibilidades de realização de operações que estivessem inseridas em um contexto de planejamento tributário envolvendo preços de transferência e que, assim, agissem contra a racionalidade econômica⁹.

Para essa análise, as Diretrizes da OCDE passaram a adotar a posição de que seria necessário considerar os efeitos para as duas partes envolvidas na transa-

⁶ PETRUZZI, Raffaele. The Arm's Length Principle: between legal fiction and economic reality. In: LANG, Michael *et al.* (coord.). *Transfer pricing in a Post-BEPS world*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016, p. 9-11.

⁷ Ver LAVEZ, Raphael Asséf. BEPS: para quem? Avaliando o Projeto da OCDE a partir do princípio Arm's Length. In: GOMES, Marcus Lívio Gomes; SCHOUERI, Luís Eduardo. *A tributação internacional na Era Pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

⁸ O relatório final das ações 8 a 10 do BEPS (Base Erosion and Profit Shifting Project) indica no parágrafo 1.40: “All methods that apply the arm's length principle can be tied to the concept that independent enterprises consider the options realistically available to them and in comparing one option to another they consider any differences between the options that would significantly affect their value” (OECD. *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10*. 2015. Final Reports, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris).

⁹ PAREKH, Siddharth. The concept of 'options realistically available' under the OECD transfer pricing guidelines. *International Transfer Pricing Journal*, Amsterdam, IBFD, 2015, p. 297.

ção¹⁰, o que dificultaria substancialmente a estruturação de operações com interesses estranhos à lógica econômica – ainda que essa determinação, ao final, também dificulte a operacionalização de transações efetivamente dentro do contexto econômico, dada, em último plano, a possibilidade de descaracterização em razão de fatores alheios ao conhecimento das partes.

Nesse sentido, as Diretrizes da OCDE indicam que, na análise das opções realisticamente disponíveis, é fundamental partir do princípio de que partes independentes, ao realizarem uma transação, inicialmente comparam as condições daquela transação com outras opções disponíveis e que, por consequência, só a celebram caso não haja uma alternativa mais eficiente para que se obtenha o mesmo resultado¹¹. Ou seja, não seria racional presumir que partes independentes realizam transações que, ao final, resultam em uma situação pior do que a situação à qual estavam submetidos anteriormente¹².

Entretanto, isso não significa que os agentes econômicos não possam errar em sua análise (o que os colocaria em uma situação pior ao final da transação), mas que não se pode assumir que mesmo com uma análise primária em que a parte percebesse o desacerto da transação, a parte decidiria realizá-la.

Para tanto, as Diretrizes da OCDE citam, no parágrafo 1.38¹³, um exemplo simples, indicando que partes independentes, previamente à realização de aquisição de um bem, avaliam se é possível adquirir aquele mesmo produto de outra parte por um valor menor, justificando-se, portanto, que partes independentes normalmente agem de forma economicamente racional, observando as opções realisticamente disponíveis.

Entretanto, não basta que uma outra opção existente mais vantajosa exista com um terceiro para que se possa considerá-la como uma opção realisticamente

¹⁰ As Diretrizes da OCDE indicam, no parágrafo 1.46: “In transactions between independent enterprises, the divergence of interests between the parties ensures (i) that contractual terms are concluded that reflect the interests of both of the parties” (OECD. Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022. Paris: OECD, 2022).

¹¹ Esse ponto não veio delimitado na Lei n. 14.596/2023, tampouco na Instrução Normativa n. 2.161/2023.

¹² As Diretrizes da OCDE indicam, no parágrafo 1.38: “Independent enterprises, when evaluating the terms of a potential transaction, will compare the transaction to the other options realistically available to them, and they will only enter into the transaction if they see no alternative that offers a clearly more attractive opportunity to meet their commercial objectives. In other words, independent enterprises would only enter into a transaction if it is not expected to make them worse off than their next best option. For example, one enterprise is unlikely to accept a price offered for its product by an independent commercial enterprise if it knows that other potential customers are willing to pay more under similar conditions, or are willing to pay the same under more beneficial conditions. Independent enterprises will generally take into account any economically relevant differences between the options realistically available to them (such as differences in the level of risk) when valuing those options” (OECD. Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022. Paris: OECD, 2022).

¹³ Ver nota de rodapé anterior.

disponível. Deve-se, para verificar a existência daquela opção como viável, observar a realidade da empresa, bem como a capacidade da empresa em atuar com aquele instrumento disponível, o que pode descaracterizar a utilização de instrumentos demasiadamente complexos.

Exemplificativamente, não seria cabível afirmar que a realização de investimento financeiro demasiadamente complexo seria aceitável como realisticamente disponível para o contexto de uma empresa que não possua um setor financeiro refinado a ponto de realizar aquelas operações específicas com segurança. A falta de expertise pode ser um indicativo de que aquela não é uma opção realisticamente disponível para a parte.

Por fim, destacamos que as Diretrizes da OCDE trazem a previsão de possibilidade de desconsideração e de substituição da transação caso os fatores envolvidos indiquem que as partes não agiram da forma como agiram caso fossem partes independentes, considerando as opções realisticamente disponíveis naquele contexto¹⁴. Entendemos, nesse ponto, ser necessário observar a posição estabelecida pelas Diretrizes com cautela, dada a ampla gama de possibilidades existente para a atuação dos agentes econômicos, que podem ter apetites diferentes para o risco e, inclusive, errarem em suas análises, o que não implicaria necessariamente que agiram de forma economicamente irracional.

II.2. Operações realisticamente disponíveis na Lei n. 14.596/2023

Buscando garantir uma maior segurança jurídica para as pessoas jurídicas submetidas aos controles de preços de transferência, o governo brasileiro sancionou a Lei n. 14.596 no ano de 2023, estabelecendo novas diretrizes para a aplicação das regras de preços de transferência no Brasil, buscando um maior alinhamento às práticas internacionais recomendadas pela OCDE.

A lei busca assegurar que as transações entre partes relacionadas, como empresas de um mesmo grupo econômico, sejam realizadas a preços de mercado, evitando a manipulação de preços que poderia resultar em evasão fiscal ou transferência indevida de lucros para jurisdições com menor carga tributária. Para tanto, foram introduzidos mecanismos mais rigorosos para a documentação e justificativa dos preços praticados, reforçando a transparência e a conformidade tributária das empresas brasileiras no cenário global, incluindo-se a discussão sobre a consideração de opções realisticamente disponíveis.

O conceito foi tratado de forma mais direta nos arts. 7º e 8º da Lei n. 14.596/2023, indicando-se que no delineamento de uma transação controlada é fundamental considerar as opções realisticamente disponíveis para cada uma das

¹⁴ Capítulo I, Seção D.2 (OECD. Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10. 2015. Final Reports, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris).

partes envolvidas, a fim de avaliar a existência de alternativas que poderiam ter gerado condições mais vantajosas¹⁵. Essa disposição é muito relevante ao exigir uma análise que considere a perspectiva de ambas as partes. Tal análise se torna ainda mais complexa especialmente em operações financeiras, pois deve-se examinar tanto o lado do credor quanto o do devedor¹⁶.

Para esse caso, do ponto de vista do credor é necessário avaliar todas as opções de investimento disponíveis, considerando se seria possível aplicar os recursos no mercado com uma taxa de retorno maior e um risco menor do que a utilização desses recursos dentro de uma opção intragrupo. Já do ponto de vista do devedor, é preciso verificar se há alternativas para obter os recursos com um custo financeiro menor.

Além disso, a análise deve incluir, inclusive, a hipótese de que uma das partes poderia optar por não realizar aquela transação controlada, como exemplificado pela OCDE no caso de seguros cativos em regiões com alta frequência de enchentes¹⁷. Nesse contexto, a opção realisticamente disponível poderia ser assumir o risco ou realocar a fábrica para outra localidade.

Nesse contexto, o art. 8º da Lei n. 14.596/2023 destaca que partes independentes agiriam de maneira comercialmente racional¹⁸. Assim, se for concluído que partes não relacionadas, agindo em circunstâncias comparáveis e de maneira comercialmente racional, tomariam decisão muito diferente da transação analisada, é possível questionar se a decisão na transação analisada teve como base um comportamento economicamente racional e a análise das opções realisticamente disponíveis.

Se uma parte independente, agindo racionalmente e considerando todas as opções disponíveis, não teria realizado a transação, o fisco pode desconsiderar ou substituir a transação por uma transação alternativa. Isso se enquadra na hipótese de não reconhecimento, em que, a partir do comportamento de partes inde-

¹⁵ “Art. 7º O delineamento da transação controlada a que se refere o inciso I do *caput* do art. 6º desta Lei será efetuado com fundamento na análise dos fatos e das circunstâncias da transação e das evidências da conduta efetiva das partes, com vistas a identificar as relações comerciais e financeiras entre as partes relacionadas e as características economicamente relevantes associadas a essas relações, considerados, ainda: [...] § 1º No delineamento da transação controlada, serão consideradas as opções realisticamente disponíveis para cada uma das partes da transação controlada, de modo a avaliar a existência de outras opções que poderiam ter gerado condições mais vantajosas para qualquer uma das partes e que teriam sido adotadas caso a transação tivesse sido realizada entre partes não relacionadas, inclusive a não realização da transação.”

¹⁶ GREGORIO, Ricardo Marozzi. Delineamento da transação controlada na Nova Lei de Preços de Transferência. *Revista de Direito Tributário Internacional Atual*, n. 12, p. 258, 2023.

¹⁷ Parágrafos 1.146 e 1.147 (OECD., *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10*. 2015. Final Reports, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris).

¹⁸ GREGORIO, Ricardo Marozzi. Delineamento da transação controlada na Nova Lei de Preços de Transferência. *Revista de Direito Tributário Internacional Atual*, n. 12, p. 275, 2023.

pendentes, pode-se desconsiderar ou desqualificar uma transação, não apenas com base no preço praticado, mas também no comportamento esperado de partes independentes.

Sob a perspectiva eminentemente jurídica, a interpretação acerca das opções realisticamente disponíveis e a noção de comportamento economicamente racional suscitam importantes reflexões. A ideia das opções realisticamente disponíveis goza essencialmente o papel de cláusula geral¹⁹. Esse conceito jurídico é caracterizado por sua ampla abertura, permitindo que seu conteúdo seja concretizado pelo intérprete no momento da aplicação da lei.

Para fins de Direito Tributário, frequentemente são fixadas cláusulas gerais de análise. A noção de comportamento economicamente racional se assemelha a padrão ou modelo de conduta utilizado pelo legislador para a aplicação de outras normas jurídicas. Na análise das opções realisticamente disponíveis, quando se necessita de um bem para uma atividade econômica, diversas alternativas se apresentam e, simultaneamente, a legislação exige que se concretize essa gama de opções por meio da alternativa mais economicamente racional, ou seja, a mais eficiente do ponto de vista do negócio²⁰. Essa exigência parte de uma premissa possivelmente questionável, de que partes independentes sempre agem de forma economicamente racional.

Na mesma linha, a consideração do conceito de *arm's length* para análise das operações constitui um padrão jurídico, ao passo que se busca realizar uma avaliação de um suposto comportamento entre partes independentes para que se determine a adequação da precificação da transação analisada.

A questão fundamental é, nesse ponto, o fato de que não é possível afirmar que existe um único comportamento economicamente racional que satisfaria o padrão do *arm's length*, dadas as variadas opções que podem surgir, todas de forma igualmente possíveis e legítimas. A inclusão do conceito de opção economicamente racional pelas Diretrizes da OCDE implicaria que a escolha das partes deve ser sempre a mais vantajosa, o que, entretanto, não é seguido na totalidade dos casos, em razão de uma série de fatores práticos²¹, ainda que envolvendo apenas partes independentes no mercado. Como destacam Tomazela e Pegoraro²², é

¹⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de transferência no direito tributário brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2013, p. 41-42.

²⁰ SANTOS, Ramon Tomazela; PEGORARO, Andressa. O comportamento comercialmente racional e as opções realisticamente disponíveis no controle dos preços de transferência. In: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de; ZILVETI, Fernando Aurelio; Mosquera, Roberto Quiroga. *Direito tributário: estudos em homenagem ao Professor Luís Eduardo Schoueri*. São Paulo: IBDT, 2023, p. 552-553.

²¹ Para mais, ver KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2011, vencedor do prêmio Nobel de Economia, analisando vieses comportamentais aplicados ao campo econômico.

²² SANTOS, Ramon Tomazela; PEGORARO, Andressa. O comportamento comercialmente racional e as opções realisticamente disponíveis no controle dos preços de transferência. In: OLIVEI-

comum que agentes econômicos não tenham uma compreensão completa da realidade, especialmente ao se levar em consideração a impossibilidade de que os agentes processem todas as informações e cenários ao tomarem uma decisão “racional”.

Para fins de preços de transferência, especialmente quando se autoriza a substituição e desconsideração da transação, a análise ultrapassa o campo de aplicação de outras normas, permitindo a substituição e requalificação de negócios jurídicos. Entendemos que essa possibilidade, para fins de análise das transações de preços de transferência, gera um problema de abstração e de insegurança jurídica.

II.3. Critérios para avaliação do realismo e da disponibilidade das opções

No contexto jurídico, a avaliação da opção realisticamente disponível mais eficiente é complexa. As Diretrizes da OCDE, ao delinear essas formas de avaliação, não fornecem critérios específicos e detalhados para a determinação da eficiência da opção escolhida.

Em termos práticos, a análise frequentemente recai sobre uma avaliação retrospectiva e baseada no comportamento de terceiros, sem um detalhamento numérico substancial por parte das autoridades fiscais. Nos casos analisados pelo fisco, raramente se encontram matrizes decisórias que comparem quantitativamente risco e retorno entre as opções disponíveis, identificando a mais vantajosa.

A justificativa utilizada pelas autoridades fiscais na prática internacional, conforme abordaremos mais adiante, normalmente tende a ser mais superficial, fundamentando-se no argumento de que partes independentes não tomariam determinada decisão em razão de, supostamente, contrariar uma lógica racional econômica, sem uma análise prévia detalhada ou mais fundamentada.

No cotidiano empresarial, quando uma pessoa jurídica busca justificar previamente uma transação para se resguardar, é comum realizar uma análise detalhada de risco e retorno. Essa análise envolve a apresentação dos resultados das opções a valor presente, demonstrando que a escolhida é a mais adequada. Simulações de possíveis riscos são conduzidas para cada opção, considerando fatores como risco de capacidade de pagamento e variação cambial, riscos específicos do negócio, entre outras possibilidades a depender da situação em específico.

A análise normalmente também inclui a mensuração de riscos e a comparação entre ambos, calculando frequentemente o custo de oportunidade de cada parte envolvida. Esse cálculo leva em conta, entre outros fatores, os custos de re-investimento decorrentes das diferenças de prazos de realização das opções e o

RA, Ricardo Mariz de; ZILVETI, Fernando Aurelio; MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Direito tributário: estudos em homenagem ao Professor Luís Eduardo Schoueri*. São Paulo: IBDT, 2023, p. 553.

poder de barganha nas negociações. Além disso, considera-se a conjuntura favorável para uma negociação específica que possa tornar uma opção mais vantajosa que outra disponível.

A avaliação da opção realisticamente disponível mais eficiente requer uma abordagem detalhada e meticulosa, que não se limita a justificativas superficiais, mas que incorpora análises quantitativas e qualitativas abrangentes. Essa abordagem deve ser capaz de demonstrar, de maneira robusta e fundamentada, que a escolha realizada é a mais racional e eficiente do ponto de vista econômico, alinhada com o comportamento esperado de partes independentes no mercado.

A complexidade inerente à análise de opções realisticamente disponíveis e a determinação do comportamento economicamente racional evidenciam a necessidade de um rigor metodológico elevado.

É necessário ter como pressuposto, por exemplo, que opções que impliquem violação de regras regulatórias ou que sejam ilegais não podem ser consideradas como realisticamente disponíveis. Esse entendimento é fundamental, pois a conformidade regulatória é um requisito imprescindível para a validade das opções consideradas.

Além disso, destacamos um ponto discutido internacionalmente²³, no tocante à duplicação de serviços, que deve ser analisada com cautela. Isso porque uma duplicação pode trazer benefícios adicionais que justifiquem sua presença, de forma que uma análise que desconsidere aspectos peculiares do negócio pode levar a conclusões equivocadas sobre a racionalidade econômica das escolhas feitas pelas empresas.

A avaliação das opções realisticamente disponíveis e a determinação do comportamento economicamente racional exigem uma abordagem detalhada e fundamentada, que incorpore tanto análises quantitativas quanto qualitativas. A ausência de critérios específicos pela OCDE e a superficialidade das justificativas fiscais ressaltam a importância de uma fundamentação robusta, essencial para garantir segurança jurídica e conformidade com as normas de preços de transferência.

II.4. Relações entre as regras da OCDE e a Lei n. 14.596/2023

Cotejando os itens analisados no tópico II, é possível observar aproximações, distanciamentos e pontos de atenção entre a legislação brasileira e as Diretrizes da OCDE.

É fato que a Lei n. 14.596/2023 constituiu um avanço na busca do alinhamento do Brasil às diretrizes da OCDE quanto aos regramentos envolvendo preços de

²³ O tema já é há muito discutido, como podemos observar em ZOLLO, Thomas M.; BOWERS, Christopher P.; COWAN JR., Jeffrey P. Transfer pricing for services: the next wave. *Taxes*, v. 81, p. 17, 2003.

transferência, especificamente ao incorporar, em sua redação, o conceito de opções realisticamente disponíveis em sua base. O conceito, como adiantado, apesar de estar presente, ainda que sob outra denominação, nas Diretrizes da OCDE desde 1995, só ganhou força a partir da versão de 2010, sendo ainda mais impulsionado com o cenário mundial pós-Projeto BEPS. Não por outra razão, a OCDE passou a enfatizar cada vez mais a necessidade de análise da racionalidade econômica das operações entre partes relacionadas para compreender integralmente os negócios realizados, distanciando-se de uma abordagem exclusivamente jurídica, aproximando-se de fatores econômicos em contrapartida a planejamentos tributários artificiais

A partir da leitura dos arts. 7º e 8º da Lei n. 14.596/2023, é possível notar a nítida aproximação entre o novo regime brasileiro de preços de transferência e as Diretrizes da OCDE quando o legislador brasileiro reconhece explicitamente o conceito de opção realisticamente disponível. Tal qual a orientação da OCDE, a legislação brasileira toma como pressuposto o princípio de que partes independentes atuam, normalmente, de forma racional, visando à opção comercial mais eficiente, de forma a garantir o alcance dos objetivos comerciais e, em última instância, o lucro. Nessa lógica, a legislação brasileira passa a permitir que, ao se observar uma transação entre partes relacionadas em que uma das partes sofra uma desvantagem nítida em comparação a outras opções de mercado – essas que devem ser efetivamente viáveis para a parte prejudicada –, seria possível suscitar a ausência de racionalidade econômica, autorizando o fisco, com a devida cautela, a substituir a operação, na linha das Diretrizes da OCDE.

Além disso, é de se destacar outro importante aspecto notado na convergência entre a realidade brasileira e a OCDE no tocante à imposta necessidade de consideração da perspectiva de todas as partes envolvidas na transação, e não apenas de uma delas. Com a evolução do tema, a OCDE passou a ordenar uma análise verdadeiramente bilateral, a partir da observância dos efeitos econômicos da operação, tanto para o comprador quanto para o vendedor (ou credor e devedor) na operação envolvida, o que foi absorvido pela legislação brasileira ao determinar a análise de ambos os lados da transação.

Por outro lado, é de se considerar, também, que, embora o conceito de operações realisticamente disponíveis tenha sido incorporado explicitamente pelo legislador, a aplicação dos conceitos relacionados ainda carece de maiores detalhes, sendo necessária uma observação de como a doutrina e a jurisprudência pátria se comportarão. Especialmente em razão da complexidade do tema envolvido, é justo esperar que a administração tributária e a jurisprudência necessitem de mais tempo para internalizarem completamente os conceitos envolvidos nas análises de opções realisticamente disponíveis em comparação ao contexto de países da OCDE que tenham maior proximidade com o tema.

Outro ponto que merece atenção e refino diz respeito ao grau de discricionariedade concedido às autoridades fiscais no panorama de análise da realidade

das operações. Ainda que a OCDE entenda pela possibilidade de desconsideração da transação, ela o faz prevendo o exercício de tal poder com parcimônia, respeitando também a liberdade empresarial, o perfil de risco de cada agente econômico e aceitando a possibilidade de erros legítimos na condução das atividades. A legislação brasileira, por sua vez, adota fundamento semelhante ao possibilitar a desconsideração ou substituição da operação, mas não indica de forma clara os limites para essa intervenção, de forma que a construção desse racional deve, também, ser realizada de forma cuidadosa, a fim de evitar abusos por parte dos agentes fiscalizadores.

Por fim, vale destacar que as Diretrizes da OCDE trazem considerações acerca da racionalidade dos agentes econômicos, assumindo ser possível que agentes econômicos tomem decisões equivocadas e que contrariariam a lógica econômica sem que isso necessariamente caracterize uma simulação ou uma conduta artificial, enquanto a legislação brasileira peca ao não expor essas considerações com a mesma clareza. Por essa razão, a jurisprudência deve cuidar para não qualificar como indevidas eventuais transações lícitas que, em um momento futuro, se demonstrem claramente desvantajosas, sendo necessário levar em consideração o contexto em que o agente econômico se inseria ao tomar aquela decisão.

A maior efetividade e os efeitos positivos da Lei n. 14.596/2023 dependerão não apenas de eventuais refinamentos da escrita da legislação e de eventuais acréscimos, mas também da forma como os aplicadores do Direito interpretarão e classificarão os dispositivos nos casos práticos, sendo necessário que se exija equilíbrio entre o combate à evasão e a preservação da segurança jurídica e da liberdade empresarial.

III. Estudos de casos: exemplos de empresas e suas escolhas de opções

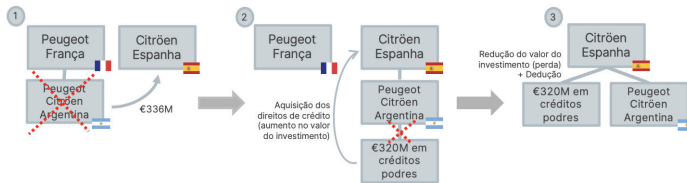
O caso Peugeot-Citroën²⁴ teve grande repercussão internacional, fundamentando-se em situação ocorrida com empresas localizadas em três diferentes países. Em breve síntese, a empresa Citroën localizada na Espanha adquiriu da empresa Peugeot localizada na França a participação societária que a empresa francesa possuía em uma empresa na Argentina pelo montante de 336 milhões de euros. Ato contínuo, a Citroën Espanha adquiriu créditos inadimplidos que a empresa na Argentina possuía pelo montante de 320 milhões de euros, realizando imediatamente a capitalização desses próprios créditos. Portanto, a operação consistiu na empresa espanhola adquirir crédito de uma empresa controlada, passando a deter crédito contra empresas independentes, fora do grupo.

Ocorre que, com a capitalização desses créditos, a empresa espanhola realizou um registro de perdas de investimentos, o que tornou o montante automaticamente dedutível – levando-se em consideração, ainda, que não havia uma regra

²⁴ Caso Spain vs. Peugeot Citroen Automoviles, maio 2016, Supreme Court, caso n. 58/2015.

antielisiva espanhola que proibisse a dedução desse tipo de crédito nesse espaço de tempo.

Vejamos o esquema prático da operação:



Dessa forma, o planejamento realizado pela empresa, em verdade, consistiu na aquisição de créditos inadimplidos com a conseqüente capitalização e imediata dedução dos valores a título de perda relacionada ao investimento, uma vez que seria crível que os créditos não seriam recebidos pela empresa na Argentina, dada a situação econômica do país.

Observando a realidade fática das empresas, é de se compreender que o objetivo final do grupo era, de fato, por meio de um planejamento tributário estruturado, o envio de caixa disponível para a empresa localizada na Argentina. Dado o cenário econômico frágil no país, a controladora teve a necessidade de injetar valores na operação no país, com a consciência de que a possibilidade de retorno em um prazo razoável era baixa ou inexistente, o que, portanto, excluiria a opção de realização de empréstimo. Entretanto, ao mesmo tempo em que se buscou injetar valores na operação da Argentina, buscou-se o efeito de dedução para a empresa espanhola, a fim de minimizar o impacto da transferência, realizando-se, para tanto, a baixa parcial do investimento realizado na Argentina sob o fundamento da expectativa de não recebimento dos créditos.

Diante desse cenário, a empresa espanhola sofreu autuação sob o fundamento de que partes independentes não teriam adquirido os créditos inadimplidos na situação como ocorrido. Para a compreensão da questão, é fundamental lembrar que, à época, não havia restrição na legislação espanhola para a dedução realizada pelo contribuinte. Não havendo outra argumentação, o fisco espanhol buscou descaracterizar a operação com fundamento em preços de transferência, alegando que, ao se considerarem o comportamento de partes independentes e as opções realisticamente disponíveis, os créditos não deveriam ter sido comprados.

Ao analisar a questão, o Supremo Tribunal Administrativo da Espanha deu vitória ao contribuinte, indicando que os créditos em discussão poderiam ter sido adquiridos em uma operação entre partes independentes e considerando as opções realisticamente disponíveis, ainda levando em consideração que existe um mercado de empresas e fundos que adquirem créditos de empresas em situação financeiramente instável ou de insolvência, existindo, portanto, um parâmetro de mercado nessa atuação.

Eventualmente, o fisco poderia ter obtido uma vitória caso tivesse se debruçado no ponto específico do deságio, buscando parâmetros de mercado para desconsiderar o percentual de desconto negociado na aquisição do crédito. Entretanto, a linha seguida pela autuação foi de uma desconsideração absoluta da operação com base em supostas violações às regras de preços de transferência, o que levou o Tribunal a anular a autuação.

Além disso, o Supremo Tribunal Administrativo da Espanha também indicou que o art. 9º do Acordo contra a Dupla Tributação firmado entre a Argentina e a Espanha²⁵, que é baseado na Convenção Modelo da OCDE, impediria a requalificação da transação, considerando que a redação do artigo indica a possibilidade apenas de um eventual ajuste nos lucros decorrentes de operações entre partes relacionadas, mas não a desconsideração total como pretendido pelo fisco espanhol.

Assim, seguindo a linha de impossibilidade de não autorização de requalificação das operações, o Tribunal entendeu que eventual questionamento da operação deveria ter sido realizado a partir de legislação interna espanhola (alguma GAAR doméstica) que demonstrasse que a operação teve como motivo para a sua realização um fim exclusivamente tributário, eventual configuração de abuso de direito, eventual falta de substância econômica, organização de estrutura excessivamente complexa ou gozo de benefício fiscal desproporcional ao benefício econômico. De maneira diversa, o fisco espanhol não utilizou nenhuma dessas hipóteses.

Em nosso entendimento, de fato, não seria possível descaracterizar que houve, de fato, um planejamento tributário estruturado na situação. De toda forma, entendemos ser acertada a decisão do Supremo Tribunal Administrativo da Espanha, pois a utilização do fundamento de preços de transferência para descaracterizar a operação não foi a melhor opção para questionar a operação. Isso porque não se sustenta o argumento do fisco de que a compra não constituiria, em verdade, uma opção realisticamente disponível, sob o fundamento de que a crise econômica na Argentina já era fato conhecido à época e que nenhum agente de mercado adquiriria aqueles créditos inadimplidos na Argentina, dado o risco de insolvência.

O risco de insolvência de fato se confirma, ainda mais ao se levar em consideração que a empresa adquirente fez o registro de baixa logo em seguida, mas a

²⁵ “Artículo 9. Empresas asociadas. [...] 2. Cuando un Estado Contratante incluya en las utilidades de una empresa de ese Estado – y las grave en consecuencia – las utilidades por las que una empresa del otro Estado Contratante haya sido gravada, y las utilidades así incluidas sean utilidades que habrían correspondido a la empresa del primer Estado si las condiciones establecidas entre las dos empresas hubieran sido las que regirían entre empresas independientes, ese otro Estado ajustará debidamente la cuantía del impuesto que grave en él esas utilidades. Para determinar ese ajuste se tendrán debidamente en cuenta las demás disposiciones del Convenio, y las autoridades competentes de los Estados Contratantes celebrarán consultas entre sí, cuando fuese necesario.”

autuação com base em preços de transferência não deveria ter ocorrido, mas sim com base em uma GAAR doméstica, indicando, com padrões de mercado, o motivo pelo qual o deságio utilizado na situação estaria fora dos padrões de mercado, não havendo uma desconsideração absoluta da operação.

Em outra situação, tratando de opções realisticamente disponíveis, julgou-se o caso Hess Norge AS²⁶, ocasião em que se tratou de reajuste de contratos de mútuo entre empresas do mesmo grupo.

A empresa Hess Norge (Noruega) firmou um contrato de mútuo de 1,5 bilhão de dólares com a empresa Hess E&P Holdings Sarl (Luxemburgo) no ano de 2006, com vencimento ajustado para o ano de 2011, possuindo a taxa indexadora de juros LIBOR de um ano, acrescida de 1%. A questão surge em razão de, no ano de 2009, antes do vencimento, a Hess Norge ter repactuado o montante devido com a Hess Oil and Gas BV (Holanda), que integrava o grupo econômico.

No refinanciamento, as empresas mantiveram o valor principal acordado, mas foi acordada uma alteração na taxa de juros e a data de vencimento do contrato. Alterou-se a taxa de, anteriormente, LIBOR de um ano acrescida de 1%, para LIBOR de três meses acrescida de 4,5% (posteriormente reduzida para 4%), bem como a data de vencimento da obrigação, que passou a ser no ano de 2016.

Além disso, também houve uma troca na moeda do contrato, com uma substituição da indexação de 1,5 bilhão de dólares para 9 bilhões de coroas norueguesas, ainda que os valores fossem, em tese, equivalentes.

Nesse cenário, o fisco alegou que nenhuma parte independente realizaria as mudanças observadas, uma vez que seria impensável a realização de uma repactuação antes do prazo de vencimento, visando ao aumento da taxa de juros – não haveria lógica econômica para, exemplificativamente, uma empresa repactuar, no segundo ano, um empréstimo no mercado de seis anos com taxa de juros de 9% para aumentar a taxa de juros para 13%. Seria, portanto, um comportamento economicamente irracional.

O contribuinte, por sua vez, demonstrou ao fisco que o montante devido foi repactuado para que houvesse uma alteração da moeda e que tal alteração era necessária para a estabilização cambial, dado que a empresa teria registrado, entre os anos de 2006 e 2009, perdas cambiais de aproximadamente 686 milhões de coroas norueguesas. Por essa razão, com a repactuação da dívida, houve de fato um aumento na taxa de juros, que gerou, por consequência, despesas financeiras na ordem de 262 milhões de coroas norueguesas, o que, na prática, apenas cumpriu o papel de frear uma perda cambial ainda maior do que a adição de custo obtida em razão da alteração (aumento) na taxa de juros original.

No julgamento, o Tribunal alegou que a perda cambial ocorrida entre os anos de 2006 e 2009 não implicava diretamente que nos anos restantes do contra-

²⁶ Caso *Norway vs Hess Norge AS*, May 2017, Court of Appeal.

to até então (de 2009 a 2011) também haveria perdas cambiais. De forma oposta, o aumento da taxa de juros era uma decisão certa, sendo que, a partir da alteração da taxa, haveria necessariamente uma dívida maior em razão dos novos juros acordados. Por essa razão, o Tribunal entendeu que a realização de uma repactuação nessa taxa de juros não configuraria uma escolha economicamente racional.

A decisão também discutiu o fato de que se a empresa buscasse um novo financiamento da mesma natureza no mercado, no ano da repactuação, ela teria a mesma taxa de juros, de 4%. Interessante notar que a decisão é parcialmente favorável, mantendo-se a autuação apenas para o ano de 2009, uma vez que, para os anos de 2010 e 2011, a empresa realizou uma reestruturação e necessitou da utilização de novas plataformas de petróleo, de forma que obrigatoriamente buscaria uma nova captação no mercado e, portanto, teria de ser parte em uma negociação com terceiros independentes com base em juros de 4%. Com esse fundamento, o Tribunal cancelou a autuação para os anos de 2010 e 2011, mantendo-a apenas para o ano de 2009.

Diante da decisão, por um lado, é possível questionar a posição adotada pelo Tribunal, dado que a variação cambial, principalmente para cenários de negociações internacionais, é um fator incerto e cuja alteração não tem ligação com a vontade das partes, já que ainda que seja possível buscar previsões econômicas, todas as análises nesse campo são suscetíveis a falhas, ainda mais considerando, no caso específico, que a variação ocorreu durante a crise financeira do ano de 2008. Assim, seria possível afirmar que as partes poderiam realizar um reajuste na taxa do contrato estabelecido entre elas, com base em um fundamento legítimo, para dar maior previsibilidade ao contrato, de forma que a interferência da visão fiscal poderia ser considerada indevida, dada a amplitude de alteração de decisões de administradores de empresas com base em visões teóricas/legais possivelmente não condizentes com a realidade empresarial.

Por outro lado, também é necessário ressaltar que, de fato, é questionável o fato de uma empresa realizar uma repactuação de um débito para que passe a realizar o pagamento maior de uma taxa de juros em uma situação de mercado. Salvo exceções – não impossíveis de serem verificadas na prática –, como histórico de parceria comercial, inadimplência parcial, questões contratuais específicas ou, principalmente, a expectativa muito forte de um movimento cambial que beneficiasse a empresa devedora em razão da nova indexação da moeda, não é de se esperar que agentes agindo de forma economicamente racional escolheriam, graciosamente, repactuar uma dívida para que passassem a pagar um valor mais alto a título de juros em um contrato de mútuo.

De toda forma, a repactuação da moeda pode representar propriamente uma aposta da administração da empresa, que espera ser beneficiada com a flutuação cambial, tratando-se de uma verdadeira liberalidade quanto ao apetite de risco para aquela empresa – e a aposta pode dar certo ou errado. Envolve-se,

nesse ponto, o fato de que a análise de fatos econômicos pretéritos pode soar evidente após o distanciamento fático daquele momento, por exemplo, após cinco anos de um determinado evento mundial relevante, a análise temporalmente desconectada e sem o peso decisório pode indicar de forma óbvia que a flutuação de uma moeda se daria de uma forma, o que pode não ser tão evidente no momento da tomada de decisão, de forma que autuações com base nessa análise devem ser realizadas com cautela.

Entendemos que, apesar de questionável *a priori*, a operação realizada poderia ter uma série de embasamentos suficientes para obstem a autuação. A empresa encontrava-se em um momento em que já havia registrado 686 milhões de coroas norueguesas a título de perdas cambiais, de forma que a repactuação possui motivos relevantes para ocorrer. É economicamente racional pensar que o aumento da taxa de juros conjuntamente com a alteração da moeda indexadora do contrato pode refletir de forma positiva no negócio, sendo possível diminuir o custo efetivo daquele contrato, de forma a torná-lo lucrativo ou menos prejudicial – transferiu-se uma dívida em uma moeda muito forte para uma moeda mais fraca, com base na qual a empresa auferia receita. A decisão do Tribunal falhou em analisar a realidade fática quanto ao funcionamento do caixa da empresa, bem como a existência da estratégia financeira para essa alteração de moeda.

Por fim, destacamos o caso *Mitsubishi Corporation*²⁷, julgado pelo Tribunal de Apelação em Nova Délhi, na Índia, no qual se tratou da remuneração ocorrida entre as empresas do grupo. Na ocasião, a *Mitsubishi Corporation*, localizada no Japão, pagava um valor a título de remuneração em razão da existência de um contrato de manufatura.

Nesse modelo de contrato, a empresa indiana recebia remuneração específica de *royalties* pela fabricação dos produtos solicitados pela empresa japonesa em razão de os produtos estarem de acordo com as regras especificadas pela empresa japonesa. Em outras palavras, tratava-se de um pagamento de *royalties* por *know-how*.

Observando a operação, o fisco indiano alegou que os *royalties* seriam indedutíveis, uma vez que, estando a relação inserida em um contrato de fabricação por encomenda, por conta e ordem da *Mitsubishi Japão*, seria pressuposto absoluto que as regras, modelos, desenhos, padrões e especificações do produto estabelecidos pela encomendante fossem seguidos, de forma que não haveria que se falar em dedução de *royalties* pelo *know-how* de fabricação daqueles produtos. Ainda, alegou-se que partes independentes agindo de forma economicamente racional, observando as opções realisticamente disponíveis, não teriam realizado o pagamento de *royalties* nessa situação.

²⁷ Caso *Mitsubishi Corporation vs. Deputy Commissioner of Income Tax*, ITA n. 511/Del/2009, jul. 2011, Tribunal de Nova Délhi.

No julgamento, que restou positivo para o contribuinte, o Tribunal assentou que a empresa indiana não industrializava produtos somente para a Mitsubishi japonesa, mas também para outras empresas. Não se tratava de uma exclusividade, sendo que a maior parte dos produtos não era sequer vendida para a empresa japonesa, o que, portanto, justificaria o pagamento de *royalties*, pois toda a tecnologia de fabricação e de fornecimento relacionada ao processo de produção da Mitsubishi poderia ser aplicada também para outros procedimentos industriais realizados com terceiros.

A autuação fiscal, conforme consignado na decisão, baseou-se em uma aplicação descontextualizada do parágrafo 6 (17) das Diretrizes de preços de transferência do ano de 2010 da OCDE²⁸, que, em síntese, indicava que nas operações de remuneração pelo uso de intangíveis em um contexto de industrialização, o montante devido pelo intangível pode estar inserido no total cobrado pela venda do produto. Nessa situação, a OCDE recomendava que seria necessário avaliar se o pagamento de *royalties* era necessário naquela operação em específico, a fim de se evitar uma dupla dedução nos casos em concreto.

No caso em análise, o fisco indiano não chegou sequer a questionar se a empresa indiana recebeu, exemplificativamente, patentes de fabricação em troca de um valor menor em algum produto necessário para a industrialização – o que não ocorreu, já que a empresa indiana era, inclusive, responsável pela aquisição dos produtos intermediários.

Por essa razão, entendemos ser acertada a decisão tomada pelo Tribunal ao afirmar que não é correto se utilizar de passagens isoladas das Diretrizes de preços de transferência da OCDE exclusivamente com o intuito de justificar a autuação com base em supostas violações a regras de preços de transferência.

A análise dos precedentes internacionais cumpre o papel de balizar conceitos envolvendo o tema das opções realisticamente disponíveis, novos na legislação brasileira, mas que já possuem delineamentos na prática internacional. Percebemos, portanto, que a aplicação dessas noções deve ser realizada com cautela e com profundo enraizamento na realidade econômica dos negócios, sob pena de o fisco incorrer em requalificações artificiais que desconsideram a lógica empresarial legítima.

Como observamos, no caso Peugeot-Citroën, o fundamento básico utilizado pela Corte espanhola foi de que a dedução de perdas em investimentos decorrentes da capitalização de créditos inadimplidos não poderia ser afastada com base

²⁸ “The determination of transfer prices should be based on the premise that the parties to a transaction between associated enterprises act independently and in a manner consistent with the arm’s length principle. This means that the price or remuneration agreed upon should be what would have been agreed upon by independent enterprises under comparable circumstances, reflecting market conditions and the nature of the transactions” (OECD. Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, OECD Publishing, Paris, 2010).

em uma suposta inexistência de racionalidade econômica, levando-se em conta, especialmente, que há agentes no mercado que adquirem esse tipo de ativo em situações muito parecidas. A reflexão delineada no decidido pelo tribunal deixa clara a importância de que a análise da viabilidade de uma operação entre partes relacionadas leve em conta o comportamento efetivo de agentes de mercado, inclusive os que aceitam riscos elevados. Além disso, outro relevante aprendizado para os aplicadores brasileiros é a determinação da impossibilidade de utilização de métodos relacionados a preços de transferência para a simples correção de planejamentos tributários que não seriam atingidos por regras gerais antielisivas, contanto que a operação se enquadre dentro dos moldes aceitáveis pela legislação. O delineamento desta noção ganha ainda mais força mediante a ainda ausente regulamentação do parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional.

Já o estudo do caso Hess Norge, ainda que possua detalhes e peculiaridades distintas, cumpre o papel de aprofundar a discussão referente aos comportamentos dos agentes de mercado ao ilustrar os limites entre decisões gerenciais e a interferência fiscal. Uma consideração isolada de todo o contexto existente (como a ocorrida repactuação de contratos com alteração de taxa de juros e moeda no caso concreto) pode, em um primeiro momento, parecer irrazoável e levantar desconfiças da autoridade fiscal, mas uma melhor análise pode levar à conclusão de que, considerada a realidade financeira da empresa, o histórico cambial e os objetivos de mitigação de perdas, a situação não seja considerada artificial. A decisão do Tribunal norueguês levanta o alerta de que, para além de simulações ou construções teóricas de comparabilidade, é imprescindível que haja margem para a avaliação concreta de riscos empresariais e estratégias legítimas. Para fins de realidade brasileira, urge que a Receita Federal, ao aplicar os métodos de preços de transferência para analisar operações ocorridas, não se pautem em uma visão exclusivamente retroativa e descolada do contexto da decisão empresarial, já que as obviedades e os riscos são muito mais evidentes depois de ocorrida a operação e analisada por um terceiro não envolvido.

Por fim, no caso da Mitsubishi Corporation, a jurisprudência indiana reforça um ponto de extrema relevância para os aplicadores das regras Brasil: a importância da substância econômica e do contexto operacional da empresa. A tentativa do fisco indiano de desconsiderar o pagamento de *royalties* com base em uma leitura literal e isolada das Diretrizes da OCDE foi afastada justamente pela análise do uso efetivo do *know-how* transferido, que era aplicável a diversos clientes. Principalmente ao se considerar a novidade do tema em ambientes de julgamento no Brasil, é de se esperar que os julgadores não se pautem exclusivamente pelas Diretrizes da OCDE. Nessa linha, o caso analisado reforça o entendimento de que o simples fato de haver vínculo entre as partes não afasta, por si só, a legitimidade de remuneração por intangíveis. De forma diversa, é necessário que a

análise das opções realisticamente disponíveis considere também as circunstâncias contratuais, operacionais e comerciais envolvidas, analisando todo a realidade daquela operação.

Os três casos acendem o alerta para os julgadores brasileiros que o uso do conceito de “opções realisticamente disponíveis” não pode se afastar da realidade concreta das empresas e da lógica dos negócios, uma vez que a realidade fática e as decisões empresariais são indissociáveis. Para tanto, a análise fiscal deve considerar também os elementos econômicos, financeiros e setoriais que motivaram determinada conduta, de forma a evitar generalizações e juízos retrospectivos simplistas.

IV. Conclusão

As análises envolvendo as opções realisticamente disponíveis em contexto de preços de transferência são de extrema complexidade.

Para a verificação do acerto e da existência ou não daquela opção é fundamental considerar os vieses comportamentais que influenciam as decisões tomadas pelas empresas. As decisões tomadas pelas empresas são tomadas, em verdade, por pessoas físicas, fazendo que também a racionalidade empresarial seja, em última instância, limitada pela capacidade biológica de absorver todas as informações necessárias para tomar aquela decisão. As decisões tomadas por aqueles gestores terão como base, necessariamente, um recorte das opções e riscos existentes no momento de tomada daquela decisão.

Essas decisões, portanto, são influenciadas por estímulos externos, impulsos internos e outros elementos, de forma que as decisões empresariais econômicas não são puramente racionais, envolvendo, normalmente, um fator emocional a depender da tolerância ao risco daquela empresa.

Além disso, há fatores sociais²⁹ que também podem influenciar naquelas decisões tomadas, fazendo com que a empresa não opte pela melhor opção realisticamente disponível não por má-fé, mas por puro erro empresarial, o que, nitidamente, não deve ser punido pelo Direito.

Todos são suscetíveis a erros no processo decisório. As análises de risco e retorno são sempre estimativas baseadas em premissas que podem não ter o grau de confiança necessário para tomar uma decisão informada.

Forçar um administrador de empresas a tomar, sempre, a decisão econômica mais acertada, sob pena de ter sobre ele imposta uma tributação mais severa corre o risco de atrapalhar, ainda mais, o desenvolvimento das atividades empresariais, além de ser um grande gerador de insegurança jurídica, já que o contri-

²⁹ Para mais, ver THALER, Richard H. *Nudge*: como tirar o máximo proveito das escolhas. São Paulo: Editora Campus, 2016, obra em que se analisa como fatores sociais podem influenciar decisões racionais, o que não deveria gerar punições aos agentes econômicos como se tais atos tivessem sido embasados em má-fé.

buinte não tem a possibilidade de prever, com certeza absoluta, as consequências de suas escolhas, enquanto, por outro lado, o fisco pode requalificar a operação com base na análise de uma gama imensa de exemplos de administradores que teriam agido de forma diferente.

Diante da nova lei de preços de transferência, a jurisprudência brasileira deve cuidar para não abrir margem a esse tipo de interpretação, sob pena de interferir de forma grave na liberdade empresarial e na liberdade de contratar, o que, até hoje, tem sido rechaçado pela jurisprudência pátria, exceptuados, obviamente, casos de abuso, que são o foco das análises de preços de transferência.

Bibliografia

- DWARAKASING, Ramonf S. J. The concept of associated enterprises. *Intertax*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, v. 41, n. 8-9, 2013.
- GREGORIO, Ricardo Marozzi. Delineamento da transação controlada na Nova Lei de Preços de Transferência. *Revista de Direito Tributário Internacional Atual*, n. 12, p. 241-296, 2023.
- KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2011.
- LANG, Michael; COTTANI, Giammarco; PETRUZZI, Raffaele; STORCK, Alfred. *Fundamentals of transfer pricing: a practical guide*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2019.
- LAVEZ, Raphael Assef. BEPS: para quem? Avaliando o Projeto da OCDE a partir do princípio Arm's Length. In: GOMES, Marcus Lívio Gomes; SCHOUERI, Luís Eduardo. *A tributação internacional na Era Pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- LEITCH, Robert A.; BARRETT, Kevin S. Multinational transfer pricing: objectives and constraints. *Journal of Accounting Literature*, v. 11, p. 47, 1992.
- PAREKH, Siddharth. The concept of 'options realistically available' under the OECD transfer pricing guidelines. *International Transfer Pricing Journal*, Amsterdam, IBFD, 2015.
- PETRUZZI, Raffaele. The Arm's Length Principle: between legal fiction and economic reality. In: LANG, Michael *et al.* (coord.). *Transfer pricing in a Post-BEPS world*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016.
- ROBILLARD, Robert. Contractual arrangements and the delineation of a transaction: a duo in crisis mode. *Intertax*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, v. 45, n. 12, , 2017.
- SANTOS, Ramon Tomazela; PEGORARO, Andressa. O comportamento comercialmente racional e as opções realisticamente disponíveis no controle dos preços de transferência. In: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de; ZILVETI, Fernando Aurelio; MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Direito tributário: estudos em home-*

- nagem ao Professor Luís Eduardo Schoueri. São Paulo: IBDT, 2023, p. 543-560.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de transferência no direito tributário brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2013.
- THALER, Richard H. *Nudge: como tirar o máximo proveito das escolhas*. São Paulo: Editora Campus, 2016.
- ZOLLO, Thomas M.; BOWERS, Christopher P.; COWAN JR., Jeffrey P. Transfer pricing for services: the next wave. *Taxes*, v. 81, 2003.

