

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARCELA FERNANDES TAVARES

**A UNIFORMIZAÇÃO NORMATIVA DA OCDE ATRAVÉS DO PLANO BEPS: o  
impacto dos preços de transferência de intangíveis na concorrência em comércio  
internacional**

Recife  
2024

MARCELA FERNANDES TAVARES

**A UNIFORMIZAÇÃO NORMATIVA DA OCDE ATRAVÉS DO PLANO BEPS: o  
impacto dos preços de transferência de intangíveis na concorrência em comércio  
internacional**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Transformações do Direito Privado

Linha de pesquisa: Direito Internacional Privado e Globalização

Orientador: Prof. Dr. Fernando Sérgio Tenório de Amorim

Recife

2024

.Catalogação de Publicação na Fonte. UFPE - Biblioteca Central

Tavares, Marcela Fernandes.

A uniformização normativa da OCDE através do plano BEPS: o impacto dos preços de transferência de intangíveis na concorrência em comércio internacional / Marcela Fernandes Tavares. - Recife, 2024.  
160 f.: il.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Pernambuco, Faculdade de Direito do Recife, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2024.

Orientação: Fernando Sérgio Tenório de Amorim. Inclui referências.

1. Comércio internacional; 2. Empresas transnacionais; 3. Projeto BEPS; 4. Preços de transferência; 5. Bens intangíveis.

I. Amorim, Fernando Sérgio Tenório de. II. Título.

MARCELA FERNANDES TAVARES

**A UNIFORMIZAÇÃO NORMATIVA DA OCDE ATRAVÉS DO PLANO BEPS: o  
impacto dos preços de transferência de intangíveis na concorrência em comércio  
internacional**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Transformações do Direito Privado.

Aprovado em: 30/04/2024.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Fernando Sergio Tenorio de Amorim (Orientador)  
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

---

Profa. Dra. Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza (Examinadora Interna)  
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

---

Prof. Dr. Aurelio Agostinho da Boaviagem (Examinador Interno)  
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

---

Prof. Dr. Adelgício de Barros Correia Sobrinho (Examinador Externo)  
Universidade Salgado de Oliveira – UNIVERSO

*A Dona Francinete, avó amorosa e melhor amiga.*

## AGRADECIMENTOS

É chegado o momento que, durante os últimos dois anos, me passou diversas vezes pela cabeça: a hora de agradecer a todos os que me ajudaram a realizar o sonho de ser Mestra em Direito Internacional Privado pela Faculdade de Direito do Recife. O título, embora muito honroso, é uma consequência. O meu sonho era a jornada.

Cursar mestrado no PPGD-UFPE me trouxe tudo o que eu queria e que sabia que precisava desde que saí da graduação: amadurecimento intelectual, expansão e superação de limites mentais, ganho de conhecimento, um novo olhar para fazer análises, ampliação de networking, leituras além dos meus horizontes, segurança para escrever e principalmente, a experiência de produzir conhecimento científico. A verdadeira “experiência viva da ciência”, da qual falou Max Weber.

Ter a UFPE, a Faculdade de Direito do Recife, a Casa de Tobias Barreto como *alma mater* é uma honra e um dever. Certa vez ouvi um professor comentar que “mestrado não é ônibus, que você entra e sai, e nunca mais retorna”, do contrário, “ao cursar mestrado, você adquire um vínculo com a universidade, permanecendo membro do grupo de pesquisadores”. Concordo plenamente e tenho ciência da responsabilidade que vem com isso: a de retribuir. Espero um dia poder fazê-lo.

Falemos, agora, de quem me ajudou a realizar esse meu sonho acadêmico. Sem Deus, sua Santíssima Mãe, sem os santos e os anjos, sem meu anjo da guarda, eu jamais teria conseguido. Sem São Miguel Arcanjo ao meu lado, esta batalha jamais teria sido vencida. Nunca a Providência Divina e a doce proteção de Nossa Senhora me abandonaram ou esqueceram, e neste capítulo da minha vida não foi diferente. Não se pode olvidar que a sabedoria é um dom do Espírito Santo, assim como o entendimento e a ciência, e é à Santíssima Trindade que, em primeiríssimo lugar, eu dou graças pela presente conquista.

Em seguida, minha família merece especial consideração. À minha avó, Francinete e à minha tia-avó Nevinha, muito obrigada por toda torcida e incentivo. À minha mãe, Frances, que rezou sei lá quantas novenas para que eu conseguisse terminar de escrever a famigerada dissertação. Ao meu pai, Marcelo, que, nas primeiras semanas de aula, acordou praticamente de madrugada para que eu não viajasse a Recife sozinha, e me guiou a fim de que eu fosse e voltasse de todas as minhas aulas e atividades acadêmicas sempre em segurança. A ambos, por todo amor e investimento que puseram em mim e na minha educação. Aos meus tios, Sandro e Fábio, pelo amor e apoio incondicionais e perenes que sempre me deram. Aos meus tios, Ricardo, Márcio, Pedro e Paulo, por toda torcida nesta jornada. Às minhas tias, suas esposas,

que igualmente torceram por mim com carinho. Aos meus primos, especialmente Milena, Matheus, Lucas, Catarina e Gabriel, por sempre me fazerem acreditar que vai dar certo e por vibrarem pelas minhas conquistas como se fossem suas.

A João Alberto, meu fiel escudeiro de todas as aventuras nas quais eu me meto, pelas horas roubadas, pelas palavras e silêncios de carinho e conforto, pelos olhos e sorrisos orgulhosos que me dirige. Muito obrigada.

Aos amigos, especialmente Milena Fernandes, Beatriz Grisi, Ana Júlia Tavares, Lucas Souto, Letícia Serpa, Rossana Ramalho, Nicolas Fernandes, Milla Gomes e Izadora Coutinho, pela torcida acalorada, pela fé cega que nutriam de que eu alcançaria meus objetivos, pela compreensão a respeito dos meus sumiços e, a esta última, pelas horas de estudo, conselhos acadêmicos e pelo exemplo. Aos colegas de mestrado, Ailime Buarque, Amanda Nogueira, Gabriel Marroquim, Marcos Coimbra, Débora Buarque e Roberto Dutra, que, sendo surpresas agradabilíssimas que tive, tornaram-se amigos e fizeram com que a minha caminhada fosse mais leve e divertida.

Aos meus professores, especialmente Eugênia Barza e Aurélio da Bôaviagem que, embora firmes, como têm que ser, me ensinaram com paciência, empatia, leveza, bom-humor e doçura jamais vistas, me fazendo aprender muito mais do que eles imaginam. Se um dia eu seguir a docência, em tudo procurarei imitá-los. Vocês me inspiraram para sempre.

Ao meu orientador, professor Fernando de Amorim, que acreditou em mim e na minha pesquisa, me deixando livre para pesquisar e escrever nos meus termos, sem, no entanto, deixar de guiar o trabalho, bem como pelas palavras de apoio e incentivo durante meus momentos de ansiedade e autocobrança.

Na pessoa do professor Alex Taveira, agradeço aos meus professores tributaristas do UNIESP, minha instituição de origem, pelo encorajamento.

Agradeço, ainda, a Eitel Santiago de Brito Pereira e a Ademar Azevedo Régis, pela torcida, confiança, compreensão, paciência, estímulo e exemplo.

*“[...] todo aquele que se julgue incapaz de, por assim dizer, usar antolhos ou de se apegar à ideia de que o destino de sua alma depende de ele formular determina conjectura e precisamente essa, a tal altura de tal manuscrito, fará melhor em permanecer alheio ao trabalho científico. Ele jamais sentirá o que se pode chamar de a ‘experiência viva’ da ciência. Sem essa embriaguez singular, de que zombam todos os que se mantêm afastados da ciência, sem essa paixão, sem essa certeza de que ‘milhares de anos se escoaram antes de você ter acesso à vida e milhares se escoarão em silêncio’ se você não for capaz de formular aquela conjectura; sem isso, você não possuirá jamais a vocação de cientista e melhor será que se dedique a outra atividade. Com efeito, para o homem, enquanto homem, nada tem valor a menos que ele possa fazê-lo com paixão.” (Weber, 1999, p. 24-25).*

## RESUMO

A globalização é um fenômeno que possui diversas faces, e uma delas é a globalização econômica. Há empresas que distribuem sua cadeia de produção e sua atuação empresarial por todo o globo, as chamadas empresas transnacionais. Assim, possuem elementos de conexão com diversos países, e se planejam internacionalmente para reduzir a sua carga tributária. Uma das maneiras mais óbvias de fazê-lo é através da manipulação dos preços dos contratos internacionais entre empresas relacionadas, isto é, do mesmo grupo empresarial. Como tais contratos não são regulados pelas forças de mercado aberto, as empresas podem distorcer suas condições para transferir seus lucros para países de tributação mais favorecida. Ainda, a globalização econômica vem acompanhada de um processo denominado de digitalização da economia, através do qual os avanços tecnológicos permitem que o patrimônio possa ser, também, incorpóreo, o que contribui com oportunidades para a fuga da tributação. A ausência de integração de normas tributárias entre os diversos ordenamentos jurídicos contribui para a prática de planejamento tributário internacional agressivo, que ficou conhecida como erosão das bases tributáveis e transferência artificial de lucros (*Base Erosion and Profit Shifting – BEPS*). O problema BEPS implica em redução da arrecadação dos Estados Nacionais e no comprometimento da credibilidade dos sistemas tributários. Pensando nisso, a OCDE, em conjunto com o G-20, elaborou o Projeto BEPS, um plano de 15 ações que buscam combater a evasão fiscal no plano internacional, através da uniformização das normas tributárias dos ordenamentos jurídicos. Frise-se, ainda, que a fuga da tributação pode ser utilizada por determinadas empresas como sendo parte de sua estratégia comercial, causando desequilíbrios na concorrência internacional. Dez anos após a publicação do Projeto BEPS, e com a digitalização do patrimônio cada vez mais acentuada, é preciso verificar quais impactos as diretrizes da OCDE sobre preços de transferência de intangíveis causam no comércio internacional, em termos de preservação da livre concorrência através do combate à evasão fiscal internacional. O presente estudo se propõe a responder esse questionamento, abordando a uniformização normativa da OCDE em matéria de preços de transferência de intangíveis e quais os efeitos da medida no comércio internacional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Comércio internacional; empresas transnacionais; Projeto BEPS; preços de transferência; Bens intangíveis.

## L'ABSTRACT

La mondialisation est un phénomène aux multiples facettes, dont l'une est la mondialisation économique. Certaines entreprises déploient leur chaîne de production et leurs activités commerciales à travers le monde, ce qu'on appelle les entreprises transnationales. Elles entretiennent ainsi des liens avec divers pays et planifient leurs opérations à l'échelle internationale pour réduire leur charge fiscale. L'une des méthodes les plus évidentes pour y parvenir est la manipulation des prix des contrats internationaux entre entreprises liées, c'est-à-dire du même groupe d'entreprises. Comme ces contrats ne sont pas régis par les forces du marché ouvert, les entreprises peuvent déformer leurs conditions pour transférer leurs profits vers des pays à fiscalité plus avantageuse. De plus, la mondialisation économique s'accompagne d'un processus appelé la numérisation de l'économie, grâce auquel les avancées technologiques permettent que la richesse soit également incorporelle, ce qui ouvre des opportunités pour l'évasion fiscale. L'absence d'intégration des normes fiscales entre les différents systèmes juridiques contribue à la pratique de la planification fiscale internationale agressive, connue sous le nom d'érosion de la base d'imposition et de transfert artificiel de bénéfices (Base Erosion and Profit Shifting – BEPS). Le problème BEPS entraîne une diminution des recettes des États nationaux et compromet la crédibilité des systèmes fiscaux. Dans cette optique, l'OCDE, en collaboration avec le G-20, a élaboré le Projet BEPS, un plan de 15 actions visant à lutter contre l'évasion fiscale à l'échelle internationale en uniformisant les normes fiscales. Il convient également de souligner que l'évasion fiscale peut être utilisée par certaines entreprises comme faisant partie de leur stratégie commerciale, ce qui entraîne des déséquilibres dans la concurrence internationale. Dix ans après la publication du Projet BEPS, et avec une numérisation croissante de la richesse, il est nécessaire d'examiner les impacts des directives de l'OCDE sur les prix de transfert d'éléments incorporels sur le commerce international, en termes de préservation de la concurrence libre et équitable en luttant contre l'évasion fiscale internationale. La présente étude vise à répondre à cette question en abordant l'harmonisation normative de l'OCDE en matière de prix de transfert d'éléments incorporels et les effets de cette mesure sur le commerce international.

**MOTS-CLÉS:** Commerce international; entreprises transnationales; Projet BEPS; prix de transfert; biens incorporels.

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Treaty Shopping .....	36
Most importante tax issues for tax directors .....	65
Importance of transfer pricing in the next two years.....	66
Modelo atual de Preços de Transferência x Modelo proposto pela OCDE .....	122-124
Avarage corporate tax revenues as a percentage of total tax and as a percentage of GDP .....	143
The success of the automatic Exchange of bank information .....	144
Profit Shifting by multinational companies has exploded and remains high. ....	146

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
CCA	Cost and Contribution Agreements
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CDTRs	Convenções para Evitar a Dupla Tributação da Renda
DIPr	Direito Internacional Privado
DTI	Direito Tributário Internacional
ETNs	Empresas Transnacionais
FMI	Fundo Monetário Internacional
G-20	Grupo dos Vinte
GAAR	General Anti Avoidance Rule
HTVI	Hard to Value Intangibles
IFA	International Fiscal Association
MLI	Multilateral Convention to Implement Tax Treaties measures to prevent BEPS
OCDE	Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico
ONU	Organização das Nações Unidas
PCT	Plataform on Collaboration on Tax
PPT	Principal Purpose Test
TP	Transfer Pricing

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>15</b>
<b>2 COMÉRCIO INTERNACIONAL E AÇÃO DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS</b> .....	<b>18</b>
<b>2.1 Comércio internacional e seus agentes .....</b>	<b>18</b>
<b>2.2 Empresas transnacionais: Conceito, nomenclatura, características e modus operandi.....</b>	<b>22</b>
<i>2.2.1 Planejamento tributário internacional agressivo: o papel das empresas transnacionais na erosão das bases tributáveis e na transferência artificial de lucros .....</i>	<i>22</i>
<i>2.2.2 A fuga da tributação como causa de desequilíbrios na concorrência Internacional .....</i>	<i>32</i>
<b>2.3 O Plano de Ação BEPS e seus contornos normativos.....</b>	<b>41</b>
<b>3 BORDERLESS ECONOMY: O PAPEL DOS BENS INTANGÍVEIS NO CENÁRIO DA TRIBUTAÇÃO INTERNACIONAL .....</b>	<b>46</b>
<b>3.1 Intangíveis: conceitos, características e espécies .....</b>	<b>46</b>
<i>3.1.1 As patentes como exemplo de intangível para fins de preços de transferência.....</i>	<i>49</i>
<i>3.1.2 Know-how e trade secrets: intangíveis para fins de preços de transferência .....</i>	<i>51</i>
<i>3.1.3 O controle de preços de transferência e a marca registrada, o nome empresarial e a marca.....</i>	<i>52</i>
<i>3.1.3.1 Marca registrada como exemplo de intangível.....</i>	<i>52</i>
<i>3.1.3.2 Nome comercial como exemplo de intangível.....</i>	<i>53</i>
<i>3.1.3.3 Marcas como exemplos de intangíveis .....</i>	<i>54</i>
<i>3.1.4 Direitos contratuais e licenças governamentais: controle de preços de transferência ..</i>	<i>55</i>
<i>3.1.4.1 Licenças governamentais como exemplos de intangíveis.....</i>	<i>55</i>
<i>3.1.4.2 Direitos contratuais como exemplos de intangíveis .....</i>	<i>56</i>
<i>3.1.5 Licenças e outros direitos limitados em intangíveis, como exemplos de intangíveis.....</i>	<i>57</i>
<i>3.1.6 Goodwill e ongoing concern value: mais um exemplo de intangível.....</i>	<i>57</i>
<b>3.2 Dificuldades na valoração: Hard to value intangibles.....</b>	<b>58</b>

<b>3.3 Desafios da digitalização do patrimônio e da economia digital .....</b>	<b>59</b>
<b>3.4 Intangíveis e oportunidades para a evasão fiscal .....</b>	<b>62</b>
<b>4 PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA: AS INICIATIVAS DA OCDE PARA SUA HARMONIZAÇÃO NORMATIVA.....</b>	<b>65</b>
<b>4.1 Relevância e conceituação dos Preços de Transferência .....</b>	<b>65</b>
<b>4.2 O Princípio Arm's Length e os métodos de precificação.....</b>	<b>70</b>
<b>4.3 Disposições da Ação 8 do BEPS sobre intangíveis.....</b>	<b>77</b>
<i>4.3.1 Seção B – Propriedade legal, termos contratuais, e condutas das partes .....</i>	<i>78</i>
<i>4.3.2 Seção C - Transações envolvendo o uso ou a transferência de intangíveis .....</i>	<i>95</i>
<i>4.3.3 Seção D – Orientações suplementares para determinar o preço Arm's Length em transações envolvendo intangíveis.....</i>	<i>99</i>
<b>4.4 Harmonização, Uniformização e Unificação – As Diretrizes da OCDE sobre transfer pricing de intangíveis e o novo sistema de preços de transferência no brasil .....</b>	<b>114</b>
<b>5 EVASÃO FISCAL E CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL.....</b>	<b>125</b>
<b>5.1 Fuga da tributação, contratos Internacionais de comércio, conflitos de leis, elementos de conexão e fraude à lei: pontos de intersecção entre o Direito Internacional Privado e o Direito Internacional Tributário .....</b>	<b>125</b>
<b>5.2 Custos de transação, falhas de mercado, concorrência internacional, eficiência e comércio internacional. ....</b>	<b>136</b>
<b>5.3 Impactos da Ação 8 do BEPS no comércio internacional de intangíveis.....</b>	<b>141</b>
<b>6 CONCLUSÃO .....</b>	<b>149</b>
<b>7 REFERÊNCIAS. ....</b>	<b>153</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Em razão da atuação global das empresas transnacionais, muitas vezes suas relações econômicas possuem elementos de conexão com mais de um Estado, o que resulta na possibilidade de um mesmo fato ser tributado por mais de um país. Este fenômeno – da dupla tributação de receitas – passou a ser combatido no final do século XIX, através da elaboração de tratados bilaterais para evitar a dupla tributação.

No entanto, em uma realidade de cadeias globais de valor e de patrimônio intangível, as empresas transnacionais passaram a se utilizar dos supracitados tratados internacionais e das lacunas entre os ordenamentos jurídicos nacionais para realizar o chamado planejamento tributário agressivo, resultando em uma grande economia de tributos, ou mesmo em uma dupla não tributação.

Tal situação gerou uma grande queda na arrecadação dos Estados nacionais, que chamaram a problemática de “erosão das bases tributáveis”. Em resposta, a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), em conjunto com o G20, publicou o Plano denominado *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS), contendo 15 ações voltadas ao combate da erosão das bases tributáveis, propondo a cooperação entre os ordenamentos jurídicos e a harmonização das normas de Direito Internacional Tributário.

Sem dúvidas, o BEPS consistiu em um esforço cooperativo multilateral sem precedentes em matéria de tributação internacional. Todavia, mais de uma década após a publicação de seus instrumentos, é importante verificar se o BEPS foi ou não bem-sucedido em seu propósito. Dada a amplitude do tema e das ações do BEPS, esta pesquisa limitou seu objeto à análise dos efeitos que a Ação 8 - que versa sobre preços de transferência - possui no comércio internacional de intangíveis, em termos de concorrência internacional.

A escolha do objeto se deu tanto pelo fato da manipulação dos preços de transferência ser um dos mais relevantes instrumentos para realizar planejamento tributário agressivo, como pela carência que a matéria tem em relação a análises do ponto de vista internacional. Normalmente, as pesquisas sobre o BEPS são feitas por tributaristas, e se preocupam com a queda da arrecadação – para os Estados – e com o as dificuldades de planejamento tributário no mundo pós-BEPS – para os contribuintes.

O objetivo da pesquisa é verificar, através do método hipotético-dedutivo, quais os efeitos causados pela evasão fiscal internacional no comércio internacional, e como as *guidelines* da OCDE sobre preços de transferência de intangíveis se dirigem a estes efeitos. Além disso, busca-se examinar a relação da temática com o Direito Internacional Privado e o

Direito Tributário Internacional, como estes ramos do Direito podem ser utilizados em prol de um ambiente comercial internacional saudável, em qual categoria de integração de normas se enquadra a Ação 8 do Plano BEPS, bem como o seu grau de eficiência no combate à evasão fiscal internacional.

Para alcançar tais objetivos, foi realizada uma pesquisa bibliográfica, tendo sido analisados diversos livros, artigos científicos, teses e dissertações, notícias e estatísticas, envolvendo o Direito Internacional Privado, o Direito Tributário Internacional e a análise econômica do Direito.

No primeiro capítulo, falou-se sobre a dinâmica do comércio internacional e de seus agentes econômicos, sobre o protagonismo das empresas transnacionais, as características e *modus operandi* destas entidades. Abordou-se, ainda, o papel das ETNs na problemática da erosão das bases tributáveis, sobre a relação entre evasão fiscal e concorrência internacional. Por derradeiro, foi abordado o Plano BEPS da OCDE, sua criação, objetivos e instrumentos.

O segundo capítulo cuidou da temática dos intangíveis: foi dissecado o conceito de bem intangível de acordo com a Ação 8 do BEPS, a problemática da dificuldade na valoração destes ativos, exemplos de intangíveis, os desafios da digitalização do patrimônio e da economia digital e, ainda, a utilização de intangíveis para a prática de planejamento tributário internacional agressivo.

No terceiro capítulo, abordou-se os preços de transferência. O conceito de *transfer pricing* foi explorado, bem como o princípio *Arm's Length* e sua aplicação. Ainda no capítulo 3 examinou-se as *guidelines* da OCDE sobre preços de transferência de intangíveis (*OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinationals and Tax Administrations 2022, Chapter VI – Special Considerations for Intangibles*). Por fim, investigou-se se as *guidelines* da OCDE sobre Preços de Transferência de Intangíveis constituem um projeto de harmonização, uniformização ou unificação de normas.

No quarto e último capítulo abordou-se os pontos de intersecção entre o Direito Internacional Privado e o Direito Internacional Tributário envolvendo a problemática em estudo, à luz da fuga da tributação, contratos Internacionais de comércio, conflitos de leis, elementos de conexão e fraude à lei, e como uma abordagem interdisciplinar da matéria pode contribuir com a construção de um sistema tributário internacional mais justo e de um comércio internacional mais equilibrado. Examinou-se, à luz da análise econômica do direito, a tributação internacional como um custo de transação no comércio internacional, bem como a relação da evasão fiscal com as falhas de mercado e seus efeitos na concorrência internacional. Por fim, o quarto capítulo analisou ainda os impactos que as *guidelines* do BEPS sobre preços de

transferência causaram no comércio internacional de intangíveis, inclusive analisando-se dados estatísticos sobre a evasão fiscal internacional. Em seguida, foram feitas as considerações finais.

O presente estudo não se encontra no âmbito tributário, mas no âmbito do comércio internacional, possuindo uma abordagem voltada à análise econômica do Direito Internacional Privado e do Direito Tributário Internacional.

Frise-se, por derradeiro, que a presente pesquisa não tem a pretensão de esgotar uma matéria tão vasta, complexa e em constante mutação como a temática dos preços de transferência. Tal tarefa seria impossível em uma simples dissertação de mestrado. Há, ainda, muito a ser estudado sobre como as empresas transnacionais se utilizam desta ferramenta para praticar planejamento tributário agressivo, e muito a ser estudado sobre os efeitos da evasão fiscal internacional no comércio internacional, especialmente na livre concorrência.

## 2 COMÉRCIO INTERNACIONAL E AÇÃO DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS

### 2.1 Empresas transnacionais: Conceito, nomenclatura, características e *modus operandi*

A atuação empresarial além das fronteiras estatais pressupõe efeitos jurídicos que são estudados por diversos ramos do direito. De maneira mais vinculada ao escopo do presente estudo, a atuação das empresas transnacionais produz efeitos nos campos do Direito Internacional Tributário e do Direito Internacional Privado. Embora este fato traga o lado positivo da possibilidade de estudar o mesmo fenômeno de múltiplos prismas, em uma perspectiva interdisciplinar, traz também consigo a dificuldade em conceituar empresas transnacionais<sup>1</sup>.

Além disso, registra-se, desde logo, a existência de divergência doutrinária quanto à nomenclatura a ser utilizada: empresas transnacionais ou empresas multinacionais. Embora a própria OCDE adote a nomenclatura “*multinational enterprises*”<sup>2</sup>, e parte da doutrina utilize ambas as expressões como sinônimos, é necessário esclarecer que a expressão “multinacionais” (se interpretada em sua literalidade) poderia levar o leitor ao erro de pensar que tais entidades possuem múltiplas nacionalidades, o que não ocorre. Na realidade, estas empresas possuem suas nacionalidades bem definidas – geralmente em países desenvolvidos – e expandem sua atuação empresarial pelo mundo, visando o mercado global.<sup>3</sup> Por este motivo, o presente estudo adotará a terminologia “empresas transnacionais”.

As empresas transnacionais são definidas por Luís Alexandre Carta Winter e Rafael Carmezim Nassif como “entidades mercantis que apresentam como principal desígnio a expansão de suas atividades além das fronteiras dos países em que estão sediadas”.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> BARZA, Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro; GUIMARÃES, Marcelo César. A atuação empresarial transnacional: conceitos, formas de atuação, efeitos e perspectivas para a regulamentação. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, 2015, p. 51.

<sup>2</sup> “Em 4 de Novembro de 2021, mais de 135 países e jurisdições se juntaram ao novo plano de dois pilares para reformar a tributação internacional e assegurar que as empresas transnacionais paguem sua *fair share* onde quer que operem”. Tradução livre de “*As of 4 November 2021, over 135 countries and jurisdictions joined a new two-pillar plan to reform international taxation rules and ensure that multinational enterprises pay a fair share of tax wherever they operate*”. OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. **International collaboration to end tax avoidance**. 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/>. Acesso em: 26 mar. 2023.

<sup>3</sup> WINTER, Luís Alexandre Carta; NASSIF, Rafael Carmezim. A atuação das empresas transnacionais nos países emergentes: desenvolvimento nacional à luz da ordem econômica constitucional. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS**, v. 11, n. 1, Porto Alegre, 2016, p. 171. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/58862>. Acesso em: 07 abr. 2024.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

Marcelo César Guimarães narra que a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (*United Nations Conference on Trade and Development – UNCTAD*), define empresas transnacionais como empresas que, constituídas ou não sob a forma de sociedades personificadas, compreendem suas matrizes e filiais estrangeiras. A matriz é definida como uma empresa que detém o controle dos ativos de outras entidades, em países distintos de sua origem, com participação mínima de 10% de ações ordinárias no capital social, ou com direito de voto, caso a empresa seja sob a forma de sociedade, ou seu equivalente, caso a empresa não seja constituída sob a forma de sociedade personificada. A filial, por sua vez, é definida como uma empresa que é parcialmente controlada (mínimo de 10% para empresas constituídas sob forma de sociedade personificada, ou seu equivalente, para empresas constituídas de forma diversa) por um investidor residente em outro país, que, por conseguinte, mantém um interesse duradouro em sua administração<sup>5</sup>.

Por sua vez, Matheus de Oliveira Fornasier e Luciano Vaz Ferreira, ao citarem Mira Wilkins, definem empresas transnacionais como empresas que, possuindo sede em um determinado país, operam em pelo menos um país estrangeiro, sendo organizações compostas por várias empresas, com operação em rede e cuja comunicação ultrapassa as fronteiras nacionais. Estas, por sua vez, são caracterizadas pelos autores como excessivamente fluídas para que a regulação das transnacionais seja exercida unicamente pelos entes nacionais ou unicamente pelos entes internacionais<sup>6</sup>.

Na acepção de Luís Olavo Batista, entende-se que “empresa transnacional” é uma atividade que não possui personalidade jurídica própria, mas que é exercida em diversos países

---

<sup>5</sup> “[...] empresas constituídas ou não sob a forma de sociedades personificadas, compreendendo as matrizes e suas filiais estrangeiras. A matriz é definida como uma empresa que controla ativos (participação no capital social de pelo menos 10% de ações ordinárias ou com direito de voto, no caso de empresas sob a forma de sociedade, ou o seu equivalente, para as empresas que não constituem sociedade personificada) de outras entidades em países distintos de sua nação de origem. Já a filial estrangeira é considerada como a empresa na qual um investidor residente em outro país possui parcela do controle (de pelo menos 10%, no caso de empresas sob a forma de sociedade, ou o seu equivalente, para as empresas que não constituem sociedade personificada) que lhe permite manter um interesse durador na administração daquela empresa. Vale ressaltar que o relatório se refere genericamente às filiais estrangeiras, as quais abrangem as empresas subsidiárias, as empresas associadas e as sucursais”. GUIMARÃES, Marcelo César. **Carteis internacionais: desafios e perspectivas para a internacionalização do direito da concorrência**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, 2017, p. 23-24.

<sup>6</sup> “Wilkins conceitua as ETNs como ‘qualquer empresa que possui sede em um país e opera em, pelo menos, um país estrangeiro’. Essas organizações são compostas por várias empresas em rede, em conglomerados cujo campo de comunicação (e de produção de sentido) ultrapassa as fronteiras estatais, sendo significativamente fluidas, muitas vezes, para que uma regulação eficaz seja exercida pelo poder normativo de entes nacionais ou internacionais unicamente”. FORNASIER, Matheus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não estatais. **Revista de Direito Internacional**, v. 12, n. 1, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/3303>. Acesso em: 06 abr. 2024.

por meio de subsidiárias, subordinando-se à legislação local do país hospedeiro, que lhes confere personalidade jurídica e, sob determinado aspecto, a nacionalidade<sup>7</sup>.

Nas últimas décadas, a relevância das empresas transnacionais cresceu tanto que, não apenas estas se tornaram o principal ator da mercancia global, como também, ao lado dos Estados, fonte de disciplinamento do comércio internacional, através de sua atuação. Vera Thorstensen expõe que, paralelamente ao sistema tradicional de regulação do comércio internacional, um outro sistema vem sendo desenvolvido por um de seus mais atuantes atores: as transnacionais. A autora explica que, embora tenha contornos menos definidos que o sistema tradicional, o sistema regulatório das empresas transnacionais é a organização do comércio internacional em cadeias globais de valor – chamadas de *global value chains* – a fim de minimizar os custos na escala global de produção e integrar manufatura à aquisição de insumos em uma base única de logística, transporte e comunicação virtual, envolvendo todo o processo produtivo, desde a concepção do produto até a sua entrega ao consumidor final<sup>8</sup>.

Maristela Basso, por sua vez, afirma que a atuação empresarial vem se destacando e demandando modificações legislativas por parte dos Estados, em sua esfera doméstica, inclusive nos ramos concorrencial e tributário, para resolver demandas de instalações de filiais, agências e estabelecimentos, destacando que essa tendência reflete-se na afirmação do princípio do reconhecimento da pessoa jurídica de direito estrangeiro, bem como da ampla mobilidade de tais empresas entre os diferentes Estados e a fixação de suas atividades empresariais em nível transnacional<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> “Ao nosso ver a empresa transnacional é uma entidade que não possui personalidade jurídica própria. É composta por um certo número de subsidiárias e tem uma ou mais sedes, constituídas em diversos países, de acordo com a legislação local que lhes dá personalidade jurídica e, sob certo aspecto, a nacionalidade”. BAPTISTA, Luís Olavo. **Empresa Transnacional e Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1938, p. 17.

<sup>8</sup> “Paralelamente a esse quadro regulatório, que pode ser identificado como o sistema tradicional do comércio, vem sendo desenvolvido outro sistema de regras de comércio internacional por um de seus mais atuantes atores – as empresas transnacionais. Embora de contornos menos definidos, a base desse sistema regulatório é a organização do comércio em cadeias globais de valor (*global value chains*), com objetivo de minimizar custos em escalas globais de produção, integrando manufatura à aquisição de insumos e componentes, a partir de uma base única de logística, transporte e comunicação virtual, que envolve desde a concepção do produto a sua entrega ao consumidor final”. THORSTENSEN, Vera Helena *et. al.*. Sistemas de Regulação do Comércio Internacional em confronto: o marco dos Estados e o marco das Transnacionais. **Revista Política Externa**, v. 21, n. 4, abr./maio/jun. 2013, p. 3-4. Disponível em: <https://ieei.unesp.br/portal/wp-content/uploads/2013/05/Politica-Externa-21-04-Vera-Thorstensen.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2024.

<sup>9</sup> “A atuação transfronteiriça das sociedades, fundações e associações tem levado os Estados a uma constante adaptação de suas legislações domésticas (e.g., de direito comercial, administrativo, penal, concorrencial e tributário) para absorver as demandas por instalação de filiais, agências e estabelecimentos de tais formas organizativas de direito privado. Em última análise, essa tendência reflete-se, como examinado, na afirmação do princípio do reconhecimento da pessoa jurídica de direito estrangeiro e da ampla mobilidade das empresas entre diferentes Estados, fixando suas atividades em nível transnacional”. BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 402.

Em pesquisa sobre a possível adesão do Brasil à OCDE, encabeçada por Vera Thorstensen, da Fundação Getúlio Vargas, afirma-se que a relevância econômica das empresas transnacionais é tamanha que, em estudo para apuração das 100 maiores economias do mundo, 69 eram empresas transnacionais e apenas 31 eram países, o que atrai atenção para a necessidade de regulação das entidades<sup>10</sup>.

As principais características presentes quando se fala em empresas transnacionais são, além do exercício da atividade empresarial em pelo menos um ordenamento jurídico diverso do seu ordenamento de origem, a distribuição da sua produção em uma cadeia global de valor, grande poderio econômico, mobilidade de capital e seleção de “países hospedeiros” com base em vantagens econômicas, inclusive tributárias.

Winter e Nassif explicam que as transnacionais possuem grande facilidade para se instalar, fechar e deslocar, e que se valem de condições transitórias para lucratividade, as quais podem, inclusive, ser instituídas pelos próprios países interessados<sup>11</sup>, como incentivos fiscais, por exemplo.

Segundo a OCDE<sup>12</sup>, as empresas transnacionais buscam países por diferentes razões: desde a procura de novos mercados consumidores, à procura de insumos, recursos e tecnologia, e, por último, mas não menos importante, à procura de novos investimentos e de legislação tributária favorável. Os Estados, por outro lado, incentivam a vinda de empresas transnacionais para seus territórios, em razão das vantagens provenientes desta atuação empresarial em seus

---

<sup>10</sup> “O tema das empresas multinacionais adquire, a cada dia, maior relevância nas discussões nacionais e internacionais. A nova dinâmica da interligação das economias alterou as relações entre as empresas e os Estados, tema que passou a ser refletido nas pautas de interesse das partes afetadas e nas agendas de negociações internacionais. Algumas empresas multinacionais superam Estados em volume de transações financeiras, receitas e comparação de população versus número de funcionários. Em 2016, a ONG Global Justice disponibilizou um relatório classificando as maiores economias globais do ano de 2015, incluindo empresas e Estados. Das 100 maiores economias do mundo, 69 eram empresas multinacionais e apenas 31 eram países. No mesmo ano, o relatório de pesquisa foi apresentado no Fórum Económico Mundial realizado em Davos, procurando focar a relevância e urgência de se regular e limitar a atuação das multinacionais (GLOBAL JUSTICE, 2016b). Dados como esses demonstram a necessidade de as empresas multinacionais receberem maior atenção, regulamentação e fiscalização, dado seu impacto sobre a economia global, relações de trabalho, consumo, meio ambiente e aspectos sociais diversos que envolvem as relações entre pessoas, empresas e cadeias produtivas.”. THORSTENSEN, Vera; NOGUEIRA, Thiago Rodrigues São Marcos (coord.). **Brasil a caminho da OCDE: explorando novos desafios**. São Paulo: VT Assessoria Consultoria e Treinamento Ltda., 2020, p. 237.

<sup>11</sup> “Observa-se que as Empresas Transnacionais se instalam, fecham e deslocam com a maior facilidade, fazendo-se valer das condições transitórias de lucratividade, inclusive aquelas instituídas pelos próprios países interessados, que na ânsia de atraírem investimentos estrangeiros, acabam relegando o imperativo de suas normas trabalhistas em prol das entidades globalizadas”. WINTER, Luís Alexandre Carta; NASSIF, Rafael Carmezim. A atuação das empresas transnacionais nos países emergentes: desenvolvimento nacional à luz da ordem econômica constitucional. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS**, v. 11, n. 1, Porto Alegre, 2016, p. 175. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/58862>. Acesso em: 07 abr. 2024.

<sup>12</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. **Multinational enterprises in the global economy: heavily debated but hardly measured**. May 2018. Disponível em: <https://www.oecd.org/industry/ind/MNEs-in-the-global-economy-policy-note.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2023.

mercados, tais como a geração de empregos, a atração de investimentos, novas tecnologias etc.<sup>13</sup>.

Esta dinâmica entre as empresas transnacionais e os Estados nacionais – a intenção das empresas transnacionais em reduzir custos, inclusive tributários e a intenção dos Estados em atrair tais entidades para seus territórios - gerou efeitos tributários no meio internacional, afetando questões como soberania fiscal, arrecadação dos países, segurança jurídica das operações econômicas internacionais, entre outros.

## 2.2 Comércio internacional e seus agentes

O meio internacional é um ambiente anárquico<sup>14</sup>. Os países são soberanos, o que significa dizer que não reconhecem um poder maior acima de si<sup>15</sup>. Quando se afloram conflitos internacionais, uma observação importante é que, diferentemente do que ocorre no campo interno, não há monopólio do uso legítimo da força, isto é, coerção legítima e apta a obrigar o cumprimento de uma norma, o que faz com que o meio internacional se assemelhe a um hobbesiano Estado de Natureza<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Ibidem.

<sup>14</sup> O termo “anarquia”, aqui empregado, é no sentido de ausência de um poder regulador central no meio internacional, tal como ocorre no âmbito interno, e não no sentido de negação da existência de uma civilização internacional. Conforme explicam Robert Axelrod e Robert O. Keohane “Anarquia também precisa ser definida claramente. Utilizado nesse texto, o termo faz referência à ausência de um governo comum na política mundial, e não à negativa de que uma sociedade internacional – ainda que fragmentada – exista. Claramente, muitos relacionamentos internacionais continuam através do tempo, e geram estáveis expectativas de comportamento. Dizer que a política mundial é anárquica não implica que ela é totalmente ausente de organização” (tradução livre). “*Anarchy also needs to be defined clearly. As used here, the term refers to a lack of common government in world politics, not to a denial that an international Society – albeit a fragmented one – exists. Clearly, many international relationships continue over time, and engender stable expectations about behavior. To say that world politics is anarchic does not imply that it entirely lacks organization*”. AXELROD, Robert; KEOHANE, Robert O.. **Archiving Cooperation Under Anarchy: Strategies and Institutions**. Cambridge University Press, 1985, p. 226.

<sup>15</sup> *Summa potestas superiorem non recognoscens*. “Soberania estatal – conceito derivado do latim *summa potestas*, a soberania é prerrogativa exclusiva do exercício da capacidade de mando do Estado nacional reconhecido. Em sua vertente interna, diz respeito ao exercício de autogoverno, de poder de polícia e capacidade de organização político-administrativa, enquanto que em sua esfera externa diz respeito à sua presença reconhecida, à prerrogativa jurídica e à articulação internacional com base no *jus in bellum* (direito de decretar guerra e celebrar a paz com outros Estados), *jus tractum* (direito de negociar, assinar, ratificar e denunciar tratados) e *jus legationis* (direito de legação em sua dimensão ativa e passiva; sendo a dimensão ativa a capacidade de receber enquanto que na passiva diz respeito ao recebimento de agentes consulares e diplomáticos), *jus petitionis* (direito de solicitar a prestação jurisdicional em tribunais internacionais quando aceitar a *juris dire* de várias Cortes, podendo, para tanto, ser parte ativa ou passiva em processos judiciais) e *jus representationis* (direito de representar e fazer-se representar em organismos internacionais, agências multilaterais e programas com direito à voz, voto e determinação de agenda).” CASTRO, Thales. **Teoria das Relações Internacionais**. Fundação Alexandre Gusmão, Brasília, 2012, p. 76.

<sup>16</sup> Para Hobbes, o Estado de Natureza é um ambiente onde não há um poder regulador central e onde os homens vivem sob a “lei do mais forte”, gerando grande insegurança. “Portanto, se dois homens desejam a mesma coisa, ao mesmo tempo em que é impossível ela ser gozada por ambos, eles tornam-se inimigos. E no caminho para o

Este, no entanto, é um ponto de vista grosseiro. Um mero “esqueleto” da verdade, nu e cru, mas sobre o qual repousa um emaranhado de relações substancialmente mais complexas.

A primeira – e mais importante diferença – entre a realidade atual e o contexto teórico descrito no parágrafo anterior, é que o protagonismo das relações internacionais há muito não é exercido exclusivamente pelos Estados e suas organizações. Novos atores surgiram para equilibrar a balança de poder e, inclusive, participar da produção normativa, outrora exclusiva do Estado – as empresas transnacionais.

A segunda diferença é que, apesar de soberanos, os Estados não são ilhas. Do contrário, vivem uma realidade de interdependência, o que faz com que a necessidade de comercializar entre si seja uma realidade invariável. O mundo não é uniforme e, enquanto alguns países abundam em determinados recursos, carecem em outros, necessitando recorrer aos seus vizinhos e até a países distantes.

Esta realidade se tornou ainda mais concreta nas últimas décadas, quando os avanços tecnológicos tornaram a comunicação instantânea e aceleraram os transportes. Na atualidade do sistema capitalista, é comum que as empresas distribuam sua produção em cadeias globais de valor, com etapas e fases em diversos países, e exportem seus produtos e serviços por todo o globo.

A terceira diferença é que – em razão das duas primeiras – não se pode negar a existência de uma sociedade internacional, com balança de poder e, inclusive, meios coercitivos para o cumprimento de normas. Apesar de esta dinâmica não ser a mesma do ordenamento jurídico interno - que, como se orgulham os realistas, vez por outra prevalece sobre o ordenamento internacional – a civilização global existe.

Neste ambiente, pessoas e empresas comercializam produtos e serviços, gerando demandas em diversos campos: indústria, tributação, contratos, direitos do consumidor, direito ambiental, escolha do ordenamento jurídico aplicável, resolução de controvérsias, propriedade intelectual etc., cabendo ao Direito Internacional Privado apresentar soluções normativas que as atendam.

A mesma tecnologia que acelerou a comunicação e facilitou o transporte trouxe, ainda, mais uma importante inovação: a digitalização do patrimônio. Riquezas que antes eram corpóreas tornaram-se intangíveis. O digital tem peculiaridades que trazem ainda mais demandas, dentre elas, sua instantânea mobilidade – inclusive através de fronteiras.

---

seu fim (que é principalmente a sua própria conservação, e às vezes apenas o seu deleite) esforçam-se por se destruir ou subjugar um ao outro”. HOBBS, Thomas. **Leviatã**. 1. ed. São Paulo: Editora Rideel, 2005, p. 75.

Intrínseca a estes fenômenos e a eles entrelaçada em uma relação de causa e consequência, há o fato social da globalização. Utilizada para explicar os mais variáveis acontecimentos – muitas vezes sem rigor científico – a globalização é um fenômeno que vem ocorrendo desde o início da humanidade. Grosso modo, é uma tendência de integração entre povos diversos, normalmente através do comércio.

Na acepção de Eugênia Barza, a expressão “comércio internacional” diz respeito a um complexo de relações econômicas e financeiras cujos atos, quando praticados, possuem repercussão jurídica, independentemente de quem os tenha praticado: pessoas físicas, jurídicas ou organizações regionais ou internacionais. Logicamente – Barza explica - a prática do comércio internacional pressupõe a geração de lucros o que, de maneira mais específica, significa o fluxo de capital e de valores através das fronteiras nacionais, a circulação de riquezas em cada ato praticado, independentemente de fundamentação em norma escrita, mas certamente com efeitos nos campos econômico e financeiro e, simultaneamente, nos âmbitos interno e internacional.<sup>17</sup>

Como dito, a prática do comércio internacional pressupõe atos que terão repercussão jurídica, demandando, portanto, regulação. Ainda na Antiguidade, a regulação do comércio internacional nasceu nos costumes, através de regras práticas e flexíveis elaboradas pelos próprios mercadores. A este Direito, chamou-se *Lex Mercatoria*<sup>18</sup>.

No decorrer da História, porém, percebe-se que a regulação do comércio internacional passou a ocorrer pelos Estados, que incorporaram e positivaram muitas das regras e institutos criados pelos mercadores, além de terem elaborado suas próprias inovações para controlar as relações econômicas transfronteiriças. Na realidade, todos os atores do comércio internacional, em todas as épocas históricas, contribuíram para o seu disciplinamento. Didaticamente, coube ao Direito Internacional Privado – subdividido na disciplina de Direito do Comércio Internacional – regular a matéria. Atualmente, os agentes do comércio internacional são os Estados Nacionais, os consumidores (pessoas físicas ou jurídicas) e, de modo mais interessante ao escopo desta pesquisa, as organizações internacionais e as empresas transnacionais.

---

<sup>17</sup> “O comércio internacional, neste entendimento, constitui um complexo de relações econômicas e financeiras, cujos atos terão repercussão jurídica, independente de terem sido praticados por pessoas ou organismos de alcance regional ou internacional. Pressupõe lucro, mais precisamente o fluxo de capital ou de valores através de fronteiras nacionais, a circulação de riquezas a cada ato praticado, seja ou não baseado em norma escrita, mas com efeitos no campo econômico e no campo financeiro, no âmbito interno ou internacional, simultaneamente”. BARZA, Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro. *A ideia de Comércio Internacional e suas implicações para o Direito Internacional. Caderno de Relações Internacionais – Faculdade Damas*, Recife, v. 4, n. 6, 2013, p. 18-19.

<sup>18</sup> COSTA, Cynara de Barros. *A verdadeira Lex Mercatoria: o direito além do Estado: um estudo sobre as antigas e novas teorias da Lex Mercatoria*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011, p. 14.

Embora as organizações internacionais possuam grande relevância no disciplinamento da matéria, atuando como fontes do direito do comércio internacional, às empresas transnacionais que cabe o protagonismo das relações econômicas em âmbito internacional, pois em torno delas gira a prática do comércio internacional. Além disso, as transnacionais possuem relevante papel na problemática da erosão das bases tributáveis e na concorrência internacional e, muitas vezes, através da chamada governança privada, atuam inclusive como criadoras de normas internacionais. Por tais razões, este primeiro capítulo é dedicado ao estudo destas entidades, como veremos no tópico seguinte.

### *2.2.1 Planejamento tributário internacional agressivo: o papel das empresas transnacionais na erosão das bases tributáveis e na transferência artificial de lucros*

É imperativo iniciar este tópico fazendo um esclarecimento prévio: embora este trabalho aborde alguns aspectos da tributação e normas tributárias, a tributação não é o foco principal deste estudo. A abordagem de elementos tributários, aqui realizada, ocorre tão somente de maneira instrumental. Os tributos correspondem a um significativo custo de transação e de funcionamento das empresas transnacionais, que são os principais atores do comércio internacional; em outras palavras, o fardo da tributação constitui uma relevante barreira ao comércio internacional e, além disso, a carga tributária possui o condão de afetar, inclusive, questões de concorrência. O objetivo deste estudo, na realidade, é examinar os impactos que o Pacote BEPS (especificamente sua Ação 8) tem no comércio internacional, em termos de concorrência.

Conforme explicado no tópico anterior, o *modus operandi* das empresas transnacionais consiste essencialmente em distribuir sua cadeia produtiva ao redor do globo e em se planejar para cortar custos, maximizando seus lucros. Nesse tipo de atuação empresarial, muitas vezes a transação atinge elementos de conexão com diversos ordenamentos jurídicos<sup>19</sup>. Por consequência, mais de um país poderá ter o direito de tributar a operação, o que pode gerar situações de dupla tributação.

Sérgio André Rocha explica que, com a crescente mundialização dos esforços econômicos, a submissão de pessoas físicas e jurídicas à soberania tributária de países distintos é habitual e, não raramente, dá ensejo à chamada dupla tributação internacional.

---

<sup>19</sup> “Os elementos de conexão atuam como ‘pontes’ entre ordenamentos jurídicos, por estabelecerem a ligação entre pessoas, objetos e fatos descritos nas hipóteses de incidência normativa, com determinado ordenamento jurídico”. MASUKO, Ana Clarissa. Direito Tributário Internacional – elementos de conexão no comércio exterior de serviços e intangíveis. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, 2018, p. 227.

Complementando o raciocínio, Rocha afirma que a dupla tributação internacional, em regra, incide sobre a renda auferida por agentes econômicos que estão vinculados a mais de um país, através de elementos de conexão<sup>20</sup>.

Em razão disso, ainda no final do século XIX e no início do século XX, os países passaram a celebrar convenções para evitar a dupla tributação<sup>21</sup>. São tratados em que os ordenamentos jurídicos fazem concessões para evitar que uma mesma pessoa, renda ou transação seja tributada mais de uma vez<sup>22</sup>. Tais concessões podem variar entre isenções, pagamento de diferencial de alíquota, tributação diferenciada por tipo de rendimento etc.

Sérgio André Rocha esclarece que um dos elementos mais utilizados para evitar os efeitos indesejáveis da dupla tributação é a celebração das chamadas “Convenções bilaterais para Evitar a dupla Tributação da Renda – CDTRs”. Tais convenções vêm sendo pactuadas por diversos países, inclusive o Brasil, e possuem como objetivo a delimitação do campo de exercício legítimo do poder tributário de cada país signatário. Deste modo, os países podem conciliar seus interesses fiscais e proteger os contribuintes contra a dupla tributação que, caso os países exercessem suas soberanias tributárias indistintamente sobre as pessoas e rendas a eles vinculadas por elementos de conexão, certamente se sucederia<sup>23</sup>.

Ocorre que, com o devido planejamento, os tratados para evitar a dupla tributação podem ser utilizados para se obter justamente o efeito contrário: a dupla não-tributação. Ou, ao menos, uma redução considerável de carga tributária. Esta prática, realizada pelas empresas

---

<sup>20</sup>“Com a cada vez mais acentuada mundialização dos esforços econômicos, torna-se habitual a submissão das pessoas, físicas ou jurídicas, à potestade tributária de países distintos, fenômeno que não raro dá ensejo à denominada dupla tributação internacional. De regra, a referida dupla tributação incide sobre a renda auferida pelos agentes econômicos vinculados por elementos de conexão em mais de um país [...]”. ROCHA, Sérgio André. **Tributação Internacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 54.

<sup>21</sup> “O tratado de cooperação celebrado entre a França e a Bélgica em 1843 é reconhecido como um dos primeiros tratados tributários assinados. Posteriormente, em 1899, a primeira convenção contra a bitributação da renda foi celebrada entre a Prússia e o Império Áustro-Húngaro”. ROCHA, Sérgio André. *Direito Internacional Tributário: das origens ao contexto atual*. **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**, v. 17, n. 102, Belo Horizonte, p. 51-77, nov./dez. 2019, p. 53. Disponível em: [http://www.sarocha.com.br/wp-content/uploads/2020/02/Direito-Tributário-Internacional\\_Origens.pdf](http://www.sarocha.com.br/wp-content/uploads/2020/02/Direito-Tributário-Internacional_Origens.pdf). Acesso em: 07 abr. 2024.

<sup>22</sup> “A importância do Imposto de Renda como fonte de receitas nos Estados modernos, e seu peso na carga tributária que recai sobre os contribuintes, tornou inevitável o desenvolvimento de um instrumento que permitisse aos países repartir as receitas tributárias e proteger os contribuintes contra a dupla tributação internacional em operações transnacionais”. *Ibidem*, p. 54.

<sup>23</sup> “Como visto, um dos instrumentos utilizados com vistas a se evitarem os nefastos efeitos que a dupla tributação acarreta é a celebração de convenções bilaterais para evitar a dupla tributação da renda (de agora em diante referidas como CDTRs), as quais vêm sendo pactuadas por diversos países, entre os quais o Brasil. Em linhas gerais, tais tratados têm por finalidade delimitar o campo de exercício legítimo do poder tributário de cada um dos signatários, conciliando seus interesses fiscais e protegendo os contribuintes contra a dupla imposição que ocorreria se ambos os países tributassem, indistintamente, as rendas auferidas por pessoas a eles vinculadas por elementos de conexão”. *Idem*, **Tributação Internacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 57.

transnacionais, recebeu o nome de planejamento tributário “agressivo” ou “abusivo”. Na acepção de Paulo Ayres Barreto e Caio Augusto Takano:

Paulo Ayres Barreto e Caio Augusto Takano elucidam que a integração econômica e a diminuição de fronteiras decorrentes do processo de globalização criaram oportunidades para a estruturação de operações em escala mundial – os chamados planejamentos tributários de natureza global. Dentro dos limites legais, os autores afirmam que o planejamento tributário internacional, com a facilitação decorrente da mobilidade do capital e dos meios de produção, permite que os contribuintes transfiram seus resultados a países de tributação mais favorecida<sup>24</sup>.

Barreto e Takano elucidam, ainda, que, se de um lado temos uma integração econômica crescente e a mobilidade dos capitais – consequências do processo de globalização -, do outro temos uma lenta evolução do regime tributário internacional, que é incapaz de lidar com as inovações em modelos operacionais dos contribuintes. Logo, surgem as condições propícias para que as empresas transnacionais possam maximizar vantagens – tributárias ou não – decorrentes da sua estruturação empresarial e da organização de suas operações<sup>25</sup>.

Por sua vez, Luciana Grassano de Gouvêa Mélo e João Otávio Martins Pimentel explicam que as empresas transnacionais possuem operações espalhadas por todo o globo e, além disso, acesso ao melhor aconselhamento profissional para a exploração de oportunidades fiscais oriundas de brechas legais e instrumentos híbridos, que são figuras tratadas de modo diverso em países distintos, o que pode gerar lacunas em sua tributação. A partir disso, é possível transferir a base tributável de um país com uma alta carga tributária para outro de tributação mais favorável ou até mesmo nula<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> “A constante integração econômica e a diminuição de fronteiras num cenário de acelerado processo de globalização criaram oportunidades para a reestruturação de modelos operacionais em escala mundial, ou planejamentos tributários de natureza global – para referir à expressão de Michel Lennard – que, dentro dos limites legais, permite que os contribuintes possam transferir seus resultados a jurisdições com regras de tributação mais favoráveis, o que é facilitado pela intensa mobilidade do capital e dos meios de produção”. BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto. Os desafios do planejamento tributário internacional na era pós-BEPS. *In*: CARVALHO, Paulo de Barros (org.). **XIII Congresso Nacional de Estudos Tributários – IBET**. São Paulo: Noeses, 2016, p. 990.

<sup>25</sup> “Com a crescente integração econômica e mobilidade de capitais, decorrentes do acelerado processo de globalização, de um lado, e a lenta evolução do regime tributário internacional, incapaz de lidar normativamente com os novos modelos operacionais dos contribuintes, de outro, criaram-se as condições necessárias para que as empresas multinacionais maximizassem as vantagens – tributárias ou não – decorrentes de suas estruturas e organizações empresariais”. *Ibidem*, p. 994.

<sup>26</sup> “[...] tem-se uma multinacional com operações espalhadas por todo o mundo e acesso ao melhor aconselhamento profissional para a exploração de oportunidades fiscais decorrentes de brechas legais e instrumentos híbridos, isto é, aquelas figuras que são tratadas de modo diverso em dois países, podendo acarretar lacunas na tributação. Através deles, transfere-se a base tributável de um país com alta carga tributária para outro onde a tributação seja mais branda, ou mesmo nula”. MÉLO, Luciana Grassano de Gouvêa; PIMENTEL, João Otávio Martins. O plano de ação BEPS e as mudanças de paradigmas na tributação. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 88, n. 2, Recife, 2016, p. 85. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/index.php/ACADEMICA/article/view/12099>. Acesso em: 07 abr. 2024.

Mélo e Pimentel esclarecem, ainda, que, ao menos a princípio, as operações acima citadas não estão eivadas de ilegalidade, mas consistem na escolha eficiente de jurisdições que oportunizem a redução da carga tributária sobre as empresas transnacionais. Diante da intensificação da globalização, segundo os autores, esse tipo de atuação por parte das empresas transnacionais, em diversos países, é cada vez mais frequente, e é um fenômeno que se multiplica em razão da facilidade dos fluxos de capitais e mobilidade dos fatores de produção na atualidade<sup>27</sup>.

É importante observar que, embora parte desses planejamentos tributários viole diretamente as disposições dos tratados ou da legislação interna dos países, a maior parte não o faz. Os conceitos de “agressividade” e “abusividade” também não estão claramente definidos<sup>28</sup>, havendo uma série de técnicas para detectá-los e assegurar o uso apropriado dos tratados internacionais tributários<sup>29</sup>, como o *principal purpose test*, *substance over form* e *sham doctrine*, por exemplo. Tributaristas divergem, inclusive, quanto à licitude e ao dever de combater esse tipo de planejamento tributário.

<sup>27</sup> “A princípio, não há ilegalidade nas operações acima citadas, mas a escolha eficiente de jurisdições que favoreçam a diminuição da tributação dos grandes conglomerados internacionais. [...] Ocasionalmente pela intensificação da globalização, é cada vez mais frequente esse tipo de atuação de empresas estrangeiras em diversos países, fenômeno impulsionado pela facilidade de fluxo de capitais e mobilidade dos fatores de produção nos tempos recentes.”. MÉLO, Luciana Grassano de Gouvêa; PIMENTEL, João Otávio Martins. O plano de ação BEPS e as mudanças de paradigmas na tributação. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 88, n. 2, Recife, 2016, p. 85. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/index.php/ACADEMICA/article/view/12099>. Acesso em: 07 abr. 2024.

<sup>28</sup> “À inerente complexidade do tema, soma-se, ainda, o fato de que o conceito de ‘planejamento tributário agressivo’ não é claro ou estreme de dúvidas. Mais ainda, sequer há convergência pelos estudiosos se ele deve ser combatido ou não por um ordenamento jurídico, na medida em que o conceito de ‘agressividade’ não está necessariamente imbricado com o de ‘ilicitude’. Outrossim, se é verdadeiro que o conceito de ‘agressividade’ pode abranger o de ‘abuso’, haverá também situações em que possivelmente serão realizados planejamentos tributários que, conquanto não sejam ilegais ou abusivos, podem ser considerados ‘agressivos’”. BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto, *Op. cit.*, p. 992.

<sup>29</sup> “[...] há geralmente cinco meios para assegurar a apropriada utilização dos tratados tributários, em consonância com os padrões internacionais. Primeiramente, a aplicação de uma regra geral antielisiva doméstica ou uma regra antielisiva específica, aplicáveis aos tratados tributários. Em segundo lugar, uma regra antielisiva específica, prevista no próprio tratado tributário, como por exemplo, a cláusula do detentor do benefício, como geralmente se aplica para dividendos, juros e royalties. Em terceiro lugar, a limitação dos benefícios previstos nos artigos, geralmente com base na propriedade ou controle, conforme um teste de residente para conseguir benefícios dos tratados tributários. Em quarto lugar, uma regra geral antielisiva prevista no próprio tratado tributário, como a cláusula geral do proprietário beneficiário ou o teste do propósito principal. Em quinto lugar, a doutrina anti-abuso como princípio geral do direito internacional”. Tradução livre do trecho “[...] *there are generally five ways to ensure the proper use of tax treaties in consistency with international standards. Firstly, the application of domestic GAAR or a specific anti-avoidance rule applicable to tax treaties. Secondly, a specific anti-avoidance rule provided in the treaty itself: e.g. the beneficial owner clause, as generally applied to dividends, interests, and royalties. Thirdly, the limitation on benefits articles, generally based on ownership or control as a residence test to get treaty benefits. Fourthly, a GAAR provided in the treaty itself, such as a general beneficial owner clause, or the principle purpose test. Fifthly, an anti-abuse doctrine as a general principle of international law*”. ROLIM, João Dácio. Is There Any International Fundamental Right Against an International General Anti-avoidance Rule? In: VAN BREDERODE, Robert F. (ed.). **Ethics and Taxation**. Singapore: Springer, 2020, p. 315.

O fato é que o planejamento tributário internacional das empresas transnacionais, no mundo globalizado, acarretou uma considerável queda na arrecadação dos Estados. A esse problema chamou-se “Erosão das bases tributáveis”<sup>30</sup>. Empresas que supostamente praticaram planejamento tributário agressivo ou abusivo foram alvo de protestos que ficaram conhecidos como *Tax Shaming*.<sup>31</sup>

Embora este tópico se destine a explicar o papel das empresas transnacionais na problemática da erosão das bases tributáveis, registra-se que os Estados também possuem seu grau de culpa. É um argumento político comum apontar que os contribuintes são a causa do problema, levantando questões meramente morais sobre a tributação, como a de que os contribuintes corporativos devem pagar sua *fair share*<sup>32</sup> do fardo da tributação, sem, todavia, esclarecer que o conceito de *fair share* é essencialmente vago<sup>33</sup>.

Este argumento recorda a dinâmica amigo-inimigo, onde o “amigo” é o contribuinte consumidor final, que com muito esforço paga sua “*fair share*” do fardo da tributação, e o “inimigo” são as grandes empresas transnacionais, que, mesmo com seu exuberante capital, buscam meios de fugir da tributação, em uma conduta verdadeiramente imoral.

---

<sup>30</sup> “A erosão das bases tributárias e a transferência artificial de lucros (BEPS) se refere às estratégias de planejamento tributário que exploram lacunas e desencontros nas regras tributárias para fazer os lucros ‘desaparecerem’ para fins tributários ou transferem os lucros para localidades onde há pouca ou nenhuma atividade econômica real, mas nas quais os impostos são baixos, resultando em pouca ou nenhuma tributação corporativa sendo paga”. Tradução livre do trecho “*Base erosion and profit shifting (BEPS) refers to tax planning strategies that exploit gaps and mismatches in tax rules to make profits ‘disappear’ for tax purposes or to shift profits to locations where there is little or no real activity but the taxes are low, resulting in little or no overall corporate tax being paid*”. OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. **What is BEPS?**. 2024. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/faq/>. Acesso em: 04 abr. 2023.

<sup>31</sup> “O público viu a elisão tributária internacional como uma tentativa imoral e antiética de tais empresas não pagarem a sua ‘parcela justa’ nos custos estatais, o que fez com que as empresas passassem a investir em sua imagem como ‘boa pagadora de tributos’ (dispondo-se, inclusive, a pagar por tributos que sequer são devidos em função de suas estruturas tributárias), sob pena de ter sua imagem demasiadamente desgastada no mercado e sofrer enormes prejuízos em razão da reação social e boicotes dos consumidores (tax shaming)”. BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto, *Op. cit.*, p. 1.021.

<sup>32</sup> A expressão “*fair share*” corresponde à justa contribuição que o cidadão deve oferecer ao Estado para sustentá-lo, em termos de tributação. Conforme explica Robert W. McGee, “A visão de que as pessoas devem pagar sua *fair share* dos impostos é frequentemente atrelada a um ou dois outros conceitos, a visão de que o sistema tributário deve ser utilizado para reduzir a desigualdade de renda e a visão de que pessoas ricas devem pagar mais que pessoas pobres”. Tradução livre do trecho “*The view that people should pay their fair share of taxes is often tied in to one or two other concepts, the view that the tax system should be used to reduce income inequality and the view that rich people should pay more than poor people*”. MCGEE, Robert W. An ethical look at paying your “fair share” of taxes. **Journal of Accounting, Ethics & Public Policy**, v. 2, n. 2, 1999, p. 318-328. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.242549>. Acesso em: 06 abr. 2024.

<sup>33</sup> “O argumento ‘*fair share*’ é convenientemente indefinível, e constitui um bom Tradução livre do trecho “*The ‘fair share’ argument is conveniently undefinable, and it makes a good political argument*”. MCGEE, Robert W. **How to determine your “fair share” of taxes. Ask Chat GPT**. Fayetteville State University, 8 abr. 2023. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/369972326\\_How\\_to\\_Determine\\_Your\\_Fair\\_Share\\_of\\_Taxes\\_Ask\\_ChatchatGPT](https://www.researchgate.net/publication/369972326_How_to_Determine_Your_Fair_Share_of_Taxes_Ask_ChatchatGPT). Acesso em: 06 abr. 2024.

Heloísa Fernandes Câmara, esclarece que relação amigo/inimigo é utilizada por Carl Schmitt como uma categoria especificamente política. Nesta dinâmica, pinta-se o inimigo como um grupo de pessoas diferentes, que estão em uma posição de ameaça (o inimigo não precisa ser efetivamente uma ameaça, apenas parecer ser, isto é, ser pintado como ameaça pelo discurso político). A autora afirma que o pensamento de Carl Schmitt descreve o inimigo como “algo outro e estrangeiro”<sup>34</sup>.

Não se deve olvidar que, buscando atrair as empresas transnacionais e os benefícios delas decorrentes a seus territórios, os Estados oferecem benefícios fiscais, concorrendo entre si e incentivando o comportamento das empresas transnacionais, incorrendo em uma concorrência fiscal prejudicial.

A concorrência fiscal prejudicial, ou, no inglês, *harmful tax competition*, consiste no oferecimento de uma carga tributária reduzida, em troca de investimentos ou de refúgio de capitais. A conduta fomenta a escolha de jurisdições de tributação mais favorecida para hospedar lucros, ainda que o contribuinte tenha que utilizar múltiplos artifícios para obter o benefício fiscal<sup>35</sup>.

Não se deve perder de vista – alertam Paulo Ayres Barreto e Caio Augusto Takano – que os Estados possuem parcela significativa da responsabilidade do aumento da erosão das bases tributáveis. Houve um crescente oferecimento de vantagens tributárias para atrair investimentos e capital estrangeiro, o que possibilita a atuação efetiva (ou “agressiva”) das empresas transnacionais. Até os Estados que se preocupam com fuga de capitais para jurisdições de tributação mais favorecida (ou paraísos fiscais) se engajaram na competição fiscal para a atração de investimentos, que ficou conhecida como “corrida até o fundo” (*race to the bottom*)<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> CÂMARA, Heloísa Fernandes. O estrangeiro como inimigo. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, v. 8, n. 8, Curitiba, jul/dez. 2008, p. 130. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/dint/issue/view/799>. Acesso em: 06 abr. 2024.

<sup>35</sup> “O oferecimento de possibilidades de baixa carga fiscal em troca de investimentos ou mesmo de refúgio de capitais ganhou o nome de *harmful tax competition* [...] A concorrência fiscal internacional favorece a eleição de jurisdições com tributação favorecida para abrigar esses resultados, ainda que para isso tenha de se lançar mão de múltiplos artifícios para obtenção da vantagem fiscal”. MÉLO, Luciana Grassano de Gouvêa; PIMENTEL, João Otávio Martins. O plano de ação BEPS e as mudanças de paradigmas na tributação. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 88, n. 2, Recife, 2016, p. 85. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/index.php/ACADEMICA/article/view/12099>. Acesso em: 07 abr. 2024.

<sup>36</sup> “Não se deve perder de vista que os próprios Estados possuem uma parcela significativa de culpa para o aumento da erosão da base tributária, decorrente do aumento da própria concorrência entre os países, o que se refletiu no crescente oferecimento de diversas vantagens tributárias como forma de atrair investimentos e capital estrangeiro tornando possível a atuação efetiva ou ‘agressiva’ das empresas transnacionais. Estados preocupados com a fuga de capitais para jurisdições de baixa ou nenhuma tributação igualmente se engajaram no ciclo de competição fiscal para atrair investimentos, naquilo que se convencionou a chamar de ‘corrida até o fundo’ (*race to the bottom*), impactando sobremodo a arrecadação tributária dos Estados” BARRETO, Paulo Ayres; e TAKANO, Caio Augusto. Os desafios do planejamento tributário internacional na era pós-BEPS. *In*: CARVALHO, Paulo de Barros

A resposta para a erosão das bases tributáveis veio do G-20, em parceria com a OCDE, através do *Base Erosion and Profit Shifting* – BEPS, um plano de 15 ações que buscam combater a problemática da erosão das bases tributáveis em todas as suas causas. A proposta do BEPS é harmonizar as normas tributárias no plano internacional, eliminando a dupla não tributação e garantindo que as empresas transnacionais suportem sua “*fair share*” do fardo da tributação internacional, além de trazer uma maior segurança jurídica às empresas transnacionais na hora de realizar seus planejamentos tributários.

Luciana Grassano de Gouvea Mélo e João Otávio Martins Pimentel, já citados, afirmam que, diante do consenso de que diversos países estavam sofrendo queda de arrecadação decorrente da erosão das bases tributáveis, através do desvio de receitas para jurisdições de tributação mais favorecida, a OCDE e o G-20 passaram a desenvolver um plano para combater a problemática. O plano de Ação BEPS – *Base Erosion and Profit Shifting* é o resultado desta ação conjunta, e consiste em um conjunto de medidas para implementação por parte dos países e dos organismos internacionais. Tais medidas propõem a harmonização entre os sistemas tributários nacionais, mudanças de prática de legislação e, mais do que tudo, uma mudança de filosofia sobre o modo como a tributação deve ser encarada<sup>37</sup>.

Com isso, busca-se uma maior integração entre os ordenamentos jurídicos, a facilitação do intercâmbio entre as administrações tributárias, soluções para a economia digital, harmonização de técnicas de tributação etc. Nos capítulos seguintes, a presente pesquisa abordará a Ação 8 do Plano BEPS – destinada aos Preços de Transferência.

A importância de harmonizar as normas tributárias no plano internacional possui relação com um ponto que vai além da necessidade de manter a arrecadação dos Estados Nacionais e de garantir segurança jurídica aos contribuintes (empresas transnacionais.). A prática de planejamento tributário agressivo/abusivo pode desequilibrar a concorrência internacional, gerando dificuldades para as empresas que operam lícitamente e dentro da moralidade tributária.

---

(org.). **XIII Congresso Nacional de Estudos Tributários – IBET**. São Paulo: Noeses, 2016, p. 995.

<sup>37</sup> “Verificado o consenso de que diversos países estavam sofrendo com a erosão de suas bases tributáveis, com o desvio de receitas para outras jurisdições, a OCDE e o G-20 passaram a desenvolver o Plano de Ação contra, intitulado *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS), conjunto de medidas a serem avaliadas, para posterior implementação, tanto pelos países quanto pelos organismos internacionais. Tais medidas consistem em propostas de harmonização entre sistemas tributários, mudanças de prática de legislação, e, mais importante, mudança de filosofia a respeito de como a tributação deve passar a ser encarada”. MÉLO, Luciana Grassano de Gouvêa; PIMENTEL, João Otávio Martins. O plano de ação BEPS e as mudanças de paradigmas na tributação. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 88, n. 2, Recife, 2016, p. 88. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/index.php/ACADEMICA/article/view/12099>. Acesso em: 07 abr. 2024.

### 2.2.2 A fuga da tributação como causa de desequilíbrios na concorrência Internacional

A livre concorrência é um princípio da ordem econômica brasileira, constitucionalmente previsto como tal<sup>38</sup>. Se um ambiente concorrencial equilibrado é importante para o desenvolvimento da economia nacional, esta premissa também é verdadeira quando estamos falando de comércio internacional.

Com a globalização e a internacionalização das atividades econômicas, naturalmente, houve também a internacionalização das atividades anticompetitivas. Marcelo César Guimarães explica que, com esta internacionalização das atividades produtivas, contudo, também foram internacionalizados os atos anticompetitivos. Apesar disso, o direito da concorrência encara dificuldades na detecção, prevenção e punição desses atos, pois foi inicialmente estruturado para atender às necessidades internas de cada ordenamento jurídico, enfrentando dificuldades em sua internacionalização<sup>39</sup>.

Quando se fala em direito da concorrência, a tributação ganha relevante papel, pois pode ser utilizada como meio de correção de distorções competitivas. No Brasil, esta possibilidade está expressamente positivada no art. 146-A, da Constituição Federal da República, incluído pela Emenda Constitucional nº 42 de 2003, que dispõe:

Art. 146-A. Lei complementar poderá estabelecer **critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência**, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo<sup>40</sup>. (Grifou-se)

Todavia, em um outro lado da mesma moeda, a fuga da tributação pode ser a própria causa dessas distorções competitivas. Isto ocorre em razão do fato de que a tributação é um

---

<sup>38</sup> Art. 170, IV, CF/88. BRASIL [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 20 mar. 2024.

<sup>39</sup> “A economia internacional tem sido bastante modificada nos últimos trinta anos, em decorrência do fenômeno da globalização. Contemporaneamente, observa-se uma crescente internacionalização das atividades produtivas, comerciais e financeiras, sobretudo através das empresas transnacionais, as quais passam a utilizar-se de variadas estratégias para se libertar das restrições geográficas, emancipando-se do seu território de origem e de qualquer outro que a limite. Essa nova realidade reflete de modo direto na prática de atos anticompetitivos. Antes restritos às fronteiras nacionais, os ilícitos antitruste foram, também, internacionalizados, constatando-se uma emergência de concentrações transnacionais, abusos de posição dominante sobre o mercado global e cartéis internacionais. Entretanto, o Direito da Concorrência, concebido há mais de um século para lidar com comportamentos circunscritos a um único território, não acompanhou a evolução da economia”. GUIMARÃES, Marcelo César. **Cartéis internacionais: desafios e perspectivas para a internacionalização do direito da concorrência**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, 2017, p. 16.

<sup>40</sup> BRASIL [Constituição (1988)]. *Op. cit.*

considerável custo de transação nos negócios internacionais, constituindo um fator relevante e capaz, por si só, de alterar as decisões dos agentes econômicos.

Uma das teorias econômicas utilizadas pelo *Law and Economics*<sup>41</sup> é o Teorema de Coase<sup>42</sup>. Ao explicá-la, Paulo Caliendo afirma que os custos de transação correspondem aos custos para a celebração e a execução de um determinado contrato, destinados a manter o sistema de comércio.<sup>43</sup> Como dito, os tributos são uma espécie de custo de transação, podendo influenciar diretamente as escolhas de agentes econômicos, como as empresas transnacionais, por exemplo. O autor detalha:

A tributação pode ser entendida como um custo de transação em sentido restrito, na medida em que se constitui em um custo para a formalização de um negócio jurídico, assim, em uma operação em que a mercadoria custa 1.000 e o imposto incidente sobre a operação de circulação é de 10%, o custo adicional para a realização do negócio é 100, totalizando 1.100.

De outra parte, a tributação pode ser entendida também como sendo um custo de transação em sentido amplo, ou seja, conforme o teorema de Coase. Nesse caso, a tributação pode ser considerada um custo a ser verificado na utilização de mecanismos de mercado. As inseguranças decorrentes de um sistema tributário imperfeito e ineficiente implicam em maior incerteza na contratação e, portanto, em um custo de transação maior<sup>44</sup>.

Complementando seu raciocínio, o autor aduz que “as empresas podem concentrar operações internas para evitar a incidência dessa tributação. Igualmente, a tributação exerce uma influência fundamental dos arranjos contratuais”<sup>45</sup>. Esta afirmação está diretamente relacionada com os Preços de Transferência, aos quais dedica-se o capítulo 3 deste estudo. O fato é que a tributação é um custo adicional à realização de contratos internacionais, constituindo-se em uma verdadeira e relevantíssima barreira ao comércio internacional.

Silveira ilustra a seguinte situação: imagine-se um cenário no qual um determinado empresário realiza a importação de um equipamento destinado à produção industrial. Caso ele não possa mensurar o custo tributário da operação ou para a utilização do mecanismo de

---

<sup>41</sup> *Law and Economics* é um movimento que busca analisar o Direito a partir de conceitos não jurídicos, como a Teoria dos Jogos, por exemplo, rejeitando a autonomia do Direito perante a realidade econômica. O movimento entende que todos os institutos do direito e os bens jurídicos por ele tutelados podem ser analisados através de sua substância econômica e possui uma visão pragmática das normas jurídicas. SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. **Direito Tributário e análise econômica do Direito: uma visão crítica**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2009, p. 13.

<sup>42</sup> O Teorema de Coase é uma tese criada na teoria econômica, recebendo esta denominação em homenagem a Ronald Coase, economista norte-americano. Paulo Caliendo afirma que a tese é de grande relevância pois estabelece “os primórdios da análise sobre a estrutura institucional onde o mercado se desenvolve”. SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. **Direito Tributário e análise econômica do Direito: uma visão crítica**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2009, p. 18.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 23.

mercado, suportará um ônus fiscal considerável. Por conseguinte, o autor explica que a tributação deve ser tratada como um custo de transação em situações de insegurança jurídica, sonegação, burocracia fiscal, incentivos fiscais e elevadas penalidades em matéria tributária<sup>46</sup>.

O papel da tributação enquanto custo de transação é tão relevante que as normas tributárias de um ordenamento jurídico, por si sós, podem influenciar a tomada de decisão dos agentes econômicos quando da escolha de um determinado ordenamento jurídico (lei aplicável) para vincular seus contratos e operações pois, conforme Paulo Caliendo, as “inseguranças decorrentes de um sistema tributário imperfeito e ineficiente implicam em maior incerteza na contratação e, portanto, em um custo de transação maior”<sup>47</sup>.

Como visto no tópico anterior, as empresas transnacionais que praticam planejamento tributário internacional agressivo ou abusivo podem obter grandes economias de tributo, o que lhes garante a possibilidade de aumentar sua lucratividade, ganhando grandes vantagens competitivas em relação a empresas que, embora atuem no mercado global, não realizam estruturas de planejamento fiscal audaciosas.

Citado por Sérgio André Rocha, David R. Davies destaca que, enquanto de um lado negócios internacionais estão expostos ao risco de serem sujeitos à dupla (ou até múltipla) tributação, de outro lado, tais atividades também podem apresentar oportunidades de elisão ou evasão fiscais<sup>48</sup>. Alguns exemplos de ferramentas para realizar planejamento tributário internacional e atingir essa economia tributária são as práticas de *treaty shopping*, reorganização societária e preços de transferência.

A prática de *treaty shopping* consiste no uso indevido dos benefícios de uma convenção para evitar a dupla tributação da renda, por uma pessoa (física ou jurídica) que não detém legitimidade para fazê-lo.

Citando S. Van Wheelgel, Vikram Chand e Craig Elliffe definem *treaty shopping* como a conduta através da qual uma pessoa que não está apta a gozar dos benefícios de um tratado tributário faz uso – no sentido mais selvagem da palavra – de um indivíduo ou pessoa jurídica a fim de obter tais benefícios do tratado, que não lhe estão disponíveis diretamente<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> “Igualmente, a tributação exerce uma influência fundamental na escolha dos arranjos contratuais. Imagine-se, por exemplo, um empresário que venha a realizar a importação de um equipamento para a produção industrial: se ele não puder mensurar o custo tributário dessa operação ou para a utilização do mecanismo de mercado, o ônus fiscal será significativo. A tributação deve ser tratada como um custo de transação (custo de utilização dos mecanismos de mercado) nas seguintes situações: i) insegurança jurídica; ii) sonegação; iii) burocracia fiscal; iv) incentivos fiscais e v) elevadas penalidades em matéria tributária.” Ibidem, p. 23.

<sup>47</sup> SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Op. cit.*, p. 22.

<sup>48</sup> DAVIES, David R. **Principles of International Double Taxation Relief**. London: Sweet & Maxwell, 1985, p. 6.

<sup>49</sup> Tradução livre do trecho “a person who is not entitled to the benefits of a tax treaty make use – in the wildest meaning of the word – of an individual or legal person in order to obtain those treaty benefits that are not available

Os autores explicam que, predominantemente, os contribuintes se engajam no *treaty shopping* através da interposição de uma entidade intermediária, como uma companhia ou outras entidades semelhantes, em uma jurisdição intermediária<sup>50</sup>; e exemplificam:

Para ilustrar, na assunção de que um tratado tributário não exista entre o Estado R e o Estado S, um residente fiscal do Estado R talvez prefira não investir (igualmente) diretamente no Estado S, porque a renda derivada do investimento talvez seja sujeita a altos impostos no Estado S, e à imediata tributação no Estado R. De acordo, na seguinte presunção de que um tratado tributário exista entre o Estado T e o Estado S, o residente do Estado R talvez prefira instalar uma companhia no Estado T. Esta companhia receberá a renda proveniente do investimento no Estado S. A vantagem tributária de se instalar uma companhia no Estado T é que o residente do Estado R obtém acesso ao tratado tributário Estado T- Estado S. Este tipo de *treaty shopping* visa à redução de tributos no Estado S através dos benefícios proporcionados aos residentes do Estado T investindo no Estado S<sup>51</sup>.

Graficamente, tem-se<sup>52</sup>:

Figura 1: Ilustração de uma situação de *treaty shopping*.

---

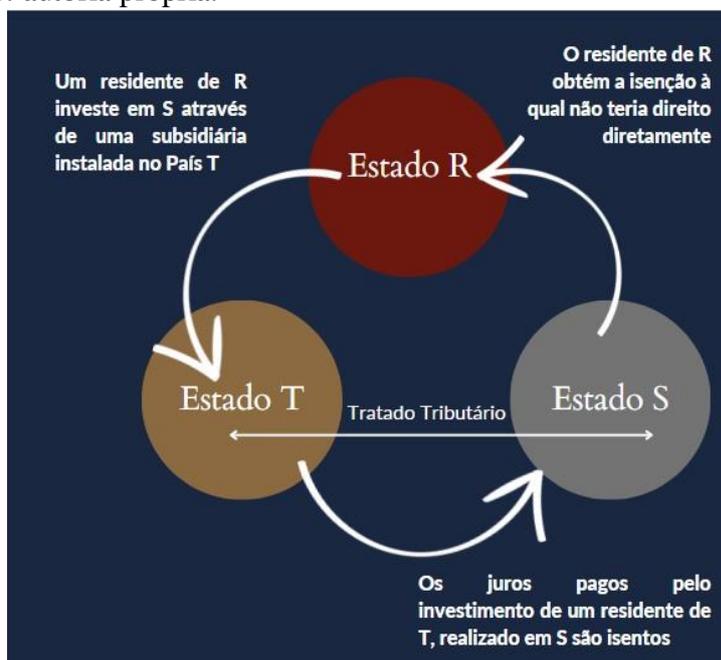
*directly*". VAN WEEGHEL, Stef. **The improper use of Tax Treaties:** with particular reference to the Netherlands and the United States. Series on International Taxation. 1 ed. The Hague: Kluwer Law International, 1998, p. 119.

<sup>50</sup> Tradução livre do trecho "*The most prevalent way through which a taxpayer engages in treaty shopping is by setting up an intermediary entity (company or other entities similar to a company) in an intermediary jurisdiction*". CHAND, Vikram; ELLIFFE, Craig. The Interaction of Domestic Anti-Avoidance Rules with Tax Treaties in the Post – BEPS and Digitalized World. **Bulletin for International Taxation**, april/may 2020, p. 304.

<sup>51</sup> Tradução livre do trecho "*To illustrate, on the assumption that a tax treaty does not exist between State R and State S, a tax resident of State R may prefer not to invest (via equity) directly in State S because the income derived from the investment may be subject to high taxes in State S and immediate taxation in State R. Accordingly, on the further assumption that a tax treaty exists between State T and State S, the State R resident may prefer to set up a company in State T. This company will receive the income from the investment in State S. The tax advantage of setting up the company in State T is that the tax resident of State R gets access to the State T-State S Tax Treaty. This kind of treaty shopping aims at the reduction of taxes in State S through the benefits provided to the residents of State T investing in State S.*". CHAND, Vikram; ELLIFFE, Craig. *Op. cit.*, p. 304.

<sup>52</sup> Ilustração de autoria própria.

Fonte: autoria própria.



Um exemplo prático de caso de *Treaty Shopping* é o caso *Mil Investments* (2006 e 2007), julgado pela Corte Tributária do Canadá. Neste caso, o contribuinte realizou uma manobra de *Treaty Shopping* para obter os benefícios de um tratado tributário sobre renda e capital, celebrado entre o Canadá e o Grão-Ducado de Luxemburgo.

Comentando o caso, Vikram Chand e Craig Elliffe narram:

Neste caso, Sr. Boule, um residente fiscal de Mônaco, possuía mais de 10% das cotas em uma empresa canadense, i.e., DFR, uma companhia engajada na área de mineração. As cotas da DFR eram de propriedade do Sr. Boule, através da sua companhia Mil, unicamente possuída e residente das Ilhas Cayman (a 'contribuinte'). Tendo em vista que a DFR havia explorado uma enorme propriedade de mineração, outra companhia canadense de mineração, i.e., Inco, desejava adquirir a DFR. Na intenção de conseguir a aquisição, a Inco abordou diversos cotistas, entre eles o Sr. Boule, a fim de adquirir suas cotas na DFR. Em seguida, o Sr. Boule concordou em alienar suas cotas, pois precisava melhorar sua posição de capital, a fim de focar em suas operações africanas e pagar débitos significativos (é importante notar que todos os cotistas da DFR venderam suas cotas e que havia razões comerciais sãs para fazê-lo). Portanto, o Sr. Boule deu início à seguinte série de transações. Primeiro, ele trocou as cotas da Mil na DFR por cotas da Inco, de maneira que a Mil passou a possuir menos de 10% das cotas da DFR. Esta transação foi neutra para tributos canadenses, devido a uma provisão específica no acordo. Segundo, ele trocou o endereço da Mil para Luxemburgo, para que a companhia se tornasse uma residente fiscal de lá. Esta operação também foi neutra para tributos canadenses. Terceiro, a Mil vendeu suas cotas da Inco e a DFR realizou um enorme ganho de capital. Os ganhos provenientes destas transações não se sujeitaram à tributação no Canadá, pois o artigo 13 (4)(b), lido em conjunto com o artigo 13 (5) do tratado tributário sobre renda e capital entre Canadá e Luxemburgo (1989) designou os direitos de taxaço sobre ganho de capital para Luxemburgo. Ainda, tendo em vista que Luxemburgo não taxou estes ganhos, as transações levaram à dupla não-tributação<sup>53</sup>.

<sup>53</sup> Tradução livre do trecho "In this case, Mr. Boule, a tax resident of Monaco, owned more than 10% of the

Embora as autoridades fiscais do Canadá tenham invocado a regra geral antielisiva canadense para negar o benefício, alegando que a transação foi abusiva, a Corte Tributária do Canadá entendeu que os requisitos para a aplicação da regra geral antielisiva não foram preenchidos, pois havia efetivas razões comerciais, de boa-fé, para a prática da transação. Em outras palavras, as transações descritas no caso *Mil Investments* possuíam propósito comercial e substância econômica, não tendo sido realizadas para fins exclusivamente tributários<sup>54</sup>.

Estes fundamentos – do propósito comercial e da substância econômica – consistem em duas importantes regras antielisivas, utilizadas para verificar se uma transação é ou não abusiva para fins tributários: o *principal purpose test* (ou *business purpose test*) e a *substance over form*.

Basicamente, o *principal purpose test* consiste em uma regra geral antielisiva que determina que o propósito principal de uma transação não pode ser meramente tributário, isto é, deve haver razões comerciais para que a operação seja realizada. Incorporado no modelo de Convenção Tributária sobre Renda e Capital da OCDE e no modelo de Convenção sobre Dupla Tributação entre Países Desenvolvidos e em Desenvolvimento da ONU, hoje, o PPT (como é abreviado o *purpose test*<sup>55</sup>), representa, segundo Robert J. Danon, o “padrão multilateral mínimo para combater o abuso dos tratados tributários”, embora enfrente críticas sobre a vaguidade de sua essência<sup>56</sup>. De maneira semelhante, a regra *substance over form* consiste em analisar a legislação e aplicá-la aos fatos concretos, buscando a verdadeira substância econômica de uma operação, para além de seu aspecto formal<sup>57</sup>.

Ambas as regras antielisivas se originaram nos Estados Unidos, décadas antes do caso *Mil Investments*, em 1935, no julgamento do Caso *Gregory vs. Helvering*. Paulo Caliendo narra

---

*equity in a Canadian list resident company, i.e., DFR, a company engaged in the mining business. The shares of DFR were owned by Mr. Boulle via his wholly owned Cayman Island Company, i.e., Mil (the ‘taxpayer’). As DFR had explored a blockbuster mining property, another Canadian mining company, i.e., Inco wished to acquire DFR. In order to achieve the acquisition, Inco approached several share-holders, among them, Mr. Boulle, in order to acquire their shareholding in DFR. Thereafter, Mr. Boulle agreed to alienate his shareholdings as he needed to improve his cash position in order to focus on his African operations and repay outstanding debts (it is important to note that all shareholders of DFR sold their shares and that there were sound commercial reasons for doing so). Therefore, Mr. Boulle entered into the following series of transactions. First, he had Mil Exchange shares in DFR for shares of Inco, so that Mil’s shareholding in DFR fell below 10%. This transaction was neutral for Canadian tax purposes due to a specific provision in the CITA. Second, he had Mil move to Luxembourg so that the company became a tax resident therein. The move was also neutral for Canadian tax purposes. Third, Mil sold the shares in Inco and DFR and realized a huge capital gain. The gains made on these transactions were not subject to tax in Canada as article 13(4)(b) read in conjunction with article 13(5) of the Canada-Luxembourg Income and Capital Tax Treaty (1989) allocated taxing rights over capital gains to Luxembourg. Also, as Luxembourg did not tax these gains, the transactions led to double non-taxation”. CHAND, Vikram; ELLIFFE, Craig. *Op. cit.*, p. 310*

<sup>54</sup> Ibidem, p. 310-311.

<sup>55</sup> DANON, Robert J. The PPT in the Post-BEPS Tax Treaty Law: it is a GAAR but just a GAAR! **Bulletin for International Taxation**, april/may 2020, p. 242.

<sup>56</sup> Ibidem.

<sup>57</sup> CHAND, Vikram; ELLIFFE, Craig. *Op. cit.*, p. 304.

que, no caso em questão, a Sra. Evelyn Gregory realizou uma manobra de reorganização societária que levaria a uma economia de tributos. Todavia, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que a operação era uma simulação, pois não possuía verdadeira substância econômica, tendo sido realizada com fins exclusivos de economia fiscal. Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira relata:

[...] o famoso caso Gregory vs. Helvering, que deu origem a duas importantes doutrinas tributárias nos Estados Unidos: a teoria do ‘propósito econômico do negócio’ (*business purpose test*), e da substância sobre a forma (*substance over form*). Nesse caso, Mrs. Evelyn Gregory era detentora da empresa United Mortgage Company (“United”), essa empresa por sua vez detinha ações em outra empresa de Mrs. Gregory, denominada Monitor Securities Corporation (“Monitor”), que detinha ativos (*assets*) que desejava vender. Se os vendesse ou transferisse diretamente, contudo, sofreria uma incidência fiscal maior, sendo essa distribuição de dividendos tributada como rendimento normal (*ordinary income*). Dessa forma, Mrs. Gregory constituiu uma nova empresa (Averill Corporation) sendo a única sócia e com todos os ativos da empresa anterior; três dias depois, ela transferiu todas as Ações da Monitor detidas pela United para a Averill. Assim ela agora detinha 100% da Averill, que detinha as ações da Monitor. Finalmente, dissolveu a Averill, recebeu os ativos da Monitor como distribuição de lucros (*liquidating dividend*) e os vendeu. Em virtude do fato de que a distribuição de ativos podia ser considerada uma forma de reorganização societária isenta (*tax-free corporate reorganization under section 112 of the Revenue Act of 1928*) e a distribuição de dividendos na liquidação da sociedade serem considerados rendimentos não-tributáveis (*non-taxable dividends*) não ocorreu a incidência de imposto de renda sobre os ganhos de capital. [...] A Suprema Corte entendeu que a operação era simulatória (*sham*) e, portanto, a distribuição de ativos realizadas sob a forma de dividendos em uma dissolução de sociedade (*liquidating dividend*) deveria ser tributada pelo imposto de renda<sup>58</sup>.

É conveniente lembrar existência de uma terceira doutrina antielisiva: a *sham doctrine*. Segundo Vikram Chand e Craig Elliffe, tanto em países da *common law* quanto em países de direito romano, há convergência em relação ao entendimento de que estes conceitos [*sham* e/ou simulação] possuem um elemento de falsidade, enganação ou mentiras<sup>59</sup>.

Os autores explicam, ainda, que, no caso *Canada Trust*, no ano de 2005, a Suprema Corte do Canadá estabeleceu que, para aplicar as regras gerais antielisivas previstas no Ato Canadense de Imposto de Renda, as autoridades precisariam seguir três passos: primeiro, é preciso determinar se há um benefício tributário oriundo da transação; depois, é preciso verificar se a operação constitui-se em uma “transação elisiva”, isto é, se foi arranjada, em sua essência, para propósitos de boa-fé, além da obtenção de benefícios tributários. Por fim, é necessário determinar se a transação, sendo elisiva, é “abusiva”<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Op. cit.*, p. 50-51.

<sup>59</sup> CHAND, Vikram; ELLIFFE, Craig. *Op. cit.*, p. 305.

<sup>60</sup> Livre tradução do trecho “The first step is to determine whether there is a ‘tax benefit arising from a transaction’. The second step is to determine whether the transaction is an ‘avoidance transaction’ in the sense of being arranged essentially for bona fide purposes other than to obtain tax benefits. The third step is to determine whether the

Além das práticas de *treaty shopping* e reorganização societária, um terceiro exemplo de instrumento que pode ser utilizado para a realização de planejamento tributário internacional agressivo consiste nos Preços de Transferência. Tendo em vista que o objeto da presente pesquisa é a análise dos impactos que a harmonização tributária da OCDE em normas de Preços de Transferência (através do Plano BEPS) causa na concorrência do comércio internacional de intangíveis, o exame dos preços de transferência será feito no terceiro capítulo, de maneira mais aprofundada.

Por hora, no entanto, convém registrar que, por preços de transferência, entende-se: “[...] o valor cobrado de uma empresa na venda ou transferência de bens, serviços ou propriedade intangível à empresa a ela relacionada”<sup>61</sup>.

Qualquer que seja a forma de planejamento tributário internacional adotada, o fato é que a realização dessas manobras importa em grande economia de tributo para as empresas transnacionais. Conforme explicado acima, a tributação é um custo de transação bastante relevante e cuja redução gera vantagens competitivas às empresas que adotam posições fiscais audaciosas, relativamente às que não adotam, gerando distorções concorrenciais.

Estas distorções competitivas são uma espécie de falha de mercado, isto é, uma incapacidade de a economia alocar bens conforme a vontade dos consumidores, incorrendo, portanto, em uma ineficiência econômica<sup>62</sup>.

Ao elencar as formas de falhas de mercado, Paulo Caliendo discorre sobre a competição imperfeita, definindo-a como o contexto no qual um determinado agente econômico detém tanto poder que é capaz de impedir que os outros agentes econômicos se beneficiem do comércio. O autor cita como exemplos os casos de monopólio ou oligopólio, nos quais há manipulação de preços para que recursos dos consumidores sejam transferidos aos monopolistas<sup>63</sup>.

No Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), responsável pela defesa da concorrência na via administrativa, analisando o Processo Administrativo 038/99, concluiu pela possibilidade de a chamada “guerra fiscal” levar a economia a uma

---

*avoidance transaction is 'abusive'.*”. Ibidem, p. 310.

<sup>61</sup> THORSTENSEN, Vera Helena; MATHIAS, Maria Isabel da Cunha. A OCDE e a questão do transfer pricing. **Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas**, Working Paper Series, São Paulo, nov. 2019, p. 6. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/d70f9356-f063-4a46-9d44-bb11a568888c/content>. Acesso em: 06 abr. 2024.

<sup>62</sup> SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Op. cit.*, p. 78.

<sup>63</sup> “i) Competição imperfeita, ou seja, quando determinado agente econômico detém tanto poder que impede que os outros agentes econômicos auferam benefícios do sistema de trocas. Tal situação ocorre, por exemplo, nos casos de monopólio ou oligopólio onde existe manipulação de preços para que ocorra uma transferência de recursos dos consumidores para os monopolistas”. SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Op. cit.*, p. 78.

situação de ineficiência e a condições que permitam o monopólio do mercado por uma determinada empresa, prejudicando a concorrência<sup>64</sup>.

O estudo dos impactos que a harmonização das normas tributárias causa na concorrência do comércio internacional é relevante pois, reduzindo este custo de transação (tributo), as empresas podem ganhar vantagens competitivas significativas. É importante examinar os efeitos que as normas tributárias internacionais causam no comércio internacional, a fim de que se possa formular políticas tributárias internacionais que gerem um ambiente competitivo internacional saudável para as empresas transnacionais e seus consumidores, ao tempo em que permita a realização de planejamento tributário e, simultaneamente, previna e combata a erosão das bases tributáveis e a transferência artificial de lucros sofridas pelos Estados.

É importante frisar, ainda, que a mobilidade do capital e dos bens intangíveis agrava o quadro da erosão das bases tributáveis e das distorções concorrenciais, pois facilita a prática de planejamento tributário agressivo. Conforme afirma Ana Clarissa Masuko<sup>65</sup>, os controles aduaneiros, criados para lidar com bens tangíveis, mostraram-se incapazes de lidar com os intangíveis. Por este motivo, os intangíveis serão abordados no próximo capítulo.

---

<sup>64</sup> Ibidem, p. 120.

<sup>65</sup> MASUKO, Ana Clarissa. Direito Tributário Internacional – elementos de conexão no comércio exterior de serviços e intangíveis. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 113, jan./dez. 2018, p. 227-250, p. 228.

### 2.3 O Plano de Ação BEPS e seus contornos normativos

O Plano BEPS surgiu como uma resposta para a problemática da erosão das bases tributáveis, delineada nos tópicos anteriores. BEPS é a sigla para *Base Erosion and Profit Shifting* que, em inglês, quer dizer “erosão das bases tributáveis e transferência de lucros”. Esta transferência de lucros, a ser combatida pelo Projeto BEPS, diz respeito a uma transferência artificial, isto é, desvinculada de propósito econômico e com o intuito de economia tributária.

Após a crise econômica de 2008, os países do G-20 priorizaram o combate à evasão e à elisão fiscais em suas agendas políticas. Segundo informações disponíveis no site da OCDE<sup>66</sup>, o projeto BEPS nasceu em um encontro perto de Paris, que contou apenas com alguns países. Quando a organização os questionou sobre suas preocupações, todos levantaram a questão da erosão das bases tributárias e a transferência artificial de lucros. A OCDE decidiu fazer do *base erosion and profit shifting* uma marca, e lançá-la.

De acordo com as informações dispostas em vídeo em seu sítio eletrônico, a OCDE confessa que, ao lançar o projeto BEPS em 2013, não esperava a coordenação política que se sucedeu para a sua implementação, uma vez que a área tributária é uma das mais difíceis de conseguir coordenação. Isto ocorre pois, afinal de contas, tributação é sobre soberania.

Ainda segundo informações do supracitado vídeo, na Conferência do G8, realizada no Reino Unido em 2013, David Cameron, então Primeiro Ministro britânico, focou em “3 Ts” – *Trade, Transparency and Taxation* – isto é, comércio, transparência e tributação. Estes são os três principais princípios sobre os quais se sustenta a mudança de filosofia sobre a tributação que o BEPS desencadeia.

O BEPS tem sido uma das três principais pautas em discussão no G8. Em 2012, a OCDE propôs que o G-20 começasse a trabalhar no Projeto BEPS para limitar o risco de evasão fiscal por empresas transnacionais. O objetivo era eliminar a dupla tributação internacional e parar de facilitar a dupla não tributação internacional. Em outras palavras, segundo as informações, a intenção era reintroduzir mais justiça e sentido ao sistema tributário internacional.

---

<sup>66</sup> Informações retiradas do vídeo intitulado “History of the G20 & BEPS”, disponível no site da OCDE, no qual Masatsugu Asakawa (Vice Ministro de Finanças para assuntos internacionais do Japão) e Pascal Saint-Amans (Diretor, Centro de Disputas para política tributária e administração da OCDE) compartilham informações sobre o histórico do Projeto BEPS. OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. **What is BEPS?:** history of the G20 & BEPS. 2024. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/about/#history>. Acesso em: 21 set. 2023.

O Projeto começou na presidência de Mesa, com algumas ideias sobre o que fazer nos próximos 5 anos. Pouco tempo depois, o vídeo informa que houve um problema no Reino Unido com companhias que as pessoas pensaram que não estavam pagando tributos suficientes, e por isso o G-20 pediu à OCDE para andar mais rápido. Esta fala dos representantes da OCDE faz referência à prática de *Tax Shaming*, isto é, aos protestos realizados pela população contra empresas que supostamente não estariam pagando a sua *fair share* do fardo da tributação. Alguns exemplos de empresas que foram alvo desta prática são a Google, o Starbucks e a Amazon<sup>67</sup>.

Em seguida, a OCDE propôs, finalmente<sup>68</sup>, o pacote compreensível de 15 medidas, que se dividiam em três blocos principais: 1- criação de regras para eliminar a dupla não tributação internacional; 2- Fixação de regras existentes de tributação internacional, como preços de transferência, regras para parar o *treaty shopping* ou a definição de um estabelecimento permanente; e 3 – Adição de transparência.

O projeto, portanto, tinha como um de seus valores inegociáveis a transparência fiscal. Era preciso estudar e procurar informações para entender melhor onde as empresas transnacionais pagavam seus tributos, a fim de melhorar o padrão de transparência das transnacionais para com as respectivas administrações tributárias, por meio de relatórios de país para país (*country-to-country reporting*).

Era preciso, ainda lidar com os desafios tributários oriundos da economia digital, e também elaborar um instrumento multilateral para que o Pacote BEPS fosse implementado mais rápido o que, posteriormente, deu origem à *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* – que ficou conhecida como MLI.

Além disso, tendo em vista que a Erosão das Bases Tributáveis é um problema global, desde o início a OCDE sentiu a necessidade de incluir as economias emergentes, pois seria inútil tentar excluí-las. Como discutir quais seriam as novas regras internacionais de tributação, sem que todos os atingidos pudessem participar da discussão e das decisões? Foi desta reflexão que surgiu um importante foro, chamado *Inclusive Framework on BEPS*.

---

<sup>67</sup> BARFORD, Vanessa; HOLT, Gerry. **Google, Amazon, Starbucks: the rise of tax shaming**. BBC News, 21 may 2013. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/magazine-20560359>. Acesso em: 25 set. 2023..

<sup>68</sup> A OCDE introduziu as medias à comunidade do G-20 em Los Cabos. Em seguida, houve uma discussão sobre o tema na Austrália, em 2014. Posteriormente, o Plano BEPS foi discutido e aprovado, na Rússia. Finalmente, na Turquia, em 2015, a adoção do BEPS e de todas as medidas do BEPS pelo g-20 ocorreu. O BEPS passou dois anos em discussão no G-20 e, após esse período, o relatório final de suas recomendações foi lançado.

O *Inclusive Framework on BEPS* é um foro criado justamente para que os países não membro da OCDE possam participar do projeto. O primeiro encontro do foro ocorreu no ano de 2016, em Kyoto, realizado OCDE. À época em que o vídeo informativo do histórico do BEPS foi inserido no site da organização (2019), o BEPS contava com 128 países participantes. Ainda segundo informações do site, atualmente (2023), este número subiu para 135<sup>69</sup>.

Ainda, foi desenvolvida uma plataforma colaborativa para oferecer assistência técnica aos países em desenvolvimento para a implementação das novas regras tributárias. A PTC – *Platform on Collaboration on Tax*, é um corpo integrado ente a OCDE, a ONU, o FMI e o Banco Mundial.

Após o BEPS e o seu Inclusive Framework, algumas jurisdições de tributação favorecida ou mesmo nula se comprometeram a eliminar os aspectos de sua economia que estavam facilitando a erosão das bases tributáveis e a transferência de lucros. Outro ponto de progresso foi o intercâmbio de informações. Saiu-se de um mundo onde o sigilo bancário era a regra em mais de 50 países para um mundo onde o intercâmbio de informações se tornou a regra. Antes, era fácil esconder dinheiro no além-mar. Hoje, as informações bancárias de estrangeiros e residentes são trocadas automaticamente.

O grande objetivo do BEPS era assegurar que todos os países atuassem sob as mesmas regras tributárias e alcançassem um mesmo fim: fazer com que as empresas transnacionais pagassem seus tributos onde eles realmente eram devidos, isto é, onde o valor era efetivamente criado. Em um determinado momento, falou-se em 3.000 bilhões de dólares de lucros acumulados nas Bermudas e nas Ilhas Cayman. Em 2013, o *The Economist* publicou matéria em que relatava a existência de mais de 20 trilhões de dólares ocultos por leis de sigilo em paraísos fiscais, através de *offshores*<sup>70</sup>. O plano da OCDE era mudar essa realidade, realinhando a localização do lucro com o local da criação de valor, isto é, a tributação deveria ocorrer onde a substância econômica acontecesse.

A partir daí era necessário monitorar os países para ver como a implementação do BEPS estava ocorrendo em cada ordenamento jurídico e garantir que a implementação ocorresse adequadamente, além de lidar os desafios oriundos da digitalização da economia.

---

<sup>69</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. **What is BEPS?**. 2024. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/faq/>. Acesso em: 04 abr. 2023..

<sup>70</sup> THE ECONOMIST. **The missing \$20 trillion: how to stop companies and people dodging tax, in Delaware as well as Grand Cayman**. 16 feb. 2013. Disponível em: [https://www.economist.com/leaders/2013/02/16/the-missing-20-trillion?utm\\_medium=cpc.adword.pd&utm\\_source=google&ppccampaignID=19495686130&ppcadID=&utm\\_campaign=a.22brand\\_pmax&utm\\_content=conversion.direct-response.anonymous&gclid=Cj0KCQjwj5mpBhDJARIsAOVjBdoOP4fFoteJQf6XJBpUovMHv0qHdSPDhNghsUaiLos4dqJ7PXdqNGIaAuY6EALw\\_wcB&gclid=aw.ds](https://www.economist.com/leaders/2013/02/16/the-missing-20-trillion?utm_medium=cpc.adword.pd&utm_source=google&ppccampaignID=19495686130&ppcadID=&utm_campaign=a.22brand_pmax&utm_content=conversion.direct-response.anonymous&gclid=Cj0KCQjwj5mpBhDJARIsAOVjBdoOP4fFoteJQf6XJBpUovMHv0qHdSPDhNghsUaiLos4dqJ7PXdqNGIaAuY6EALw_wcB&gclid=aw.ds). Acesso em: 20 mar. 2024.

Posteriormente, a resposta veio através do que ficou conhecido como o “BEPS 2.0”<sup>71</sup>: O Pillar 1 e o Pillar 2. Segundo o vídeo disponível no site da OCDE, o Pillar 1 é sobre um novo “*nexus*”, que poderia ser entendido como um novo critério temporal de regra matriz de incidência tributária: quando se pode começar a taxar uma nova companhia? Em outros tempos, a taxaço ocorreria quando fosse instalado um estabelecimento permanente. Porém, com a digitalização da economia, hoje se pode operar grandes quantias e realizar comércio sem a necessidade de qualquer estabelecimento. Como reinventar esse critério? E, se reinventado, quanto lucro se alocará para esses mercados? Esta eram as discussões inerentes ao Pillar 1, de acordo com os expositores.

O Pillar 2, por sua vez, foi proposto por determinados países para elaborar um imposto mínimo, a fim de se proteger da transferência de lucros para uma jurisdição de tributação favorecida ou até mesmo nula.

De acordo com Chris Noonan e Victoria Plekhanova, o Pillar 1 seria, essencialmente, uma discussão sobre a distribuição dos espólios da globalização. O Pillar 2, por sua vez, seria uma tentativa de estabelecer um padrão mínimo para a competição tributária por baixas alíquotas de imposto de renda<sup>72</sup>. *The Two Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of The Economy and Broader Tax Issues– TPS* foi entregue em outubro de 2021. O instrumento contou com a adesão de mais de 130 países e jurisdições<sup>73</sup>.

Após 2021, a Organização Internacional continuou a trabalhar no Projeto BEPS, buscando sua implementação efetiva, que gera novos desafios a cada passo. A OCDE segue monitorando a implementação do Pacote BEPS, oferecendo, inclusive, assistência para este fim. O processo de implementação gera relatórios que narram os desafios decorrentes da internalização e do cumprimento das diretrizes geram a necessidade de novas soluções, que, por sua vez, ocorrem através da confecção de novos documentos, como, por exemplo, o “*Outcome Statement on the Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*”, de julho de 2023<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> PINTO, Rodrigo Alexandre Lázaro. BEPS 2.0: breves considerações sobre a abordagem unificada proposta pela OCDE. **Revista Tributária e de Finanças Públicas - RTrib**, v. 146, n. 28, 2021, p. 218. Disponível em: <https://rtrib.abdt.org.br/index.php/rftp/article/view/367>. Acesso em: 20 mar. 2024.

<sup>72</sup> NOONAN, Chris; PLEKHANOVA, Victoria. Compliance Challenges of the BEPS Two-Pillar Solution. **British Tax Review**, issue 5, dec. 2022. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4323926](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4323926). Acesso em: 20 mar. 2023..

<sup>73</sup> Ibidem.

<sup>74</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. **Outcome Statement on the Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy**. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 11 July 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/outcome-statement-on-the-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-july-2023.pdf>. Acesso em: 27 set. 2023.

Por conseguinte, novas discussões se estabelecem entre contribuintes, administrações tributárias e acadêmicos, em um complexo emaranhado de normas tributárias internacionais, que envolvem, principalmente, soberania fiscal, cooperação internacional e transparência, o que se torna, cada vez mais, um sistema tributário global integrado.

### 3 *BORDERLESS ECONOMY*: O PAPEL DOS BENS INTANGÍVEIS NO CENÁRIO DA TRIBUTAÇÃO INTERNACIONAL

#### 3.1 Intangíveis: conceitos, características e espécies

Carlos Eduardo do Nascimento<sup>75</sup> define intangíveis como bens cujo valor não reside em sua substância física, mas nos direitos de propriedade conferidos aos seus possuidores, a exemplo de patentes, marcas e direitos autorais.

Vera Thorstensen e Thiago Rodrigues São Marcos Nogueira explicam que, no manual do usuário (*User's Guide*) referente aos seus Códigos de Liberalização de Movimento de Capitais (OECD/LEGAL/0002) e de Liberalização de Operações Correntes de Intangíveis – (OECD/LEGAL/0001), a OCDE define como intangíveis toda troca em que não houver mercadoria envolvida<sup>76</sup>.

Por sua vez, Elcio Domingues da Silva e Camila Bukoski falam em “bens digitais”, conceituando-os como todos os bens que sejam acumulados por um determinado usuário no ambiente virtual, representando bens jurídicos. Tais bens seriam compostos por informações de relevância jurídica e, além disso, possuiriam utilidade. Desta maneira, os bens digitais seriam também denominados de incorpóreos ou imateriais, pois, uma vez que sua existência se concebe unicamente no ambiente digital, tais bens não são palpáveis<sup>77</sup>.

De modo mais interessante ao escopo deste trabalho, a OCDE afirma que o objetivo da Ação 8 do Plano BEPS é elaborar regras para prevenir a erosão das bases tributáveis e a transferência artificial de lucros através da transferência de intangíveis entre os membros de um grupo empresarial, e que a primeira providência da referida ação é adotar uma definição clara, ampla e delineada do que seria um intangível<sup>78</sup>.

Antônio Augusto Souza Dias Júnior explica que, para fins de preços de transferência, a OCDE traz o seguinte conceito de intangíveis:

---

<sup>75</sup> NASCIMENTO, Carlos Eduardo do. **O comércio de bens intangíveis no mercado virtual e a problemática de sua tributação**. Dissertação (Mestrado), Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2008, p. 59. Disponível em: <https://bdtd.ucb.br:8443/jspui/bitstream/123456789/395/1/Carlos%20Eduardo%20do%20Nascimento.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2023.

<sup>76</sup> THORSTENSEN, Vera; NOGUEIRA, Thiago Rodrigues São Marcos (coord.). *Op. cit.*, p. 45.

<sup>77</sup> BUKOSKI, Camila; SILVA, Elcio Domingues da. Bens digitais: aquisição e transmissão de riqueza virtual. *Revista Aporia Jurídica*, v. 1, n. 19, 2023, p. 52. Disponível em: <https://www.phantomstudio.com.br/index.php/aporiajuridica/article/view/2646>. Acesso em: 20 mar. 2023.

<sup>78</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. **Action 8-10 Transfer Pricing**, 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/actions8-10/>. Acesso em: 14 ago. 2023.

Os intangíveis podem ser definidos como ativos não físicos e não financeiros que possuem um valor econômico e que podem ser negociados entre partes numa transação de mercado, de acordo com a definição da OCDE no relatório das ações 8 a 10 do BEPS<sup>79</sup>.

Percebe-se, de início, que para fins de preços de transferência – e, conseqüentemente, para os fins deste trabalho, – excluem-se do conceito de intangíveis os ativos financeiros, tais como as criptomoedas. De acordo com o conceito da OCDE para fins de preços de transferência, portanto, as principais características dos intangíveis, são a sua ausência de materialidade física, ausência de caráter financeiro, a existência de valor econômico, sua sujeição a controle e a possibilidade de transferência em negociação<sup>80</sup>.

Embora a OCDE destaque a importância de um conceito de intangíveis que não seja excessivamente amplo ou estreito, Antônio Augusto Souza Dias Júnior ressalta que há bastante generalidade e abstração na acepção da palavra “intangíveis”, adotada pela OCDE, e que este aspecto coaduna com os interesses das autoridades fazendárias, que buscam não restringir a base de cálculo da tributação sobre intangíveis<sup>81</sup>.

O autor comenta que, ao tratar sobre intangíveis, a OCDE privilegia a aplicação da substância sobre a forma, rejeitando metodologias exclusivamente contábeis ou jurídicas para fins de preços de transferência. Veja-se:

A OCDE é explícita, ao definir os intangíveis, em rejeitar uma metodologia exclusivamente contábil ou jurídica para fins de preços de transferência. Mesmo diante de registros contábeis ou de formas jurídicas, a OCDE privilegia a investigação das reais condições que se estabelecem entre partes independentes para situações comparáveis [...]. Dessa perspectiva, intangíveis, assim considerados para fins de preços de transferência, podem não ter essa classificação no balanço contábil da empresa. Por exemplo, custos relativos a pesquisa e desenvolvimento são contabilmente classificados como despesas no balanço. Do mesmo modo, eventual proteção legal concedida não é requisito para caracterização como intangível para se determinar o controle de preços de transferência<sup>82</sup>.

Em junho de 2023, o presidente Luís Inácio Lula da Silva sancionou a Lei nº 14.596/2023, originada da MP 1152/22, que, por sua vez, foi editada pelo governo do ex-presidente Jair Messias Bolsonaro<sup>83</sup>. A referida Lei entrou em vigor em janeiro de 2024, tendo

---

<sup>79</sup> DIAS JÚNIOR, Antônio Augusto Souza. Intangíveis e Preços de Transferência: vedações e necessidade de controle. **Revista de Direito Tributário Internacional Atual**, [S. l.], n. 7, p. 52–70 (p. 53), 2020. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTIAtual/article/view/1156>. Acesso em: 20 mar. 2024.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>81</sup> *Ibidem*.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>83</sup> Vários pontos da redação original da Medida Provisória nº 1152/22 foram alterados quando da sua conversão na Lei nº 14.596/2023. JÚNIOR, Janary. Sancionada lei com novo marco legal para preços de transferência. **Agência Câmara de Notícias**, 15 jun. 2023. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/971794-sancionada-lei-com-novo-marco-legal-para-precos-de-transferencia/>. Acesso em: 10 ago. 2023.

sido publicada em 15/06/2023. O objetivo é adequar as normas brasileiras às diretrizes da OCDE sobre preços de transferência.

Da leitura do instrumento legal, verifica-se que há uma secção dedicada às transações com intangíveis, e que seu art. 19, I traz um conceito de intangíveis que está em perfeita harmonia com as *guidelines* da Ação 8 do Plano BEPS. Veja-se:

Art. 19. Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I – intangível: o ativo que, não sendo tangível ou ativo financeiro, seja suscetível de ser detido ou controlado para uso nas atividades comerciais e que teria seu uso ou transferência remunerado caso a transação ocorresse entre partes não relacionadas, independentemente de ser passível de registro, de proteção legal ou de ser caracterizado e reconhecido como ativo ou ativo intangível para fins contábeis;<sup>84</sup>.

A OCDE lembra que os intangíveis podem ser classificados em várias categorias, como *soft intangibles* e *hard intangibles* e intangíveis de rotina e intangíveis não rotineiros, por exemplo. A organização, todavia, garante que, para os fins da Ação 8 do Plano BEPS, tais classificações não são relevantes. No entanto, segundo a OCDE, algumas categorias de intangíveis são comumente mencionadas nas discussões sobre preços de transferência, motivo pelo qual o *final report* de 2015 das ações 8 a 10 do BEPS trazem um glossário com a classificação de intangíveis entre *marketing intangibles* e *trade intangibles*<sup>85</sup>.

Antônio Augusto Souza Dias Júnior explica:

O *marketing intangible* seria aquele intangível que se relaciona com atividades comerciais, auxilia na exploração comercial de produtos ou serviços e/ou tem um importante valor promocional para o produto em questão. Os exemplos dados são, entre outros, marcas registradas, listas de clientes, relacionamentos com clientes ou dados sobre clientes utilizados para a venda de bens ou serviços.

O *trade intangible*, por sua vez, é definido por exclusão, sendo aquele intangível que não se inclui no conceito de *marketing intangible*. Exemplos de *trade intangibles* seriam as patentes, os segredos industriais, o *know-how*, usados na produção de mercadorias ou na prestação de serviços<sup>86</sup>.

Por sua vez, Luís Eduardo Schoueri explica que os intangíveis comerciais (*trade intangibles*) se referem à propriedade intelectual cuja criação e desenvolvimento exige, via de

<sup>84</sup> BRASIL. **Lei nº 14.596, de 14 de junho de 2023**. Dispõe sobre regras de preços de transferência relativas ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL); altera as Leis nºs 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 12.973, de 13 de maio de 2014, e 12.249, de 11 de junho de 2010; e revoga dispositivos das Leis nºs 3.470, de 28 de novembro de 1958, 4.131, de 3 de setembro de 1962, 4.506, de 30 de novembro de 1964, 8.383, de 30 de dezembro de 1991, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 12.715, de 17 de setembro de 2012, 12.766, de 27 de dezembro de 2012, e 14.286, de 29 de dezembro de 2021, e do Decreto-Lei nº 1.730, de 17 de dezembro de 1979. Brasília: 2023. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2023-2026/2023/lei/114596.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/114596.htm). Acesso em: 20 mar. 2024.

<sup>85</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. **Action 8-10 Transfer Pricing**. 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/actions8-10/>. Acesso em: 14 ago. 2023.

<sup>86</sup> DIAS JÚNIOR, *Op. cit.*, p. 56.

regra, investimentos vultosos para proporcionar um retorno adequado ao seu criador; enquanto os intangíveis para comercialização (*marketing intangibles*) são aqueles que ajudam na exploração comercial de um produto ou serviço, tais como as marcas comerciais, listagem de clientes, canais de distribuição, entre outros<sup>87</sup>.

Schoueri adverte, no entanto, que nem toda atividade de pesquisa e desenvolvimento será capaz de produzir um intangível comercial, e que nem toda atividade de marketing será capaz de gerar um intangível para comercialização. Em algumas situações, atividades de marketing como, por exemplo, estratégias de vendas, relações públicas e controle de qualidade, produzem seus efeitos somente durante um limitado período, o que as caracteriza não como um intangível, mas sim como uma despesa corrente<sup>88</sup>.

Ainda no âmbito dos preços de transferência, a OCDE traz seis espécies de intangíveis nos relatórios finais das Ações 8 a 10 do BEPS: patentes; *know-how* e *trade secrets*; a marca registrada, nome empresarial e marca; direitos contratuais e licenças governamentais; licenças e direitos limitados em intangíveis e o *goodwill and ongoing concern value*<sup>89</sup>.

Todavia, a organização esclarece que o objetivo das *guidelines* sobre preços de transferência é fazer com que a tributação ocorra onde o valor seja efetivamente criado dentro dos negócios internacionais das multinacionais, e não criar uma lista de bens que possam ou não ser considerados como intangíveis. Logo, a OCDE frisa que o rol da Seção A.4 dos relatórios finais das ações 8 a 10 do BEPS (2015) não é taxativo, mas meramente exemplificativo, e que inúmeros bens que não se encontram na referida seção podem ser considerados como intangíveis para fins de preços de transferência<sup>90</sup>.

### 3.1.1 As patentes como exemplo de intangível para fins de preços de transferência

Segundo a OCDE, as patentes são instrumentos legais que garantem ao seu proprietário o direito exclusivo de uso de uma dada invenção, dentro de um período limitado e de uma localização geográfica determinada. A palavra “invenção”, sobre a qual recai a patente, pode significar um produto ou um processo. A organização afirma que, ainda que a maioria das invenções patenteáveis sejam obtidas através de pesquisas arriscadas e custosas, em algumas

---

<sup>87</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. **Preços de Transferência no Direito brasileiro**. São Paulo: Dialética, 2013, p. 359.

<sup>88</sup> Ibidem.

<sup>89</sup> DIAS JÚNIOR, *Op. cit.*, p. 56.

<sup>90</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. **Action 8-10 Transfer Pricing**, 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/actions8-10/>. Acesso em: 14 ago. 2023.

circunstâncias é possível obter invenções patenteáveis altamente valiosas através de pesquisas e despesas pequenas.

A OCDE explica que o desenvolvedor pode tentar se recuperar dos custos do desenvolvimento das invenções através da venda dos produtos cobertos pela patente, licenciando outros para usar a invenção patenteada, ou com a venda total da patente. Ainda segundo a organização, a exclusividade garantida pela patente pode, em algumas circunstâncias, permitir ao seu proprietário o recebimento de retornos elevados pelo uso de sua invenção. Em outros casos, a invenção patenteada pode providenciar vantagens de custo ao seu proprietário, que não estão disponíveis à sua concorrência. Ainda, em outros casos, as patentes podem não implicar em vantagem comercial significativa<sup>91</sup>.

Tomemos como exemplo *The Coca-Cola Company*. O design da garrafa na qual é vendido o refrigerante é uma patente da companhia. Em razão de suas bem empregadas estratégias de marketing e *branding*, a empresa é capaz de transmitir sua marca ao consumidor através da embalagem da Coca-Cola.

Jacob E. Gersen e C. Scott Hemphill afirmam que a garrafa da Coca-Cola é uma das mais famosas embalagens do mundo, e que os consumidores instantaneamente reconhecem a distinta e curvilínea garrafa, entendendo o que ela representa enquanto, inclusive enquanto símbolo cultural e de triunfo do *branding*<sup>92</sup>.

Uma das medidas utilizadas pela empresa para a proteção do design da garrafa da Coca-Cola é a patente<sup>93</sup>. Realizando um cotejo com os requisitos postos pelo *final report* de 2015 das Ações 8 a 10 do Plano BEPS da OCDE para a configuração de um determinado bem como intangível, tem-se que a patente do design da garrafa não possui materialidade física, tampouco caráter financeiro. Apesar disso, possui grande valor econômico, atrelado ao *branding* da empresa. A patente está sujeita ao controle e pode ser transferida em negociação, caso a empresa deseje.

Logo, a patente do design da garrafa da Coca-Cola é um exemplo de intangível para fins de preços de transferência, conforme as *guidelines* da OCDE.

---

<sup>91</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. *Op. cit.*

<sup>92</sup> GERSEN, Jacob E.; HEMPHILL, C. Scott. *The Coca-Cola Bottle: a fragile vessel for building a brand*. NYU **Law and Economics Research Paper** n. 23-12, New York, sep. 2022. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4232437](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4232437). Acesso em: 20 mar. 2024.

<sup>93</sup> *Ibidem*.

### 3.1.2 *Know-how e trade secrets: intangíveis para fins de preços de transferência*

Outro intangível listado como tal no rol exemplificativo da OCDE consiste no *know-how* e *trade secrets*. Estes intangíveis fazem referência a informações privilegiadas ou ao conhecimento que assista ou progrida uma atividade comercial, mas que não são registradas para sua proteção, como as patentes ou marcas registradas. A organização ressalta que o *know-how* e *trade secrets* consistem, genericamente, em informações sigilosas e de natureza industrial, comercial ou científica, proveniente de experiência prévia, e que tenham aplicação prática nas operações de uma empresa.

A OCDE afirma que o *know-how* e *trade secrets* podem ser relativos à manufatura, marketing, pesquisa e desenvolvimento, ou qualquer outra atividade comercial. Um fator importante é que o valor do *know-how* e do *trade secrets* está necessariamente atrelado ao sigilo, e muitas vezes depende da capacidade de uma empresa de preservar a confidencialidade das informações.

Em determinadas indústrias, a revelação de informações necessárias para obter a proteção de uma patente poderia assistir a concorrência a desenvolver soluções alternativas. Por outro lado, uma empresa pode, por justas razões comerciais, optar por não registrar um *know-how* patenteável que poderia contribuir substancialmente com o sucesso da empresa. Outras formas de proteção de *know-how* e *trade secrets*, até certo ponto, por leis antitruste e semelhantes, contratos empregatícios e barreiras econômicas e tecnológicas à competição.<sup>94</sup>

No caso da *The Coca-Cola Company*, sabe-se que a fórmula do célebre refrigerante é um grande segredo da indústria, permanecendo um mistério desde a fundação da empresa até os dias atuais. A companhia deixou de patentear a fórmula, preferindo mantê-la em segredo, uma vez que a patente permite apenas uma proteção limitada por tempo e espaço, conforme o subtópico anterior.

Em vez disso, a empresa optou por manter este conhecimento relativo ao processo de produção da Coca-Cola em sigilo. O segredo da fórmula do refrigerante é, portanto, considerado como *know-how/trade secret*<sup>95</sup>. O valor da fórmula está necessariamente atrelado ao seu sigilo.

---

<sup>94</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. *Op. cit.*.

<sup>95</sup> “Um *trade secret* é uma informação confidencial, comercialmente valiosa que provê vantagem competitiva a uma companhia, como listas de consumidores, métodos de produção, estratégias de marketing, informações de precificação e fórmulas químicas (exemplos conhecidos de *trade secrets* incluem a fórmula da Coca-Cola, a receita do frango frito Kentucky e o algoritmo usado pela estratégia de busca do google. Para ter sucesso no mercado global, as firmas estadunidenses dependem de *trade secrets*, que cada vez mais se tornam seus intangíveis mais valiosos”. Tradução livre do trecho “*A trade secret is confidential, commercially valuable information that provides a company with a competitive advantage, such as customer lists, methods of production, marketing strategies, pricing information, and chemical formulae. (Well-known examples of trade secrets include the formula*

Caso as concorrentes da empresa tivessem acesso a este conhecimento, não haveria mais o monopólio de produção, gerando grandes perdas à companhia. Além disso, parte do marketing da empresa está associada justamente ao mistério que envolve a fórmula do refrigerante. Para assegurar o sigilo da fórmula, apenas dois executivos da empresa a conhecem, e a única cópia escrita é mantida em um cofre em Atlanta<sup>96</sup>.

Cotejando este caso concreto com os requisitos da OCDE para a classificação de um determinado bem como intangível, o segredo da fórmula da Coca-Cola não possui materialidade física, nem caráter financeiro, é passível de controle pelo seu proprietário, possui relevante valor econômico e pode ser transferida em negociação. Logo, o segredo da fórmula da Coca-Cola é um exemplo de *know-how* e *trade secret*, considerado como um bem intangível para os fins da Ação 8 do Plano BEPS.

### 3.1.3 O controle de preços de transferência e a marca registrada, o nome empresarial e a marca

#### 3.1.3.1 Marca registrada como exemplo de intangível

Segundo a definição da OCDE, a marca registrada é um nome único, um símbolo, um logotipo ou imagem que pode ser utilizada pelo seu proprietário para diferenciar seus produtos e serviços dos de outras entidades. Os direitos de propriedade sobre marcas registradas são geralmente confirmados através de um sistema de registros, e o proprietário de uma marca

---

*for Coca-Cola, the recipe for Kentucky Fried Chicken, and the algorithm used by Google's search engine.) To succeed in the global marketplace, U.S. firms depend upon their trade secrets, which increasingly are becoming their most valuable intangible assets". YEH, Brian T.. Protection of Trade Secrets: overview of current law and legislation. **Congressional Research Service**, sep. 2014. Disponível em: <https://sgp.fas.org/crs/secretary/R43714.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2024.*

<sup>96</sup> "Coca-Cola Bottling Co. of Shreveport, Inc. v. Coca-Cola Co., 107 F.R.D. 288, 289 (D.C. Del. 1985). Mesmo que os ingredientes mais individuais da famosa fórmula sejam de domínio público, a fórmula completa da famosa soft drink é provavelmente um dos *trade secrets* mais bem guardados do mundo. Apenas duas pessoas na companhia sabem a fórmula da Coca-Cola. A única cópia escrita da fórmula é mantida num cofre de segurança em Atlanta, Geórgia, e o conselho deve aprovar uma resolução para abrir o cofre." Tradução livre do trecho "*Even though most of the individual ingredients to the famous formula are in the public domain, the complete formula for the famous soft drink is probably one of the best kept trade secrets in the world. Id. Only two people in the company know the formula for Coca-Cola. Id. The only written copy of the formula is kept in a security vault in Atlanta, Georgia, and the board of directors have to pass a resolution to open the vault*". WHITE, Gina. Intellectual Property—Trade Secret Law—Is the Arkansas Supreme Court Following Other Jurisdictions Down the Wrong Road in Analyzing Combination Trade Secrets? *Wal-Mart Stores, Inc. v. P.O. Market, Inc.*, 347 Ark. 651, 66 S.W.3d 620 (2002). **University of Arkansas at Little Rock Law Review**, v. 25, n. 2, 2003. Disponível em: <https://lawrepository.ualr.edu/lawreview/vol25/iss2/12/>. Acesso em: 04 mar. 2024.

registrada poderá impedir o uso da marca por terceiros (o uso que possa causar confusão do mercado).

A marca registrada pode continuar indefinidamente, desde que seu uso seja contínuo e seu registro seja periodicamente renovado. A marca registrada pode, ainda, ser referente a bens e serviços, a um produto ou serviço único ou a uma linha de produtos e serviços, e, embora seja mais comum ao nível do mercado consumidor, pode ser encontrada em todos os níveis de mercado<sup>97</sup>.

Ainda com o exemplo da *The Coca-Cola Company*, temos que a marca registrada da empresa consiste no nome “Coca-Cola”<sup>98</sup>, com uma fonte em letra cursiva e as cores vermelho e branco. Este logotipo é utilizado pela empresa para diferenciar seus serviços dos da concorrência. O uso da marca registrada é limitado à *The Coca-Cola Company*, que pode tomar as providências cabíveis caso seja lesada em seu direito à exclusividade.

Percebe-se que a marca registrada da Coca-Cola preenche todos os requisitos elencados pela OCDE para a sua classificação como intangível, pois não possui materialidade física, pode ser controlada pela companhia, detém grande valor econômico, e poderia ser transferida em negociação, caso fosse este o desejo da empresa. A marca registrada da Coca é, portanto, um intangível para fins de controle de preços de transferência, conforme a Ação 8 do Plano BEPS.

### 3.1.3.2 Nome comercial como exemplo de intangível

A OCDE afirma que o nome comercial pode ter a mesma força e penetração de mercado de uma marca registrada e pode, de alguma forma específica, ser registrado como uma marca registrada. Frequentemente, mas não necessariamente, o nome comercial é o mesmo que o nome empresarial. Os nomes comerciais de determinadas empresas podem ser imediatamente reconhecidos, e utilizados no marketing de uma variedade de bens e serviços<sup>99</sup>.

É importante diferenciar nome comercial de nome empresarial. Enquanto o nome empresarial identifica uma pessoa jurídica e sua forma de assunção de direitos e obrigações (S.A/LTDA/EIRELI etc.), o nome comercial é utilizado pelas empresas para descrever uma

---

<sup>97</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development, *Op. cit.*

<sup>98</sup> ZAKHAROV, Katya Assaf. Trademark Law: a semiotic perspective. **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, v. 4, n. 9, 2009. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2644632](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2644632). Acesso em: 05 mar. 2024.

<sup>99</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development, *Op. cit.*

indústria, serviço ou produto, mas é mais do que isso: um nome comercial carrega a reputação de uma empresa.

Por conseguinte, cada vez mais os nomes comerciais estão sendo tratados como marcas<sup>100</sup>. No caso da Coca-Cola, o seu nome comercial, *The Coca-Cola Company*, carrega em si a reputação da empresa e os seus valores que são associados à sua marca registrada, tais como liberdade, juventude, alegria e globalização<sup>101</sup>. Por outro lado, o grupo Coca-Cola possui vários nomes empresariais, a depender de suas filiais, controladas e subsidiárias. No Brasil, são exemplos de nomes empresariais da Coca-Cola a Refrescos Guararapes Ltda e a Refrescos Bandeirantes Ltda.

O nome comercial “*The Cola Cola Company*” preenche os requisitos da OCDE para caracterização como intangível para fins de controle de preços de transferência, visto que não possui materialidade física, pode ser controlado pela companhia, possui relevante valor econômico e pode ser transferido em negociação.

### 3.1.3.3 Marcas como exemplos de intangíveis

A OCDE afirma que as marcas são, muitas vezes, utilizadas em conjunto com os termos marca registrada e nome comercial. Segundo a organização, uma marca (*brand*) seria uma marca registrada ou um nome comercial inculido com significância social e comercial. A OCDE afirma, ainda, que uma marca pode representar uma combinação de intangíveis e/ou outros itens, incluindo, entre outros, marcas registradas, nomes comerciais, relacionamentos com clientes, características reputacionais e *goodwill*.

Por estas razões, pode ser difícil segregar ou transferir separadamente os vários itens que contribuem para o valor de uma marca. Logo, dependendo do caso, uma marca pode ser considerada um intangível único, ou uma coleção de intangíveis<sup>102</sup>. No caso da Coca-Cola, por exemplo, devido às estratégias de marketing da companhia, é difícil separar a marca do nome comercial, do formato da garrafa, da marca registrada etc.

<sup>100</sup> MUZELLEC, Laurent. What is in a name change? Re-joycing Corporate Names to Create Corporate Brands. **Corporate Reputation Review**, v. 8, n. 4, 2006, pp. 305–321. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/233677702\\_What\\_is\\_in\\_a\\_Name\\_Change\\_Re-Joycing\\_Corporate\\_Names\\_to\\_Create\\_Corporate\\_Brands](https://www.researchgate.net/publication/233677702_What_is_in_a_Name_Change_Re-Joycing_Corporate_Names_to_Create_Corporate_Brands). Acesso em: 13 mar. 2023.

<sup>101</sup> ZAKHAROV, Katya Assaf. Trademark Law: a semiotic perspective. **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, v. 4, n. 9, 2009. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2644632](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2644632). Acesso em: 05 mar. 2024.

<sup>102</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development, *Op. cit.*

Katya Assaf explica:

Marcas registradas são símbolos elaborados para permitir que o consumidor identifique, sem confusão, a fonte de variados bens e serviços. Hoje, no entanto, marcas registradas são muito mais do que identificadoras de fontes. Elas são símbolos culturalmente significativos. É por isso, por exemplo, que a marca registrada ‘Coca-Cola’, em adição às informações convergentes sobre a origem dos refrescos, é associada com liberdade, juventude, alegria e globalização [...] Por exemplo, o patrocínio dos Jogos Olímpicos pela *Coca-Cola Company* sugerem que a marca registrada ‘Coca-Cola’ incorpora tais valores, como internacionalidade, competitividade, e esforço pela perfeição, e que tais valores podem ser identificados ou até realizados, ao menos até certo ponto, através do consumo de produtos Coca-Cola<sup>103</sup>.

Uma marca, como a da Coca-Cola, por exemplo, é considerada um intangível para fins de controle de preços de transferência, segundo a OCDE, uma vez que preenche todos os requisitos do conceito do *final report* de 2015 das Ações 8 A 10 do BEPS: sendo uma das mais valiosas marcas do mundo, possui grande relevância econômica, imaterialidade, pode ser controlada por seus proprietários, negociada e transferida em uma transação.

Luís Eduardo Schoueri explica que a OCDE, ao demonstrar as diferenças entre a intangíveis comerciais e os intangíveis para a comercialização, utiliza como exemplos as patentes (*trade intangible*) e as marcas (*marketing intangibles*). Enquanto aquelas demandam um alto investimento em pesquisa e desenvolvimento, e são valiosas por criarem monopólio sobre determinados produtos ou serviços; estas possuem baixos custos de criação, mas elevados custos de manutenção, e agregam valor ao produto ou serviço, ainda que não haja monopólio<sup>104</sup>.

### 3.1.4 Direitos contratuais e licenças governamentais: controle de preços de transferência

#### 3.1.4.1 Licenças governamentais como exemplos de intangíveis

A OCDE afirma que licenças e concessões governamentais podem ser importantes para um determinado negócio e envolver uma larga variedade de relacionamentos negociais.

<sup>103</sup> Tradução livre do trecho “*Trade marks are symbols designed to enable the consumer to identify without confusion the source of various goods and services. Today, however, trade marks are much more than source identifiers. They are culturally meaningful signs. Thus, for example, the trade mark ‘Coca-Cola’, in addition to conveying information about the origin of soft drinks, is associated with freedom, youth, joy, and globalization [...] For example, the Coca-Cola Company’s sponsorship of the Olympic Games suggests that the trade mark ‘Coca-Cola’ embodies such values as internationality, competitiveness, and striving for perfection, and that these values can be identified with or even realized, at least to some extent, by the consumption of Coca-Cola products*”. ZAKHAROV, Katya Assaf. *Op. cit.*

<sup>104</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. *Op.cit.*

Podem incluir, entre outros, uma concessão para explorar recursos naturais específicos ou bens públicos, ou para praticar uma atividade empresarial específica. Embora as licenças e concessões governamentais sejam consideradas intangíveis para fins de preços de transferência pela OCDE, a organização ressalta que é importante fazer a distinção entre tais concessões e as obrigações decorrentes dos registros das empresas, que são pré-requisitos para desenvolver a atividade empresarial em uma determinada jurisdição, pois tais obrigações não são consideradas intangíveis<sup>105</sup>.

Para uma empresa como a Coca-Cola, a qual estamos utilizando como exemplo de detentora dos intangíveis aqui especificados, uma espécie de licença governamental que poderia ser classificada como intangível para os fins da Ação 8 do Plano BEPS seria uma licença para importação do concentrado necessário para se fazer a bebida<sup>106</sup>.

Esta licença governamental é imaterial e possui valor econômico pois, sem ela, não seria possível fabricar a bebida fora dos Estados Unidos. Além disso, pode ser controlada pela empresa e transferida em negociação, ainda que, por ser uma licença governamental, possua limitações e obrigações a serem observadas. Logo, uma licença governamental para importação constitui um exemplo de intangível para fins de preços de transferência, conforme as *guidelines* da OCDE.

#### 3.1.4.2 Direitos contratuais como exemplos de intangíveis

Os direitos contratuais também são considerados intangíveis para fins de preços de transferência, de acordo com a OCDE. Eles podem ser importantes para determinados negócios e envolver uma variedade de relações negociais, e podem incluir, entre outros, contratos com fornecedores e clientes-chave, e acordos para disponibilizar os serviços de um ou mais empregados<sup>107</sup>.

Um exemplo de direito contratual, ainda utilizando a Coca-Cola para ilustrar as espécies de intangíveis, poderia incluir o direito de receber insumos de determinados fornecedores, ou de receber o pagamento de clientes, ambos previstos em contrato. Esses direitos são imateriais e estão sujeitos a controle, possuem valor econômico e podem ser

---

<sup>105</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. *Op cit.*

<sup>106</sup> GOPINATH, C; PRASAD, Anshuman. Toward a critical framework for understanding MNE operations: revisiting Coca-Cola's exit from India. **SAGE Journals**, v. 20, n. 2, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/1350508412440350>. Acesso em: 13 dez. 2023.

<sup>107</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. *Op cit.*

transferidos em negociação. Logo, preenchem todos os requisitos elencados pela OCDE para sua conceituação como intangível.

### 3.1.5 Licenças e outros direitos limitados em intangíveis, como exemplos de intangíveis

Segundo a OCDE, os direitos limitados em intangíveis são comumente transferidos através de licenças ou arranjos contratuais similares. As limitações podem se referir ao campo de uso, termo de uso, localização geográfica ou outros<sup>108</sup>. Utilizando a Coca-Cola como ilustração, um exemplo de direito limitado em intangível poderia ser a licença, da matriz a uma filial brasileira, do direito ao monopólio do engarrafamento do refrigerante dentro de um determinado espaço geográfico. Essa licença seria uma cessão limitada de direito intangível, o que também constitui um intangível para os fins da Ação 8 do Plano BEPS, pois é um bem imaterial, possui valor econômico, pode ser controlado e transferido em negociação.

### 3.1.6 Goodwill e ongoing concern value: mais um exemplo de intangível

Entre os exemplos de intangíveis para fins de controle de preços de transferência, a OCDE menciona, ainda, o *goodwill* e *ongoing concern value*. Embora haja uma multiplicidade de conceitos sobre esta mesma expressão, o conceito aqui empregado diz respeito a:

[...] diferença entre o valor agregado de um negócio operacional e a soma dos valores de todos os ativos tangíveis e intangíveis separadamente considerados; os ganhos econômicos futuros associados com os ativos do negócio que não sejam individualmente identificados e separadamente reconhecidos; uma expectativa de negociações futuras com base nos clientes existentes; ou ainda o valor dos ativos reunidos de um negócio sobre a soma dos valores separados dos ativos individuais<sup>109</sup>.

Na legislação pátria, o art. 20, III, do Decreto-lei nº1.598/1977 define *goodwill* como o “ágio por rentabilidade futura”, isto é, a diferença entre o valor do patrimônio líquido à época da aquisição e o somatório da mais ou menos valia. Veja-se<sup>110</sup>:

Art. 20. O contribuinte que avaliar investimento pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

<sup>108</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. *Op. cit.*.

<sup>109</sup> DIAS JÚNIOR, *Op. cit.*, p. 56.

<sup>110</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977**. Altera a legislação do imposto sobre a renda. Brasília: 1977. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del1598.htm#:~:text=DECRETA%3A,as%20alterações%20deste%20Decreto-lei](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1598.htm#:~:text=DECRETA%3A,as%20alterações%20deste%20Decreto-lei). Acesso em: 25 nov. 2023.

- I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21;
- II - mais ou menos-valia, que corresponde à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da porcentagem da participação adquirida, e o valor de que trata o inciso I do **caput**; e
- III - ágio por rentabilidade futura (**goodwill**), que corresponde à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o somatório dos valores de que tratam os incisos I e II do **caput**. (Grifou-se)

Antônio Augusto Souza Dias Júnior traz, ainda um conceito de *goodwill* cunhado pela jurisprudência americana, no caso *Philip Morris v. Commissioner*, qual seja “a vantagem competitiva representada por certo número de direitos de propriedade e interesses, como redes de distribuição de marca, nome empresarial e lista de clientes”<sup>111</sup>.

O autor comenta, ainda que a multiplicidade de conceitos envolvendo a expressão *goodwill* não é considerada um problema para a OCDE: a organização entende que, para os fins da Ação 8 do Plano BEPS, um conceito preciso de *goodwill* e *ongoing value* não é necessário. Veja-se:

O necessário seria ter em mente que uma parte significativa da compensação financeira entre partes independentes na transferência de alguns ou de todos os ativos de um negócio empresarial diz respeito às descrições acima dos conceitos de *goodwill* e *ongoing concern value*, o que atrairia a necessidade de se determinar o preço *arm's lenght* quando transações similares ocorrerem entre pessoas associadas<sup>112</sup>.

Um exemplo de *goodwill*, ainda utilizando a *Coca-Cola Company* como ilustração, seria a reputação da empresa, os valores que estão atrelados à sua marca, a sua capacidade de manter um bom relacionamento com os clientes, etc. Esse tipo de intangível – que consiste, na realidade, em um conjunto de intangíveis –, é imaterial, possui valor econômico, está sujeito a controle, e pode ser transferido em negociação. Logo, o *goodwill and ongoing concern value* preenche todos os requisitos elencados pela OCDE para sua classificação como intangível para fins de preços de transferência.

### 3.2 Dificuldades na valoração: *Hard to value intangibles*

Existem intangíveis que, por sua natureza, são difíceis de valorar. A estes chamam-se “*hard to value intangibles*” (HTVI). Em suas orientações para a aplicação, pelas administrações tributárias, da abordagem sobre os intangíveis difíceis de valorar (BEPS, Ação 8), a OCDE

<sup>111</sup> DIAS JÚNIOR, *Op. cit.*, p. 57.

<sup>112</sup> *Ibidem*.

afirma que os *Hard to Value Intangibles* são intangíveis para os quais não há comparáveis confiáveis<sup>113</sup>; ou para os quais, ao tempo da transação, as projeções de fluxo de caixa futuro ou a renda esperada decorrente da transferência do intangível, ou as assunções utilizadas para valorar o intangível eram altamente incertas, tornando dificultosa a tarefa de prever o nível derradeiro de sucesso do intangível, ao tempo da transação<sup>114</sup>.

Em outras palavras, um intangível difícil de valorar são aqueles para os quais, ao tempo da transação, não há outro intangível semelhante que possibilite a realização de um cotejo entre os dois, de maneira confiável. Ainda em suas orientações para a aplicação da abordagem dos *Hard to Value Intangibles*, a OCDE dá como exemplo de HTVI um componente farmacêutico que passou nas fases I e II de testes pré-clínicos, mas ainda não foi submetido à fase III por exemplo. A droga seria única, podendo gerar efeitos positivos ou negativos, bem como custos ou prejuízos, tudo a depender do seu desempenho na fase III dos testes<sup>115</sup>.

Em seguida, a OCDE diz que, neste exemplo, a empresa proprietária da pesquisa sobre o componente repassaria a patente sobre o mesmo a uma de suas filiais, em outro país. A valoração de tal patente, sobre uma droga única e cujas projeções são tão remotas e difíceis de prever, é tarefa bastante dificultosa.

Richard Schmidtke e Sajeev Sidher definem esses bens incorpóreos como difíceis de valorar, pois são intangíveis ou direitos em intangíveis que, ao tempo da transação, não possuíam um correspondente de comparação confiável, e cujas projeções dos fluxos financeiros futuros decorrentes de sua transferência ou avaliação eram altamente incertas<sup>116</sup>.

### 3.3 Desafios da digitalização do patrimônio e da economia digital

---

<sup>113</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. **Outcome Statement on the Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy**. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 11 July 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/outcome-statement-on-the-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-july-2023.pdf>. Acesso em: 27 set. 2023.

<sup>114</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. **OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations** 2022. Paris: OCDE Publishing, 2022. Disponível em: [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022\\_0e655865-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022_0e655865-en#page1). Acesso em: 26 nov. 2023.

<sup>115</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. **Outcome Statement on the Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy**. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 11 July 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/outcome-statement-on-the-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-july-2023.pdf>. Acesso em: 27 set. 2023.

<sup>116</sup> SCHMIDTKE, Richard; SIDHER, Sajeev. *Hard-to-value Intangibles*. Deloitte, nov. 2015. Disponível em: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/us/Documents/Tax/us-tax-beps-changes-transfer-pricing-hard-to-value-intangibles.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2022.

A globalização é um fenômeno que traz consigo a ideia de um processo de internacionalização das atividades humanas. Através desse processo, as distâncias entre as pessoas e o que quer que elas desejem encontrar se tornam mais curtas, mais brandas, mais fáceis de superar. A comunicação também é uma comodidade, na medida em que se enviam e recebem enunciados instantaneamente, pouco importando em qual dos cantos do mundo seus emissores e receptores se encontram.

Entrelaçado à globalização está um fator de grande relevância, pois possui para ela um efeito de causa: a evolução da tecnologia. É a tecnologia que permite que, hoje, pessoas percorram em um dia uma distância que seria percorrida em semanas se o período histórico em questão fosse um século a menos, por exemplo. É a evolução tecnológica que permite que as pessoas recebam mensagens de *whatsapp* ou outros aplicativos em tempo real, onde quer que se encontrem ao redor do globo.

Embora os efeitos destes dois fatos sociais – globalização e avanço da tecnologia – possam ser examinados em diversos campos do conhecimento, sob aspectos igualmente variados, para os fins desta pesquisa, concentrar-se-á no aspecto econômico, uma vez que se pretende examinar a harmonização internacional das normas tributárias sobre preços de transferência de intangíveis.

Falar no aspecto econômico da globalização e da evolução tecnológica implica em falar sobre a digitalização do patrimônio. As riquezas, que antes eram mercadorias corpóreas, como especiarias, minérios, *commodities* etc., passaram a ser também bens incorpóreos, como patentes, licenças de uso, *softwares*, criptomoedas, entre outros.

Tal mudança de paradigma foi consequência de avanços tecnológicos que, conforme já mencionado, tornaram as distâncias mais curtas e reduziram significativamente o tempo necessário para a comunicação, criando modalidades de relações econômicas cujos objetos não são necessariamente corpóreos, embora possuam valor considerável. Nesse encadeamento, o comércio internacional de intangíveis vem se tornando cada vez mais relevante, e produzindo efeitos que demandam regulação.

A regulação do comércio de intangíveis, no entanto, seria pouco eficaz se proviesse somente de ordenamentos internos. Os intangíveis desprezam fronteiras: as cruzam em cerca de segundos e, se agora estão aqui, em um minuto podem estar do outro lado do mundo. É conveniente lembrar, ainda, que os controles aduaneiros, criados para lidar com bens tangíveis, mostraram-se incapazes de lidar com os intangíveis. Conforme explica Ana Clarissa Masuko:

Os controles aduaneiros são ineficazes para bens incorpóreos, como serviços, produtos digitais e outros intangíveis, o que demanda outras técnicas de tributação,

num contexto denominado por estudiosos de *'borderless economy'* ou economia sem fronteiras<sup>117</sup>.

No entanto, Rodrigo Mineiro Fernandes explica que, para o Direito Aduaneiro, cujo objeto é o comércio internacional<sup>118</sup>, há uma dificuldade em relação à fiscalização e tributação de operações envolvendo intangíveis. Esta dificuldade se inicia na primária questão de se definir se intangível é ou não mercadoria, para fins aduaneiros.

Embora alguns doutrinadores argumentem que não, Rodrigo Mineiro Fernandes defende que sim. Para o autor, tendo em vista que o objeto da aduana é o comércio internacional, e que os intangíveis são, muitas vezes, comercializados para além de fronteiras, não caberia a outro órgão a atividade fiscalizatória e arrecadatória, motivo pelo qual os bens incorpóreos seriam, sim, classificados como mercadoria. Nas palavras do professor da PUC-Minas:

[...] alguns doutrinadores defendem que apenas o que for passível de controle por parte da Aduana poderia ser considerado como objeto do comércio internacional, dentro do conceito estrito de mercadoria. Esses autores fazem parte da figura histórica (e ainda presente) do posto aduaneiro na fronteira, que faz a conferência física de todas as mercadorias que ultrapassam a fronteira, sem considerar as limitações desse tipo de controle na atualidade [...] e sem considerar a evolução do comércio internacional, que apresenta outros itens passíveis de comercialização, como por exemplo, os serviços e os intangíveis.

Considerar que a Aduana, na atualidade, tem como objeto apenas a mercadoria física por ser a única passível de controle e apreensão é limitar sua atuação, restringindo a atuação aduaneira a uma época que já faz parte da história. [...]

O controle sobre o comércio internacional de serviços e intangíveis representa um grande desafio para a Aduana do século XXI, e não pode ser ignorado como uma atividade não aduaneira<sup>119</sup>.

A regulação do comércio internacional de intangíveis possui intersecção com a regulação das empresas transnacionais, uma vez que estas entidades comercializam bens digitais e, ainda, se utilizam de suas características de mobilidade e difícil valoração para realizar planejamento tributário agressivo através dos preços de transferência entre empresas relacionadas, contribuindo para com a erosão das bases tributáveis.

Se tratando de uma questão nova, e que possui relevância internacional, tendo em vista que, dada a sua condição incorpórea, os intangíveis cruzam fronteiras em questão de segundos, não há como regular os bens incorpóreos de maneira exclusivamente interna. É preciso que os agentes internacionais apresentem normativas, a fim de regular os intangíveis “de fora para dentro”.

---

<sup>117</sup> MASUKO, Ana Clarissa. *Op. cit.*

<sup>118</sup> FERNANDES, Rodrigo Mineiro. Notas introdutórias sobre o direito aduaneiro e sua relação com o direito tributário. In: **Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário**, vol. 5, n. 26. São Paulo: IOB, 2015.

<sup>119</sup> *Ibidem*.

Dentre as Organizações Internacionais mais atuantes em matéria de comércio internacional de intangíveis, se destaca a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Criada em 1961, esta é formada por diversos comitês que examinam temas relacionados ao comércio internacional, tais como indústria, investimentos, concorrência, tributação, entre outros. Sendo um foro para a discussão de problemas comuns aos Estados, a OCDE influencia as políticas comerciais dos países, motivo pelo qual observar as normas da Organização é de grande importância para o bom funcionamento do comércio internacional<sup>120</sup>.

Em matéria de Direito Internacional Privado, o UNIDROIT recentemente criou um grupo destinado à elaboração de um instrumento legal futuro para a regulação dos intangíveis, para o triênio 2020-2022<sup>121</sup>.

Explicitada a relevância das riquezas incorpóreas para a economia mundial e os desafios de sua regulação por parte do Direito Internacional, convém adentrar mais profundamente ao impacto que os intangíveis causam na tributação internacional.

### 3.4 Intangíveis e oportunidades para a evasão fiscal

Para os fins desta pesquisa, não se pode deixar de examinar a relação entre os intangíveis e a evasão fiscal. O instrumento de harmonização normativa objeto deste trabalho – a Ação 8 do Plano BEPS da OCDE e do G-20 – nasce como uma proposta de solução para as oportunidades de planejamento tributário agressivo que surgem da preços transferência de intangíveis entre um grupo multinacional. É preciso, portanto, compreender o porquê de a OCDE ter se preocupado com a questão e tomado as providências.

Conforme explicado no tópico anterior, a tecnologia e a digitalização do patrimônio permitem uma alta mobilidade aos bens intangíveis e ao capital, facilitando de sobremaneira o comércio internacional destes bens. É possível comprar, vender, e celebrar outras espécies de contratos envolvendo intangíveis, envolvendo dois ou mais países, sem sequer sair de casa.

Este tipo de transação, por consequência, possui elementos de conexão com mais de um ordenamento jurídico. Naturalmente, a princípio, tais ordenamentos jurídicos estariam, em razão de sua soberania, investidos no direito de tributar a transação, o que poderia gerar

---

<sup>120</sup> THORSTENSEN, Vera Helena *et. al.* *Op. cit.*, p. 5.

<sup>121</sup> UNIDROIT – International Institute for the Unification of Private Law. **Digital Assets and Private Law**. 2021. Disponível em: <https://www.unidroit.org/work-in-progress/digital-assets-and-private-law/>. Acesso em: 10 out. 2022.

situações de dupla tributação. Para solucionar este problema, os Estados Nacionais celebram as chamadas Convenções para Evitar a Dupla Tributação, através das quais são feitos arranjos e concessões por parte dos Estados contraentes, a fim de que um determinado fato econômico não seja tributado duas ou mais vezes, na mesma proporção.

Todavia, os elementos de conexão também podem ser criados artificialmente, com o intuito de transferir capital a uma jurisdição de tributação mais favorecida, ou mesmo de se beneficiar de um tratado tributário do qual, inicialmente, não seria possível gozar. Em outras palavras, os bens intangíveis, por suas características próprias, como a mobilidade e a dificuldade na valoração, podem ser manipulados para reduzir a carga tributária de maneira artificiosa.

Uma destas maneiras, é através da transferência entre empresas relacionadas, pertencentes a um mesmo grupo empresarial. Neste tipo de transação, é evidente que as condições não são as mesmas que seriam em um mercado aberto, o que constitui um facilitador para a tomada de posições fiscais audaciosas. É sobre essa problemática que se volta a Ação 8 do Plano BEPS da OCDE.

Em seu relatório final de 2015 sobre as Ações 8 a 10 do BEPS, voltadas para Preços de Transferência, a OCDE declara:

Problemas de tributação internacional nunca estiveram tão em alta na agenda política como estão hoje. A integração das economias nacionais e mercados aumentou substancialmente nos anos recentes, tensionando as regras tributárias internacionais, que foram elaboradas há mais de um século. A fraqueza das regras atuais criou oportunidades para a erosão das bases tributárias e a transferência artificial de lucros (BEPS), demandando ações ousadas por parte dos formuladores de políticas públicas para restaurar a confiança no sistema e assegurar que os lucros sejam taxados onde as atividades econômicas ocorram e onde o valor seja criado<sup>122</sup>.

Em seu sítio eletrônico, ao apresentar as Ações 8 do BEPS, que trata preços de transferência de intangíveis, a OCDE afirma que a má alocação de lucros gerados por intangíveis valiosos contribuiu “pesadamente” para a erosão das bases tributárias e para a transferência artificial de lucros<sup>123</sup>.

---

<sup>122</sup> Tradução livre do trecho “*International tax issues had never been as high on the political agenda as they are today. The integration of national economies and markets has increased substantially in recent years, putting a strain on international tax rules, which were designed more than a century ago. Weakness in the current rules create opportunities for base erosion and profit shifting (BEPS), requiring bold moves by policy makers to restore confidence in the system and ensure that profits are taxed where economic activities take place and value is created.*”. OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. **Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports**. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 05 out. 2015. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/aligning-transfer-pricing-outcomes-with-value-creation-actions-8-10-2015-final-reports-9789264241244-en.htm>. Acesso em: 14 ago. 2023.

<sup>123</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. **Action 8-10 Transfer Pricing**. 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/actions8-10/>. Acesso em: 14 ago. 2023.

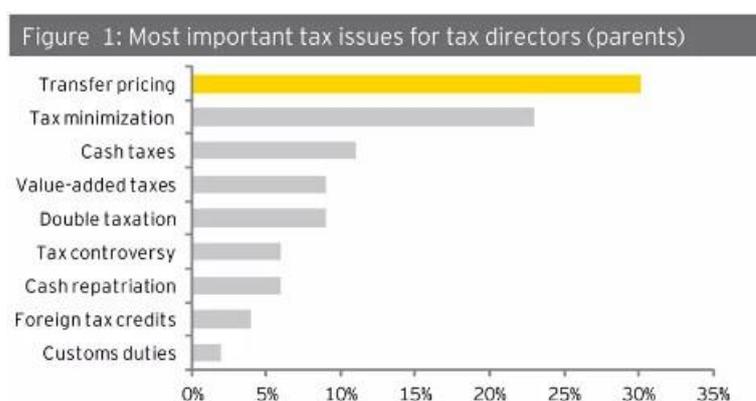
É importante notar, portanto, o papel que os intangíveis desempenham na fuga da tributação no plano global, para compreender a necessidade e a relevância de sua regulamentação através das organizações internacionais.

## 4 PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA: AS INICIATIVAS DA OCDE PARA SUA HARMONIZAÇÃO NORMATIVA

### 4.1 Relevância e conceituação dos Preços de Transferência

Bruno Nepomuceno de Souza relata que, de acordo com pesquisa realizada pela Ernest & Young no ano de 2010, constatou-se que o *Transfer Pricing* foi considerado o tema mais relevante a ser enfrentado pelas empresas transnacionais, conforme se verifica do gráfico abaixo<sup>124</sup>:

Figura 2: Problemas tributários mais importantes para diretores tributários.



Fonte: ERNST & YOUNG. 2010 Global Transfer Pricing Survey.

Mais adiante na mesma pesquisa, constatou-se que, para os diretores tributários das empresas transnacionais, a importância dos Preços de Transferência foi considerada “absolutamente crítica”. Veja-se:

Figura 3: importância dos preços de transferência nos próximos dois anos.

<sup>124</sup> ERNST & YOUNG. **2010 Global Transfer Pricing Survey**: addressing the challenges of globalization. Londres, 17 fev. 2010. Disponível em: <https://pt.slideshare.net/slideshow/2010-global-transfer-pricing-survey/6776501>. Acesso em: 25 nov. 2023.

Figure 3: Importance of transfer pricing in the next two years (parents)		
	2010	2007
Absolutely critical	32%	29%
Very important	42%	45%
Fairly important	21%	18%
Not very important	4%	5%
Not at all important	1%	1%

Fonte: ERNST & YOUNG. 2010 Global Transfer Pricing Survey.

Isto ocorre porque, quando falamos em erosão das bases tributárias, uma das estratégias mais óbvias de fuga da tributação consiste na transferência de renda de um residente no país para um residente no exterior, e a maneira mais fácil é através da manipulação dos preços nas transações de empresas relacionadas<sup>125</sup>.

Bruno Nepomuceno explica:

O benefício *in casu* consubstancia-se pela deterioração da base de cálculo do imposto sobre a renda, isto é, quando, fictamente, estipulam-se altos custos de bens importados ou baixos preços nas exportações, afeta-se negativamente o lucro. Ou seja, com a manipulação dos ‘preços de mercado’, o lucro contábil passa a não mais ser o parâmetro confiável para apuração da riqueza gerada e, por consequência, do cálculo tributário<sup>126</sup>.

Segundo Vera Thostensen e Maria Isabel da Cunha Mathias, os preços de transferência correspondem ao valor que é cobrado de uma empresa quando da transferência de bens, serviços ou propriedade intangível a empresa a ela relacionada<sup>127</sup>.

Luís Eduardo Schoueri, em sua obra *Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro*, traz o mesmo conceito, ao afirmar que “Por preço de transferência entende-se o valor cobrado por uma empresa na venda ou transferência de bens, serviços ou propriedade intangível, a empresa a ela relacionada.”<sup>128</sup>.

<sup>125</sup> SOUZA, Bruno Nepomuceno de. Os Preços de Transferência e Intangíveis no Contexto de um Suposto Sistema Tributário Internacional. *Revista Direito Tributário Atual*, [S. l.], n. 29, p. 94–113, 2013. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1770>. Acesso em: 20 mar. 2024.

<sup>126</sup> *Ibidem*.

<sup>127</sup> THORSTENSEN, Vera Helena; MATHIAS, Maria Isabel da Cunha. A OCDE e a questão do transfer pricing. *Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas*, Working Paper Series, São Paulo, nov. 2019. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/d70f9356-f063-4a46-9d44-bb11a568888c/content>. Acesso em: 06 abr. 2024.

<sup>128</sup> SCHOERI, Luís Eduardo. *Op. cit.*.

Para Adriano Luiz Batista Messias, o conceito de preços de transferência corresponde ao preço quando da realização de negócios por uma companhia com outra, a ela vinculada, situada em país distinto<sup>129</sup>.

Bruno Nepomuceno de Souza esclarece:

Em se deparando com a simples alienação de bens, serviços ou propriedade intangível por uma empresa a outra independente, a um determinado valor, este denomina-se ‘preço’. No entanto, quando a situação envolver partes relacionadas na referida transação, seja por motivos societários, negociais ou por presunções legais, o preço passa a ser especificamente denominado ‘preços de transferência’<sup>130</sup>.

Nepomuceno cita ainda que, de acordo com a definição de Hermes Marcelo Huck, “preços de transferência” correspondem ao preço de um produto ou serviço, manipulado para mais ou para menos, nas operações de compra e venda internacionais, quando um mesmo agente seja capaz de controlar ambas as pontas da operação, ou seja, tanto a parte compradora como a parte vendedora<sup>131</sup>.

Alberto Xavier explica que por “preços de transferência” entende-se a política de preços em vigor nas relações internas de empresas interdependentes e que, em virtude da relação entre duas empresas, podem ser manipulados para fixar “preços artificiais”, isto é, distintos dos preços de mercado. A fim de que seja configurada a transferência indireta de lucros, é necessário que haja uma divergência entre o preço efetivamente estipulado entre as partes relacionadas e o preço que seria “justo”, “normal” ou “objetivo”, sendo este entendido como o preço que seria estipulado entre partes não relacionadas, em circunstâncias análogas<sup>132</sup>.

Tratando-se de negócios entre empresas relacionadas, as condições podem não ser as mesmas do mercado aberto, o que implica na possibilidade de manipulação dos preços para fins de economia de tributo<sup>133</sup>. Em razão disso, a OCDE adota o princípio do *Arm's length*, segundo o qual todas as transações devem seguir os preços que seriam cobrados para transações semelhantes, mas entre empresas independentes e não relacionadas, conforme será explicado mais adiante.

Segundo Alberto Xavier:

---

<sup>129</sup> MESSIAS, Adriano Luiz Batista. Preços de transferência no Planejamento Tributário Internacional – Perspectiva sob a ótica da Teoria das Provas. **Revista de Direito Tributário Internacional Atual**, [S. l.], n. 9, p. 36–70, 2021. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTIAtual/article/view/1297>. Acesso em: 20 mar. 2024.

<sup>130</sup> SOUZA, Bruno Nepomuceno de. *Op. cit.*

<sup>131</sup> SOUZA, Bruno Nepomuceno de. *Op. cit.*

<sup>132</sup> XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 301.

<sup>133</sup> THORSTENSEN, Vera; MATHIAS, Maria Isabel da Cunha. *Op. cit.*

Quando as empresas interdependentes se localizarem em diversos Estados – como é o caso das chamadas empresas multinacionais – a possibilidade de introduzir distorções artificiais nos preços das suas operações pode conduzir à atrofia dos lucros tributáveis num dos Estados em presença e à correlativa hipertrofia dos lucros tributáveis noutra ou noutros<sup>134</sup>.

Xavier ressalta, ainda, a importância de perceber que, muitas vezes, as anomalias nos preços de transferência não terão fins fiscais, podendo ocorrer em razão de outros fatores, tais como a existência, em um dos territórios, de incentivos financeiros, restrições cambiais, acionistas minoritários, pressões salariais e exigências de crédito. Tais fatores podem influenciar na tomada de decisão dos agentes econômicos, para que se prefira alocar os lucros em um território a outro. O autor ressalta ainda, que outros fatores não fiscais podem se contrapor à deslocação artificial de lucros por preços, tais como fatores relacionados à performance da unidade em causa, em que são interessados os administradores e acionistas minoritários<sup>135</sup>.

Vera Thorstensen e Maria Isabel da Cunha Mathias complementam o raciocínio, ao destacarem que:

Outros fatores que não sejam tributários podem distorcer os termos e condições comerciais e financeiras estabelecidos entre empresas relacionadas. Por exemplo, tais empresas podem estar sujeitas a diferentes pressões governamentais (tanto no âmbito doméstico como no estrangeiro) relativos a avaliações aduaneiras, direitos antidumping, e controles de câmbio e preço. Além disso, distorções de preços de transferência podem ser causados por requerimentos de fluxo de caixa de empresas que integrem um grupo multinacional<sup>136</sup>.

Xavier acrescenta, ainda que:

Seja, porém, como for, o certo é que os Estados desejam legitimamente proteger a atrofia artificial das suas receitas fiscais, pelo que se generalizaram medidas no sentido de que, nas relações internacionais entre empresas interdependentes, devam prevalecer os preços objetivos, de mercado, estipulados “at arm’s length”, sobre os preços efetivamente praticados ao sabor dos interesses estratégicos dos grupos<sup>137</sup>.

Alberto Xavier esclarece que, em sua Convenção Modelo, a OCDE estabelece que o regime de Preços de Transferência será aplicado quando:

a) uma empresa de um Estado contratante participa direta ou indiretamente da direção, controle ou capital de uma empresa do outro Estado contratante, ou b) as mesmas pessoas participarem direta ou indiretamente da direção, controle ou capital de uma empresa de um Estado contratante e em ambos os casos as duas empresas estiverem ligadas, nas suas relações comerciais ou financeiras, por condições aceitas ou

<sup>134</sup> XAVIER, Alberto. *Op. cit.*

<sup>135</sup> XAVIER, Alberto. *Op. cit.*, p. 302.

<sup>136</sup> THORSTENSEN, Vera; MATHIAS, Maria Isabel da Cunha. *Op. cit.*, p. 7.

<sup>137</sup> XAVIER, Alberto. *Op. cit.*, p. 303

impostas que difiram das que seriam estabelecidas entre empresas interdependentes, os lucros que, sem essas condições, uma das empresas mas não o foram por causa dessas condições, podem ser incluídos nos lucros dessa empresa e tributados como tal<sup>138</sup>.

Didaticamente, o autor destaca alguns elementos essenciais que compõem o conceito de Preços de Transferência<sup>139</sup>, quais sejam:

a) O elemento de estraneidade: O elemento de estraneidade presente no conceito de Preços de Transferência significa que, para a configuração do instituto, a relação de interdependência deve ser estabelecida entre empresas situadas em ordenamentos jurídicos distintos, isto é, em países distintos. Logo, a distribuição indireta de lucros dentro de um mesmo Estado está fora do âmbito do regime de Preços de Transferência<sup>140</sup>.

b) O nexó de interdependência: O nexó de interdependência diz respeito à vinculação entre as empresas. Segundo Alberto Xavier, a interdependência desdobra-se em duas realidades, quais sejam, a estrutura da ligação entre as empresas e a natureza desta ligação. No que tange à estrutura, exige-se que uma determinada empresa participe no capital, controle ou direção de outra ou, ainda, que as duas empresas envolvidas na transação estejam submetidas à participação comum de outra (s) empresa (s), isto é, as chamadas situações triangulares. Além disso, é necessário que, da estrutura, decorram vínculos cuja natureza resulte em uma interdependência real. As duas empresas devem, em suas relações comerciais e/ou financeiras, estar ligadas por condições – aceitas ou impostas – que difiram das condições às quais estariam submetidas entre empresas independentes<sup>141</sup>.

c) A obtenção de vantagem anormal: O terceiro requisito para a composição a conceituação de Preços de Transferência é a obtenção de uma vantagem anormal, decorrente da operação entre empresas vinculadas, situadas em países distintos. Segundo Alberto Xavier, é necessário que haja 1º) a realização de uma operação da qual decorra vantagem; 2º) que a vantagem, decorrente da operação, seja considerada anormal.

Para que uma vantagem seja considerada anormal, é necessário que não haja contrapartida que objetivamente lhe seja equivalente, em comparação com o comportamento hipotético de duas empresas independentes, em mercado aberto.

---

<sup>138</sup> Ibidem, p. 320.

<sup>139</sup> Ibidem.

<sup>140</sup> XAVIER, Alberto. *Op. cit.*, p. 320.

<sup>141</sup> Ibidem, p. 320-321.

A vantagem pode ocorrer, ainda, de três formas: 1º) sendo atribuída pela sociedade subsidiária a outra que participe nos seus lucros, caso em que haverá distribuição oculta de lucros; 2º) sendo atribuída pela sociedade-mãe à sua subsidiária, caso em que haverá contribuição oculta; e 3º) ser atribuída a uma terceira entidade, ligada através de vínculo triangular.

d) O nexo causal entre a vantagem e a interdependência: Por fim, para que o regime de Preços de Transferência seja aplicável, é necessário que a vantagem anormal decorra necessariamente da relação de interdependência que se estabelece entre as empresas envolvidas na operação, isto é, o nexo causal entre vantagem anormal e interdependência.

Xavier explica que, longe de consistirem em uma distribuição direta, visível e aparente de lucros, as operações que envolvem Preços de Transferência podem tratar-se de venda de mercadorias, prestação de serviços, realização de empréstimos, cessão ou concessão de direitos incorpóreos; e concorrem para a formação do lucro de uma sociedade empresária localizada em um país de tributação mais favorecida<sup>142</sup>.

## 4.2 O Princípio *Arm's Length* e os métodos de precificação

Para evitar os efeitos nocivos da manipulação de preços nas transações entre empresas relacionadas, tais como a erosão das bases tributárias e eventuais impactos na concorrência, a doutrina internacional consolidou o princípio *Arm's Length*<sup>143</sup>. Instituído pela OCDE em 1979, o *Arm's Length* consagrou-se como princípio norteador das práticas de *Transfer Pricing*<sup>144</sup>.

Para Ricardo Lobo Torres, o princípio *Arm's Length* é a verdadeira espinha dorsal dos Preços de Transferência. Veja-se:

O princípio *Arm's Length*, que vem se positivando em inúmeros países, é a espinha dorsal dos preços de transferência. Com a globalização da economia e a intensificação das relações entre as empresas associadas nos diferentes países tornou-se necessária a regulamentação dos preços dos serviços e das mercadorias que podem vir a ser objeto de negócio entre as pessoas vinculadas, a fim de evitar a indevida transferência de lucros<sup>145</sup>.

<sup>142</sup> XAVIER, Alberto. *Op. cit.*, p. 322.

<sup>143</sup> SOUZA, Bruno Nepomuceno de. *Op. cit.*

<sup>144</sup> *Ibidem*.

<sup>145</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Planejamento tributário: elisão abusiva e evasão fiscal**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2013, p. 86.

O *Arm's Length* determina que os preços de transferência devem ser equivalentes àqueles que seriam praticados pela concorrência, sem subfaturamento ou superfaturamento, isto é, equivalentes aos preços praticados entre empresas independentes que, metaforicamente, estariam “à distância do braço”, daí o nome do princípio<sup>146</sup>.

Sérgio André Rocha explica:

O princípio *arm's length* orienta como fim que transações entre partes relacionadas no comércio internacional, assim como aquelas realizadas com entidades situadas em países com tributação favorecida ou sob regimes fiscais privilegiados, sejam realizadas em condições de mercado<sup>147</sup>.

Para Luís Eduardo Schoueri, o princípio *Arm's Length* consiste no tratamento de membros de um grupo transnacional como se eles atuassem como entidades distintas, e não como partes separadas de um único negócio<sup>148</sup>.

Vera Thorstensen e Isabel da Cunha Mathias, por sua vez, esclarecem:

O princípio *arm's length* estabelece que o valor cobrado, em transações de importação e/ou exportação, realizadas entre partes relacionadas (ou vinculadas), referente a determinado bem, serviço ou direito, deve ser o mesmo que seria cobrado caso as partes não fossem relacionadas. O *arm's length price* de uma transação é, portanto, o preço de mercado que seria cobrado pela mesma transação nas mesmas condições, em mercado aberto<sup>149</sup>.

Alberto Xavier explica que, no direito brasileiro, a relevância para fins tributários não se encontra no preço real e efetivo estipulado pelas partes, mas o preço objetivo que, hipoteticamente, teria sido pactuado entre elas caso não houvesse interdependência ou localização em certos territórios [de tributação favorecida]<sup>150</sup>.

Por sua vez, Antônio Augusto Souza Dias Júnior assevera que a OCDE privilegia a investigação das reais condições estabelecidas entre as partes independentes para situações comparáveis<sup>151</sup>.

Anteriormente à Convenção Modelo da OCDE de 1979, que consagrou o *Arm's Length*, a Convenção Modelo da Liga das Nações de 1928 adotava a *unitary entity theory*, segundo a qual as empresas ligadas por vínculos financeiros ou de capital seriam consideradas um sujeito único, e o lucro global repartido entre as várias unidades<sup>152</sup>. A adoção do princípio *Arm's Length* como ponto de referência em matéria de *Transfer Pricing*, além de ter sido

<sup>146</sup> ROCHA, Sérgio André. *Op. cit.*, p. 84-85.

<sup>147</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>148</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. *Op. cit.*, p. 37.

<sup>149</sup> THORSTENSEN, Vera; MATHIAS, Maria Isabel da Cunha. *Op. cit.*, p. 6.

<sup>150</sup> XAVIER, Alberto. *Op. cit.*, p. 316.

<sup>151</sup> DIAS JÚNIOR. *Op. cit.*, p. 54.

<sup>152</sup> SOUZA, Bruno Nepomuceno de. *Op. cit.*

considerada como o primeiro passo na resolução de conflitos envolvendo a matéria, também se constituiu em uma verdadeira evolução no combate à evasão fiscal.

Como, porém, chegar ao preço que seria adotado pelas partes em mercado aberto? Como visto no capítulo anterior, por vezes pode ser difícil mensurar o valor de um bem intangível, seja porque o seu valor está agregado ao valor de outros bens, seja porque o intangível é altamente personalizado ou porque está em fase de pesquisa e desenvolvimento e ainda não se sabe qual retorno se esperar do investimento feito.

Em 1998, Alberto Xavier já assinalava:

[...] há que se salientar a extrema dificuldade de aplicação do critério de “identidade” ou “similaridade” dos bens e serviços, especialmente no que respeita a bens e serviços não massificados, de tecnologia inovadora ou em que estejam presentes aspectos de imagem ou de reputação<sup>153</sup>.

Thorstensen e Mathias afirmam:

No caso de commodities, determinar o Arm's Length pode resultar da consulta e comparação dos preços de preços aplicados a transações realizadas entre partes não-relacionadas, mas quando se trata de bens, serviços e intangíveis patenteados (proprietary), chegar ao preço arm's length pode ser bem mais complicado<sup>154</sup>.

Exemplo disso são as atividades de *Research and Development (R&D)*. Segundo Bruno Nepomuceno de Souza, a valorização das atividades de R&D é complexa pois tal atividade consome vários anos de pesquisa e, não raramente, há casos em que, mesmo após anos de dedicação, o projeto torna-se inviável comercialmente<sup>155</sup>.

Em suas *guidelines*, a própria OCDE reconhece a dificuldade de aplicação do *Arm's Length* no momento da transação envolvendo intangíveis, ou seja, uma das questões que expressamente maculam a eficiência do *Arm's Length* para controle de Preços de Transferência é justamente as transações que envolvem intangíveis<sup>156</sup>.

Nestes casos, como chegar ao valor correto, isto é, ao valor que teria sido utilizado pelas partes em condições de mercado aberto, caso ambas fossem independentes e nenhuma delas fosse localizada em país de tributação favorecida?

A OCDE determina que seja realizada uma análise comparativa entre a transação entre as partes vinculadas e transações semelhantes, entre partes não vinculadas. Este procedimento possui as seguintes características:

<sup>153</sup> XAVIER, Alberto. *Op. cit.*, p. 314.

<sup>154</sup> THORSTENSEN, Vera; MATHIAS, Maria Isabel da Cunha. *Op. cit.*, p. 6.

<sup>155</sup> SOUZA, Bruno Nepomuceno de. *Op. cit.*.

<sup>156</sup> *Ibidem*.

- a) Análise transacional: A análise deve recair sobre uma transação determinada ou um conjunto de transações determinadas;
- b) Comparação (similaridade): A transação identificada, ou grupo de transações identificadas, deve ser comparada com outra transação (ou outras transações) similar ou idêntica, que pode ser real ou hipotética;
- c) Contrato de direito privado: A análise comparativa deve levar em consideração as obrigações contratuais assumidas pela parte;
- d) Características de mercado aberto: A fixação do *Arm's Length Price* deve se basear nas condições de mercado aberto, de modo que reflita as condições que são normalmente adotadas em transações comerciais não vinculadas;
- e) Características subjetivas: A aplicação do *Arm's Length* deve levar em consideração as circunstâncias peculiares de cada transação, isto é, as características particulares a cada caso; e
- f) Análise funcional: a fixação do *Arm's Length* deve levar em consideração as funções desempenhadas por cada empresa relacionada, a fim de verificar se uma transação entre partes não relacionadas, diante do caso, seria comparável<sup>157</sup>.

Há, ainda, diversos métodos de cálculo para se chegar ao *Arm's Length Price*. Para os fins desta pesquisa, serão abordados somente os métodos previstos na Ação 8 do Plano BEPS. É importante esclarecer que, apesar de as *guidelines* não abordarem todos os métodos de *Transfer Pricing*, consta expressamente do item 2.8 do documento que os grupos de empresas transnacionais têm a liberdade de aplicar métodos que não estão descritos nas *guidelines* para estabelecer a harmonia entre os preços da transação controlada e os preços *Arms's Length*, nos termos das disposições das *guidelines*<sup>158</sup>.

A OCDE adverte que a seleção de um método de preços de transferência sempre buscará o método mais apropriado ao caso concreto. Para esse fim, a organização explica que o processo seletivo deverá levar em conta os pontos fortes e fracos de cada método reconhecido pela organização; a adequação de cada método tendo em vista a natureza da transação controlada, determinada através de uma análise funcional; a disponibilidade de informação confiável (especialmente em comparáveis não controladas) necessárias para aplicar o método selecionado ou outros métodos; o grau de comparabilidade entre as transações controladas e

---

<sup>157</sup> THORSTENSEN, Vera; MATHIAS, Maria Isabel da Cunha. *Op. cit.*, p.10.

<sup>158</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. **OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022**. Paris: OCDE Publishing, 2022. Disponível em: [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022\\_0e655865-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022_0e655865-en#page1). Acesso em: 26 nov. 2023.

não controladas, inclusive a confiabilidade dos ajustes de comparabilidade que possam ser necessários para eliminar diferenças materiais entre elas. Outra advertência da OCDE é a afirmação de que não há método adequado a toda situação possível, assim como não é necessário provar que um método em particular não é adequado às circunstâncias<sup>159</sup>.

As *guidelines* da OCDE descrevem os métodos mais tradicionais para verificar se as condições estabelecidas em uma transação comercial ou financeira estão de acordo com o *Arm's Length Principle*. Os métodos são divididos entre *Traditional Transaction Methods* (Métodos tradicionais transacionais) e *Traditional Profit Methods* (Métodos tradicionais de lucros)<sup>160</sup>. Esclarecem, ainda, que os métodos tradicionais são considerados como os meios mais diretos para estabelecer se as condições nas relações comerciais e financeiras entre empresas associadas estão de acordo com o *arm's length*<sup>161</sup>.

As *guidelines* afirmam que não é preciso que o contribuinte ou a Administração Tributária utilizem mais de um método para calcular o preço de mercado aberto de uma determinada transação. Na realidade, a OCDE parece desaconselhar o uso de mais de um método de cálculo por transação, pois, em determinadas circunstâncias, esta atitude pode criar um fardo significativo para o contribuinte. Além disso, embora em algumas transações não seja possível identificar o método mais apropriado de início e, assim, mais de um método seja considerado na busca pelo preço de mercado aberto, geralmente é possível selecionar o método que, dentre os cogitados, seja o mais adequado para encontrar o preço *Arm's Length* da transação<sup>162</sup>.

No entanto, em casos difíceis, nos quais nenhum método de cálculo seja conclusivo quanto ao *Arm's Length Price*, as *guidelines* permitem uma abordagem flexível, com a utilização de vários métodos em conjunto<sup>163</sup>. A organização esclarece, ainda que, nestes

---

<sup>159</sup> Tradução livre do trecho: “*The selection of a transfer pricing method Always aims at finding the most appropriate method for a particular case. For this purpose, the selection process should take account of the respective strengths and weaknesses of the OECD recognized methods; the appropriateness of the method considered in view of the nature of the controlled transaction, determined in particular through a functional analysis; the availability of reliable information (in particular on uncontrolled comparables) needed to apply the selected method and/or other methods; and the degree of comparability between controlled and uncontrolled transactions, including the reliability of the comparability adjustments that may be needed to eliminate material differences between them. No one method is suitable in Every possible situação, no ris it necessary to prove that a particular method is not suitable under the circumstances.*”. OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. **OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022**. Paris: OCDE Publishing, 2022. Disponível em: [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022\\_0e655865-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022_0e655865-en#page1). Acesso em: 26 nov. 2023.

<sup>160</sup> Ibidem.

<sup>161</sup> Ibidem.

<sup>162</sup> Ibidem.

<sup>163</sup> Ibidem.

casos, é preciso que haja uma tentativa de alcançar um valor que seja consistente com o princípio *Arm's Length*, e que seja satisfatória para todas as partes envolvidas, do ponto de vista prático, e levando em consideração todos os fatos e circunstâncias do caso, o conjunto probatório disponível e a relativa confiabilidade dos diversos métodos envolvidos<sup>164</sup>.

Os métodos tradicionais de transação são:

a) *Comparable Uncontrolled Price Method* – CUP (Método de Comparação de Preços Não Controlados)

Nos termos das *guidelines* da OCDE, o método de Comparação de Preços Não Controlados (CUP) consiste na comparação entre o preço cobrado por bens ou serviços transferidos em uma transação controlada com o preço cobrado por bens ou serviços em uma transação não controlada, em circunstâncias comparáveis<sup>165</sup>.

Segundo Vera Thorstensen e Maria Isabel da Cunha Mathias, nem sempre é fácil encontrar transações entre empresas independentes que sejam similares o suficiente a transações controladas, de tal modo que não haja nenhuma diferença que afete materialmente os preços. As autoras explicam que uma pequena diferença no bem transferido em transações controladas e não controladas é capaz de afetar materialmente o preço, apesar de as atividades empresariais realizadas serem suficientemente similares, de modo a gerar a mesma margem de lucro global<sup>166</sup>.

b) *Resale Price Method* (Método de Preço de Revenda)

As *guidelines* da OCDE dispõem que o Método de Preço de Revenda começa com o preço sobre o qual um produto que foi adquirido de uma empresa associada é revendido para uma empresa independente. Este preço (o preço da revenda) é então reduzido por uma margem bruta apropriada a este preço (a margem do preço de revenda), representando o montante a partir do qual o revendedor buscaria cobertura para a venda e outras despesas operacionais e, à luz das funções performadas (levando em consideração os ativos usados e os riscos assumidos), fazendo um lucro apropriado. O que sobra após a subtração da margem bruta pode ser considerado, após ajustes por outros custos associados com a compra do produto (ex. encargos aduaneiros), como preço *arm's length* para a transferência de bens original entre as empresas associadas<sup>167</sup>.

---

<sup>164</sup> Ibidem.

<sup>165</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. *Op. cit.*

<sup>166</sup> THORSTENSEN, Vera; MATHIAS, Maria Isabel da Cunha. *Op. cit.*, p. 15.

<sup>167</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. *Op. cit.*

c) *Cost Plus Method* – (Método do Custo Adicional)

O Método de Custo Adicional começa com os custos incorridos pelo fornecedor dos bens ou serviços em uma transação controlada pelos bens fornecidos ou serviços prestados a um adquirente associado. Um custo adicional *mark-up* é então adicionado a este custo, para que um lucro determinado lucro se torne apropriado à luz das funções performadas e das condições de mercado. O que se obtém após a adição do custo adicional *mark-up* aos custos acima descritos pode ser considerado como o preço *arm's lenght* da transação controlada original<sup>168</sup>.

Os métodos tradicionais de lucro são:

a) *Transactional net margin method* (Método da margem líquida transacional)

O Método da Margem Líquida Transacional examina a margem de lucro relativa a uma base apropriada (ex. custos, vendas, ativos) que um contribuinte percebe de uma transação controlada (ou transações cuja agregação seja apropriada, nos termos dos princípios dos parágrafos 3.9-3.12 das *guidelines*). Dessa forma, o método da margem líquida transacional opera de uma maneira similar aos métodos de custo adicional e de preço de revenda. Essa semelhança quer dizer que, para que haja confiabilidade, o método da margem líquida transacional deve ser aplicado de uma forma consistente com a maneira que os métodos de preço de revenda ou custo adicional são aplicados<sup>169</sup>.

b) *Transactional profit split method* (Método do Lucro Transacional Repartido)

O método do lucro transacional repartido busca estabelecer os resultados de mercado aberto ou resultados teste relatados para transações controladas, com o intuito de aproximar os resultados que teriam sido alcançados entre partes independentes realizando transações comparáveis. O método primeiro identifica os lucros a serem divididos pelas transações controladas - os lucros relevantes - e depois as divisões entre as empresas associadas ou em uma frequência econômica válida que aproxima a divisão de lucros que teriam sido concordados em mercado aberto (*Arm's Lenght*)<sup>170</sup>.

Em transações entre partes relacionadas envolvendo a transferência de intangíveis, como já mencionado, pode ser difícil encontrar o *Arm's Lenght Price*, em razão de diversos

<sup>168</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. **OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022**. Paris: OCDE Publishing, 2022. Disponível em: [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022\\_0e655865-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022_0e655865-en#page1). Acesso em: 26 nov. 2023.

<sup>169</sup> Ibidem.

<sup>170</sup> Ibidem.

fatores, como alto grau de inovação, ausência de comparáveis disponíveis, intangíveis em fase de desenvolvimento e pesquisa e intangíveis altamente personalizados. Levando em consideração a problemática, a OCDE elaborou, em suas *guidelines* da Ação 8 do Plano BEPS, um capítulo que aborda considerações especiais para intangíveis.

### 4.3 Disposições da Ação 8 do BEPS sobre intangíveis

O capítulo VI das *Guidelines* da OCDE sobre *Transfer Pricing* tece orientações especialmente desenvolvidas para encontrar o *Arm's Length Price* em operações de uso ou transferência de intangíveis<sup>171</sup>.

Descabe, aqui, fazer descrições detalhadas de todos os parágrafos das *guidelines*. Explica-se: o texto é longo e repetitivo e essa tarefa, além de demandar páginas e páginas, seria também pouco proveitosa para os fins desse trabalho. Em vez disso, optar-se á por fazer um resumo e uma análise do que a Organização aborda em cada ponto.

Inicialmente, as *guidelines* dispõem que, quando as condições estabelecidas em transação entre empresas interdependentes diferirem daquelas que seriam estabelecidas entre empresas atuando em mercado aberto, quaisquer lucros que seriam auferidos por uma das empresas, mas que, em razão de tais condições, deixaram de ser auferidos, podem ser incluídos nos lucros de tal empresa e, por conseguinte, tributados.

Outra questão relevante é que a OCDE não se preocupa com o rótulo dado pelas partes ao contrato internacional de direito privado, mas com as condições que são efetivamente estabelecidas na operação. O ponto chave, portanto, consiste em analisar se a transação transfere valor econômico de uma empresa a outra a ela relacionada e de onde se deriva tal benefício, se de propriedade tangível, intangíveis, serviços etc.<sup>172</sup>.

A OCDE adverte que é possível que um determinado item ou atividade que transfira valor a uma empresa relacionada não esteja expressamente incluso no Capítulo VI das *guidelines*. Neste caso, o que deve ser levado em consideração é se o item ou atividade configura um intangível para fins de preços de transferência, de acordo com suas características

---

<sup>171</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. **OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022**. Paris: OCDE Publishing, 2022. Disponível em: [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022\\_0e655865-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022_0e655865-en#page1). Acesso em: 26 nov. 2023.

<sup>172</sup> Ibidem.

e as disposições das *guidelines* da OCDE<sup>173</sup>, conforme explicado no item 2.1 do Capítulo anterior.

A análise de casos envolvendo o uso ou a transferência de se inicia com a identificação das relações comerciais ou financeiras estabelecidas entre as empresas associadas e suas condições e circunstâncias economicamente relevantes, a fim de que a transação envolvendo o uso ou a transferência de intangíveis seja apropriadamente delimitada<sup>174</sup>.

A supracitada análise – chamada de análise funcional – consiste em identificar as funções desempenhadas, os ativos usados e os riscos assumidos por cada membro relevante do grupo transnacional. Em se tratando de transferência ou uso de intangíveis, é importante que a análise funcional se fundamente num entendimento sobre o funcionamento do negócio global da empresa transnacional e, além disso, sobre o papel do uso dos intangíveis na criação de valor ao longo de toda a cadeia produtiva<sup>175</sup>. A análise também deverá questionar se partes independentes teriam adentrado ao negócio jurídico e, em caso positivo, quais seriam as condições que seriam acordadas entre si<sup>176</sup>.

Para determinar o *Arm's Length Price* de uma transação envolvendo o uso ou a transferência de intangível, é preciso proceder a uma análise comparativa e funcional, como explicado no item 3.2 deste estudo. Essa análise se baseia na identificação dos intangíveis e nos riscos a ele associados nos contratos de direito privado. É necessário, ainda, suplementar a análise através do exame da conduta efetiva das partes na transação, com base nas funções desempenhadas por cada uma delas, ativos usados e riscos assumidos, inclusive o controle de funções importantes e de riscos econômicos significativos<sup>177</sup>.

O capítulo VI é dividido em Seções da A à D. A Seção A traz diretrizes para identificar intangíveis, delineando critérios para que algo seja considerado como bem intangível. Este ponto foi abordado no capítulo anterior, motivo pelo qual seguir-se-á diretamente para a Seção B.

#### 4.3.1 Seção B – Propriedade legal, termos contratuais, e condutas das partes

---

<sup>173</sup> Ibidem.

<sup>174</sup> Ibidem.

<sup>175</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. *Op. cit...*

<sup>176</sup> Ibidem.

<sup>177</sup> Ibidem.

A Secção B, por sua vez, examina a propriedade jurídica dos intangíveis e outros termos contratuais, assim como dispõe de diretrizes para a avaliação da conduta das partes baseada em funções desempenhadas, ativos usados e riscos assumidos<sup>178</sup>.

Embora uma determinada empresa transnacional seja a proprietária legal do intangível e receba os lucros de sua exploração, é possível que outras empresas membras do grupo transnacional tenham desempenhado as funções, usado os ativos e assumido os riscos que contribuam para o valor do intangível<sup>179</sup>. Por esta razão, a Secção B das *guidelines* inicia afirmando que, para a análise de transação envolvendo o uso ou a transferência de intangível, um fator muito importante é determinar qual ou quais são as entidades do grupo transnacional que, ao final da transação, terão suportado os custos, investimentos e outros fardos associados com o desenvolvimento, melhoria, manutenção, proteção e exploração de intangíveis<sup>180</sup>.

Em se tratando de empresas independentes, situações como a acima descrita simplesmente não aconteceriam, em razão das forças de mercado. Por isso, em atenção ao princípio *Arm's Length*, é necessário compensar tais membros do grupo empresarial – que tenham arcado com os custos do desenvolvimento, melhoria, manutenção, proteção e exploração dos intangíveis sem, no entanto, receber os lucros correspondentes ao desempenho de tais funções<sup>181</sup>. Por conseguinte, os custos e os lucros decorrentes da exploração dos intangíveis só serão alocados através da compensação *Arm's Length* acima descrita<sup>182</sup>.

A OCDE reconhece que, quando se está tratando de intangíveis, alguns fatores podem criar obstáculos para a aplicação do Princípio *Arm's Length* e as disposições das *guidelines*, elencando, entre eles, os seguintes:

- i) Uma falta de comparabilidade entre as transações envolvendo intangíveis entre empresas associadas e as transações que podem ser identificadas entre empresas independentes;
- ii) Uma falta de comparabilidade entre os intangíveis em questão;
- iii) A propriedade e/ou o uso de diferentes intangíveis por diferentes empresas associadas dentro do grupo transnacional;
- iv) A dificuldade de isolar o impacto de um intangível em particular na renda do grupo transnacional;

---

<sup>178</sup> Ibidem.

<sup>179</sup> Ibidem..

<sup>180</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. *Op. cit.*.

<sup>181</sup> Ibidem.

<sup>182</sup> Ibidem.

v) O fato de que vários membros de um grupo transnacional podem desempenhar atividades relacionadas ao desenvolvimento, melhoria, manutenção, proteção e exploração de um intangível, frequentemente com um alto nível de integração, de uma forma que não é observada entre empresas independentes;

vi) O fato de que as contribuições de vários membros do grupo transnacional para o valor do intangível possa ocorrer em anos diversos dos anos e em que o retorno a qualquer das entidades associadas é percebido; e

v) O fato de que as estruturas do contribuinte podem ser baseadas em termos contratuais entre empresas associadas que separam a propriedade, a assunção de risco, e/ou o financiamento dos investimentos em intangíveis do desempenho de funções importantes, controle sobre risco, e decisões relativas a investimento de formas que não são observadas em transações entre empresas independentes e que possam contribuir com a erosão das bases tributáveis e a transferência artificial de lucros<sup>183</sup>.

A organização afirma, no entanto, que apesar de tais desafios, normalmente a aplicação das *guidelines* acarreta a alocação apropriada dos lucros derivados da exploração de intangíveis pelo grupo transnacional. A estrutura da análise das transações entre empresas relacionadas envolvendo intangíveis, nos termos das *guidelines*, deve seguir os seguintes passos para identificar as relações comerciais ou financeiras que cercam tais transações<sup>184</sup>:

i) Identificar os intangíveis usados ou transferidos na transação com especificidade e os riscos específicos, economicamente significantes, associados com o desenvolvimento, a melhoria, a manutenção a proteção e a exploração dos intangíveis;

ii) Identificar os arranjos contratuais completos, com ênfase especial na determinação da propriedade legal de intangíveis baseada nos termos e condições dos arranjos legais, inclusive registros relevantes, acordos de licença, outros contratos relevantes e outros indícios de propriedade jurídica, bem como os direitos e obrigações contratuais, incluindo a assunção contratual de riscos nas relações entre empresas associadas;

iii) Identificar as funções desempenhadas pelas partes, o uso de ativos e o gerenciamento de riscos relativos ao desenvolvimento, melhoria, manutenção, proteção e

---

<sup>183</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. **OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022**. Paris: OCDE Publishing, 2022. Disponível em: [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022\\_0e655865-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022_0e655865-en#page1). Acesso em: 26 nov. 2023.

<sup>184</sup> Ibidem.

exploração dos intangíveis, através da análise funcional, e em participar quais partes controlam quaisquer funções terceirizadas, e controlam riscos específicos economicamente significantes;

iv) Confirmar a consistência entre os termos dos arranjos contratuais relevantes e a conduta das partes, e determinar se a parte que assume riscos significativos controla tais riscos e se tem a capacidade financeira de assumir os riscos relativos ao desenvolvimento, melhoria, manutenção, proteção e exploração de intangíveis;

v) Delinear a real transação controlada relativa ao desenvolvimento, melhoria, manutenção, proteção e exploração de intangíveis, à luz da propriedade legal de intangíveis, e outras relações contratuais relevantes, e a conduta das partes, incluindo suas contribuições relevantes de funções, ativos e riscos;

vi) Onde for possível, determinar o preço *Arm's Length* para tais transações, consistente com as contribuições e as funções desempenhadas, ativos usados e riscos assumidos<sup>185</sup>.

Seguindo na secção B do capítulo VI, as *guidelines* delineiam o papel que os contratos internacionais de direito privado têm na transferência de intangíveis. Veja-se:

Direitos legais e arranjos contratuais são o ponto de partida para qualquer análise de *transfer pricing* de transações envolvendo intangíveis. Os termos de uma transação podem ser encontrados em contratos escritos, registros públicos como as patentes ou as marcas registradas, ou em correspondência e/ou outras comunicações entre as partes. Os contratos podem descrever os papéis, responsabilidades e direitos de empresas associadas no que diz respeito a intangíveis. Eles podem descrever qual entidade ou quais entidades proveem financiamento, empreendem pesquisa e desenvolvimento, mantêm e protegem intangíveis, e desempenham funções necessárias à exploração de intangíveis, tais como manufatura, marketing e distribuição. Eles podem descrever como as receitas e as despesas do grupo transnacional, associadas com intangíveis, serão alocadas e podem especificar a forma e o montante de pagamento para todos os membros do grupo por suas contribuições. Os preços e outras condições contidas em tais contratos podem ou não ser consistentes com o princípio *arm's length*<sup>186</sup>.

---

<sup>185</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. **OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022**. Paris: OCDE Publishing, 2022. Disponível em: [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022\\_0e655865-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022_0e655865-en#page1). Acesso em: 26 nov. 2023.

<sup>186</sup> Tradução livre do trecho “*Legal rights and contractual arrangements form the starting point for any transfer pricing analysis of transactions involving intangibles. The terms of a transaction may be found in written contracts, public records such as patent or trademark registrations, or in correspondence and/or other communications among the parties. Contracts may describe the roles, responsibilities and rights of associated enterprises with respect to intangibles. They may describe which entity or entities provide funding, undertake research and development, maintain and protect intangibles, and perform functions necessary to exploit the intangibles, such as manufacturing, marketing and distribution. They may describe how receipts and expenses of the MNE associated with intangibles are to be allocated and may specify the form and amount of payment to all members of the group for their contributions. The prices and other conditions contained in such contracts may or may not be consistent with the arm's length principle*”. Ibidem.

Em alguns casos, todavia, pode não haver contrato escrito ou, ainda, os fatos podem ocorrer de maneira diversa ao estipulado em contrato. Nestes casos, a realidade deve prevalecer sobre a forma, e a real transação deve ser deduzida através dos fatos estabelecidos<sup>187</sup>.

É importante frisar que a OCDE afirma categoricamente que é de bom tom que as empresas associadas documentem suas decisões e intenções envolvendo a alocação de direitos significativos em intangíveis. A Organização orienta que a documentação de tais decisões e intenções, incluindo acordos escritos, deverá, em geral, ocorrer antes ou durante o momento que as empresas associadas adentram às transações envolvendo o desenvolvimento, a melhoria, a manutenção, a proteção e a exploração de intangíveis<sup>188</sup>.

Segundo as disposições das *guidelines*, havendo dificuldades para determinar quem é o real proprietário do intangível, para fins de preços de transferência, considerar-se-á como proprietário aquele membro do grupo transnacional que tenha controle sobre as decisões envolvendo a exploração do intangível e que, além disso, tenha capacidade prática para restringir o uso do intangível por outros membros<sup>189</sup>.

Ainda, em se tratando da propriedade legal de intangíveis, as *guidelines* também consideram que, para fins de preços de transferência, as licenças relativas ao intangível principal serão consideradas como intangíveis diversos, cada um com um proprietário diferente<sup>190</sup>. Além disso, apesar de a determinação da propriedade jurídica do intangível e dos arranjos contratuais envolvidos na transação constituírem o primeiro passo para uma análise de preços de transferência, esses procedimentos são separados e distintos da questão referente à remuneração em observância ao princípio *Arm's Length*<sup>191</sup>.

A propriedade legal de um intangível, sozinha, não tem o condão de conferir o direito aos retornos da exploração do intangível pelo grupo transnacional, apesar de tais recursos poderem ser percebidos pelo membro que é proprietário legal do intangível, em razão de seu direito legal ou contratual à exploração do intangível<sup>192</sup>. A OCDE afirma que o retorno atribuído ou retido pelo proprietário legal do intangível dependerá das funções desempenhadas, dos ativos usados e dos riscos assumidos, assim como das contribuições feitas por outros membros do grupo transnacional através, igualmente, dos critérios de funções desempenhadas, ativos usados e riscos assumidos<sup>193</sup>.

---

<sup>187</sup> Ibidem.

<sup>188</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. *Op. cit...*

<sup>189</sup> Ibidem.

<sup>190</sup> Ibidem.

<sup>191</sup> Ibidem.

<sup>192</sup> Ibidem.

<sup>193</sup> Ibidem.

Assim, se, por exemplo, um grupo transnacional desenvolve um intangível internamente, e o proprietário legal não desempenha funções relevantes, não usa ativos relevantes e não assume riscos relevantes, atuando somente como detentor do título de proprietário, este proprietário legal não terá direito a nenhuma parte dos retornos da exploração do intangível pelo grupo transnacional, mas somente à compensação *arm's lenght* por deter o título de proprietário<sup>194</sup>.

Embora o exame da propriedade legal e dos contratos internacionais de direito privado sirvam como um ponto de referência, tais providências devem ser combinadas com a análise e a compensação das funções relevantes desempenhadas por cada membro do grupo transnacional, assim como pelos ativos usados e pelos riscos assumidos para a exploração do intangível, a fim de determinar qual é o preço *Arm's Lenght* da transação<sup>195</sup>.

A análise das transações internacionais entre empresas transnacionais relacionadas, envolvendo o uso ou a transferência de intangíveis, assim como qualquer outra transação, deve refletir os fatos e as circunstâncias presentes no caso particular e, além disso, a fixação dos preços deve refletir as alternativas realistas dos membros relevantes do grupo transnacional<sup>196</sup>.

Tendo em vista que os riscos e as rendas derivadas do desenvolvimento e da aquisição dos intangíveis não podem ser previstas com certeza pelos membros do grupo transnacional, é preciso diferenciar a remuneração antecipada (*ex ante*) e a remuneração real (*ex post*). A primeira diz respeito à expectativa que se tem de renda futura para um determinado membro do grupo transnacional, ao tempo da transação; a segunda diz respeito à renda que é realmente aferida pelo membro do grupo transnacional na exploração do intangível<sup>197</sup>.

Em se tratado de compensação a outros membros do grupo transnacional por suas contribuições para o desenvolvimento, melhoria, manutenção, proteção e exploração dos intangíveis, normalmente os termos são definidos *ex ante*, isto é, ao tempo em que as partes adentram à transação e antes de os riscos acontecerem<sup>198</sup>. Ademais, os lucros [ou as perdas] de fato aferidos pelo membro do grupo transnacional (*ex post*), após realizada a compensação dos outros membros do grupo, podem ser diferentes daqueles inicialmente previstos, dependendo de como os riscos - associados ao intangível e outros riscos relacionados à transação - aconteçam<sup>199</sup>.

---

<sup>194</sup> Ibidem.

<sup>195</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. *Op. cit...*

<sup>196</sup> Ibidem.

<sup>197</sup> Ibidem.

<sup>198</sup> Ibidem.

<sup>199</sup> Ibidem.

Em síntese, uma vez realizado o delineamento da transação, nos termos das *guidelines*, será verificado qual é a empresa membro do grupo transnacional que realmente suportou os riscos relacionados ao intangível e à transação; e, por conseguinte, deverá receber o bônus ou o ônus decorrentes da materialização dos riscos em uma forma diversa da que foi prevista<sup>200</sup>.

Conforme explicado, as *guidelines* da OCDE explicitam que, para verificar o preço *Arm's Length* de uma transação entre partes relacionadas que tenha por objeto o uso ou a transferência de intangíveis, os critérios utilizados devem ser as funções desempenhadas, ativos usados e riscos assumidos dentro dos arranjos contratuais do contribuinte, da propriedade legal dos intangíveis e da conduta das partes<sup>201</sup>.

A OCDE afirma que, no bojo de uma análise funcional, é necessário determinar quais membros do grupo transnacional exercem controle sobre o desenvolvimento, a melhoria, a manutenção, a proteção e a exploração de intangíveis; quais membros providenciam financiamento e outros ativos, e quais membros assumem os diversos riscos associados com os intangíveis em questão<sup>202</sup>. A importância de cada uma dessas contribuições dos membros do grupo transnacional, na forma de funções desempenhadas, ativos usados e riscos assumidos, variará conforme as circunstâncias<sup>203</sup>. É preciso, ainda, fatores de comparabilidade que possam contribuir para a criação de valor ou para a geração de retornos ao grupo de empresas transnacionais, derivados da exploração de intangíveis pelo grupo transnacional<sup>204</sup>.

A OCDE traz o seguinte exemplo: imagine-se que um intangível, completamente desenvolvido e atualmente explorável, é adquirido por uma das empresas membro de um determinado grupo transnacional, de um terceiro. Imagine-se que o intangível seja controlado e gerenciado pela entidade que o adquiriu, mas que sua exploração ocorra através da manufatura e da distribuição de funções entre outras empresas membro do grupo transnacional. Assume-se que este intangível não necessitaria de desenvolvimento – uma vez que está completamente desenvolvido –, que necessitaria de pouca ou nenhuma manutenção e proteção, e que poderia ter sua utilidade limitada fora da área de exploração pretendida pela empresa ao tempo da aquisição.

Nesta transação, não há riscos de desenvolvimento do intangível, mas há riscos de aquisição e exploração do bem incorpóreo. As funções-chave desempenhadas pela empresa adquirente são as necessárias para selecionar o intangível mais apropriado no mercado, analisar

---

<sup>200</sup> Ibidem.

<sup>201</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. *Op. cit...*

<sup>202</sup> Ibidem.

<sup>203</sup> Ibidem.

<sup>204</sup> Ibidem.

os potenciais benefícios de sua utilização pelo grupo transnacional, e decidir assumir o risco de oportunidade ao adquirir o intangível. O ativo-chave é a quantia necessária para adquirir o intangível.

Se a empresa transnacional adquirente possui a capacidade de desempenhar – e realmente desempenha – todas as funções chave da transação, inclusive o controle de riscos da aquisição e da exploração do intangível, é razoável que a proprietária do bem incorpóreo possa receber os lucros ou perdas *ex post* da exploração do intangível, uma vez realizada a compensação *arm's length* pela manufatura e distribuição de funções das outras empresas transnacionais associadas<sup>205</sup>.

A OCDE lista três situações em que a análise acima descrita encontra mais dificuldades: i) intangíveis autodesenvolvidos por um grupo transnacional, especialmente quando tais intangíveis forem transferidos entre as transnacionais associadas enquanto ainda estão em desenvolvimento; ii) intangíveis adquiridos ou autodesenvolvidos que sirvam de plataforma para um desenvolvimento adicional; ou, ainda, iii) quando outros aspectos, como marketing ou manufatura forem particularmente importantes para a criação de valor<sup>206</sup>.

As *guidelines* afirmam, ainda, que a necessidade de que todos os membros do grupo transnacional sejam compensados pelas funções que desempenhem, os ativos que utilizem e os riscos que assumam implica dizer que, se o proprietário legal do intangível for a entidade designada para receber todo o retorno derivado da exploração dos intangíveis, é necessário que seja ele também o agente que desempenhe todas as funções, contribua com todos os ativos utilizados e assumam todos os riscos relacionados ao desenvolvimento, melhoria, manutenção, proteção e exploração do intangível<sup>207</sup>.

No entanto, isto não implica dizer que o grupo transnacional tenha que estruturar suas operações relativas às atividades supramencionadas de nenhum modo particular. Além disso, as *guidelines* afirmam expressamente que, para que a empresa transnacional proprietária do bem intangível tenha direito reter ou receber uma parte do retorno da exploração do bem incorpóreo, não é necessário que esta empresa desempenhe todas as funções relacionadas ao desenvolvimento, melhoria, manutenção, proteção e exploração do intangível através de seu próprio pessoal. Tendo em vista que, em transações entre empresas independentes, algumas funções são, por vezes, terceirizadas, assim também uma empresa membro de um grupo transnacional poderá terceirizar, tanto a empresas independentes como a outras empresas

---

<sup>205</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. *Op. cit.*...

<sup>206</sup> *Ibidem*.

<sup>207</sup> *Ibidem*.

associadas, funções relativas ao desenvolvimento, melhoria, manutenção, proteção e exploração de intangíveis<sup>208</sup>.

Como dito, quando outras empresas membro do grupo transnacional, que não a empresa proprietária legal do intangível, desempenhem funções relevantes, as quais estime-se que contribuam com o valor do bem, é necessário que haja a compensação *arm's lenght*. A determinação dessa compensação deverá considerar a disponibilidade de transações comparáveis não controladas, a importância das funções desempenhadas para a criação do valor intangível e, ainda, as opções realistas disponíveis às partes<sup>209</sup>.

Em transações terceirizadas entre empresas independentes, uma entidade que desempenha as funções de desenvolvimento, melhoria, manutenção, proteção e exploração do intangível em favor da empresa proprietária legal do intangível, opera, normalmente, sob o controle do proprietário legal. No entanto, em razão da natureza das relações entre empresas interdependentes, é possível que o controle do intangível seja exercido por outra empresa membro do grupo transnacional<sup>210</sup>.

Nestes casos, o proprietário legal do intangível também deverá compensar a outra empresa membro pelo desempenho das funções de controle relacionadas ao desenvolvimento, melhoria, manutenção, proteção e exploração do intangível, nos termos do princípio *Arm's Lenght*<sup>211</sup>.

No entanto, se o proprietário legal do intangível não desempenha ou controla as funções relativas ao desenvolvimento, melhoria, manutenção, proteção e exploração do intangível, não terá direito a nenhum benefício atribuído a tais funções. Dependendo dos fatos, qualquer participação nos retornos da exploração do intangível pode ser comprometida em razão da necessidade de se realizar uma compensação às empresas transacionais que efetivamente exerceram ou controlaram o exercício das funções relativas à exploração do intangível<sup>212</sup>.

Por conseguinte, uma empresa proprietária legal de intangível que não desempenhe nenhuma função relevante para o seu desenvolvimento, melhoria, manutenção, proteção e exploração não terá direito a nenhuma parcela dos retornos de tais funções<sup>213</sup>. No entanto, a

---

<sup>208</sup> Ibidem.

<sup>209</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. *Op. cit...*

<sup>210</sup> Ibidem.

<sup>211</sup> Ibidem.

<sup>212</sup> Ibidem.

<sup>213</sup> Ibidem.

proprietária legal também deverá ser compensada pelas funções que exerça, os ativos que use e os riscos que assuma, nos termos do *Arm's Length*<sup>214</sup>.

É preciso ter em mente, ainda, que, em se tratando de intangíveis, algumas funções são mais importantes do que outras, dependendo dos fatos e circunstâncias do caso, pois este fator é importante para a determinação da compensação *arm's length*<sup>215</sup>. As funções mais importantes são aquelas que contribuem significativamente para o valor do intangível. Caso tais funções sejam terceirizadas pela empresa proprietária legal do intangível, o desempenho de tais funções deve ser compensado através da repartição dos retornos da exploração dos intangíveis<sup>216</sup>.

Como exemplos de funções importantes, a OCDE ilustra, no parágrafo 6.56 do Capítulo VI das *guidelines*:

Para intangíveis autodesenvolvidos, ou para intangíveis autodesenvolvidos ou adquiridos que sirvam de plataforma para o desenvolvimento de atividades adicionais, tais funções mais importantes podem incluir, entre outras funções, o design e o controle de programas de pesquisa e marketing, direção e estabelecimento de prioridades para empreendimentos criativos, incluindo a determinação do curso de pesquisa 'blue-sky', controle de decisões estratégicas envolvendo os programas de desenvolvimento do intangível, e gerenciamento e controle de orçamentos. Para qualquer intangível (i.e., intangíveis autodesenvolvidos ou intangíveis adquiridos), outras funções importantes também podem incluir decisões importantes acerca da defesa e proteção dos intangíveis, e o controle recorrente de qualidade sobre as funções que são desempenhadas por empresas independentes ou associadas que possam ter efeito material sobre o valor do intangível<sup>217</sup>.

Em síntese, para que tenha direito aos retornos, positivos ou negativos, da exploração de um intangível, é necessário que uma determinada empresa membro do grupo transnacional exerça as funções mais relevantes relativas ao desenvolvimento, melhoria, manutenção, proteção e exploração do bem incorpóreo, ainda que outras empresas transnacionais – do grupo ou não – exerçam algumas funções. No entanto, sendo este o caso, é necessário que seja feita uma compensação às demais empresas pelas funções desempenhadas, nos termos do princípio *arm's length*.

---

<sup>214</sup> Ibidem.

<sup>215</sup> Ibidem.

<sup>216</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. *Op. cit...*

<sup>217</sup> Tradução livre do trecho “*For self-developed intangibles, or for self-developed or acquired intangibles that serve as a platform for further development activities, these more important functions may include, among others, design and control of research and marketing programmes, direction of and establishing priorities for creative undertakings including determining the course of “blue-sky” research, control over strategic decisions regarding intangible development programmes, and management and control of budgets. For any intangible (i.e. for either self-developed or acquired intangibles) other important functions may also include important decisions regarding defence and protection of intangibles, and ongoing quality control over functions performed by independent or associated enterprises that may have a material effect on the value of the intangible*”. Ibidem.

Além do desempenho de funções, outros fatores para o delineamento da transação são o uso de ativos e a assunção de riscos. A OCDE elenca como exemplos de ativos intangíveis usados em pesquisa, desenvolvimento ou marketing, ativos físicos ou financiamento. Para uma transação em que uma das empresas providencie o financiamento necessário para o desenvolvimento, a melhoria, a manutenção, a proteção e a exploração do intangível, mas não desempenhe as funções ou assuma os riscos associados com a atividade financiada, é preciso reconhecer que, em condições de mercado aberto, geralmente esta empresa não receberá retornos antecipados equivalentes a outras situações similares, mas nas quais o investidor também desempenha funções importantes e riscos relevantes associados com a atividade financiada<sup>218</sup>.

A organização afirma expressamente – e com razão – que financiamento e assunção de riscos estão integralmente relacionados, tendo em vista que o financiamento muitas vezes coincide com a assunção de determinados riscos, como é o caso, por exemplo, de uma parte investidora que contratualmente assume o risco da perda do valor do financiamento<sup>219</sup>.

O que variará, na realidade, será a natureza e a extensão dos riscos assumidos, conforme as características economicamente relevantes da transação. Se, por exemplo, a empresa para a qual o financiamento é providenciado possui uma alta capacidade de crédito, se os ativos utilizados estão calçados por garantia e, o investimento financiado é de baixo risco, o risco do financiamento será menor em relação a uma transação na qual a parte possui baixa capacidade de crédito, os ativos não possuem garantia e o investimento financiado é de alto risco<sup>220</sup>. Deste modo, quanto maior o financiamento, maior será o potencial impacto do risco no investidor<sup>221</sup>.

Os contratos internacionais de direito privado geralmente determinarão os termos da transação financiada, o que será esclarecido através das características econômicas da transação, refletidas nas condutas das partes<sup>222</sup>. Para determinar um retorno apropriado para o investimento, é preciso considerar as opções de financiamento realisticamente disponíveis para as partes financiadas<sup>223</sup>.

Em razão dos riscos assumidos, e dependendo de como estes riscos se manifestem, pode haver uma diferença entre o que é esperado pelo investidor na remuneração *ex ante* e o

---

<sup>218</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. *Op. cit...*

<sup>219</sup> *Ibidem*.

<sup>220</sup> *Ibidem*.

<sup>221</sup> *Ibidem*.

<sup>222</sup> *Ibidem*.

<sup>223</sup> *Ibidem*.

que é efetivamente recebido na remuneração *ex post*<sup>224</sup>. Para exercer o controle sobre os riscos financeiros, é preciso que a parte tenha capacidade de tomar as decisões relevantes relativas à oportunidade de assumir o risco<sup>225</sup>.

É possível que o investidor exija, como condição para o financiamento, o estabelecimento de um vínculo entre as decisões financeiras e as decisões de desenvolvimento do intangível, que impactarão no retorno ao financiamento. Segundo as diretrizes, quanto maior for o risco de desenvolvimento e quanto mais relacionados estiverem o risco financeiro e o risco de desenvolvimento, mais o investidor necessitará ter capacidade para cessar o progresso do desenvolvimento do intangível e as consequências desse progresso para o alcance do retorno esperado, e mais firmemente o investidor deverá vincular a provisão continuada de fundos à desenvolvimentos operacionais chave que possam afetar o risco financeiro<sup>226</sup>.

Alguns tipos de riscos podem ter maior importância em uma análise funcional que envolva intangíveis, tais como: (i) riscos relativos ao desenvolvimento do intangível; (ii) risco de obsolescência do produto; (iii) risco de infração (iv) responsabilidade sobre o produto e (v) riscos de exploração. Os fatos e circunstâncias de cada caso individual indicarão a existência e, se existirem, o nível de cada um dos riscos<sup>227</sup>.

A identificação de qual empresa transnacional membra do grupo está suportando tais riscos é importante na medida em que a assunção do risco determinará qual ou quais entidades serão responsáveis pelas consequências no caso de materialização de tais riscos<sup>228</sup>. Caso a assunção de tais riscos não esteja sendo suportada pelo proprietário legal do intangível, mas sim por outras empresas transnacionais do grupo, é preciso que estas empresas sejam compensadas por suas contribuições, conforme o princípio *Arm's Length*<sup>229</sup>.

Em síntese, é preciso assegurar que a empresa membra do grupo transnacional que esteja designada para receber os retornos da exploração do intangível realmente arque com a responsabilidade pelas ações que precisam ser tomadas e pelos custos ocorridos caso o risco se materialize. Caso as ações sejam tomadas e os riscos sejam suportados por outra empresa que não a transnacional que assumiu o risco, um ajuste de preço de transferência deverá ser realizado para alocar os custos para a empresa que assumiu o risco, bem como para compensar a outra empresa pelas atividades exercidas em conexão com a materialização do risco<sup>230</sup>.

---

<sup>224</sup> Ibidem.

<sup>225</sup> Ibidem.

<sup>226</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. *Op. cit...*

<sup>227</sup> Ibidem.

<sup>228</sup> Ibidem.

<sup>229</sup> Ibidem.

<sup>230</sup> Ibidem.

Quanto às remunerações *ex ante* e *ex post*, é comum que elas divirjam entre si, pois por vezes os riscos podem se materializar de maneira diversa do que foi previsto pelas partes, através da ocorrência do que a OCDE chamou de “desenvolvimentos imprevisíveis”. Alguns exemplos de desenvolvimentos imprevisíveis são a remoção de um produto competitivo do mercado, a ocorrência de um desastre natural em um mercado chave, o mal funcionamento de um ativo chave por motivos imprevisíveis ou o surgimento de um desenvolvimento tecnológico por parte da concorrência, que torne os produtos baseados no intangível obsoletos ou menos desejados<sup>231</sup>.

Outro cenário que pode desencadear diferenças entre as remunerações *ex ante* e *ex post* ocorre quando as projeções financeiras sobre as quais se baseiam o cálculo da remuneração *ex ante* e dos arranjos de compensação realmente previram os riscos, bem como a probabilidade de ocorrência dos eventos futuros, e tais riscos se materializaram efetivamente. Ou, ainda, pode ocorrer que tais projeções não tenham previsto os riscos de resultados diferentes de maneira adequada e, conseqüentemente, isto tenha levado à uma subestimação ou superestimação da remuneração *ex ante*<sup>232</sup>.

Nestes casos, questiona-se se os lucros ou prejuízos devem ser repartidos ente os membros do grupo transnacional que tenham contribuído com o desenvolvimento, melhoria, manutenção, proteção ou exploração do intangível em questão. E, em caso positivo, como seria essa divisão? As diretrizes da OCDE orientam que a solução para estes questionamentos deverá ser encontrada através de uma análise cuidadosa de qual ou quais entidades realmente suportaram os riscos relevantes e relativos ao intangível<sup>233</sup>.

Se uma empresa transnacional não assumiu os riscos que acarretaram na diferença entre as remunerações *ex ante* e *ex post*, não terá direito às diferenças entre os lucros antecipados e os reais, tampouco será obrigada a arcar com o prejuízo causado por tais diferenças. No entanto, se esta empresa desempenha funções relevantes ou contribui com o controle de riscos economicamente relevantes, bem como se é determinado que a remuneração *arm's lenght* dessa função inclua um elemento de divisão de lucros, esta regra não será aplicável, nos termos do parágrafo 6.70<sup>234</sup>.

---

<sup>231</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. *Op. cit.*..

<sup>232</sup> *Ibidem*.

<sup>233</sup> *Ibidem*.

<sup>234</sup> *Ibidem*.

É preciso notar, ainda, que nos casos em que a transação for de difícil valoração ao tempo da operação, haverá uma suscetibilidade maior à subestimação ou superestimação da remuneração *ex ante*<sup>235</sup>.

As *guidelines* afirmam que se o proprietário do intangível desempenha e controla todas as funções, usa todos os ativos e assume todos os riscos relativos ao desenvolvimento, melhoria, manutenção, proteção e exploração do intangível, ele terá direito a todo o retorno *ex ante* decorrente da exploração do intangível pelo grupo transnacional. Caso outros membros do grupo transnacional, além do proprietário legal do intangível, desempenhem funções, usem ativos ou assumam riscos relativos ao desenvolvimento, melhoria, manutenção, proteção e exploração do intangível, tais empresas transnacionais deverão ser compensadas por suas contribuições, nos termos do princípio *Arm's Length*<sup>236</sup>. E, dependendo dos fatos e circunstâncias do caso, é possível que tal compensação englobe grande parte ou mesmo toda a remuneração *ex ante* derivada da exploração do intangível<sup>237</sup>.

O direito ou obrigação de cada empresa membra do grupo transnacional a receber os lucros ou arcar com os prejuízos relativos às diferenças entre o lucro real (*ex post*) e a estimativa antecipada de lucro (*ex ante*) dependerá da constatação de qual ou quais empresas transnacionais do grupo de fato desempenham as funções importantes ou contribuem para o controle de riscos economicamente relevantes (e para as quais é determinado que a compensação *arm's length* de tais funções inclua um elemento de divisão de lucros) e assumem os riscos<sup>238</sup>.

Embora, geralmente, as transações a serem analisadas sejam aquelas identificadas pelo grupo de empresas transnacionais através de seus contratos internacionais de direito privado ou de registros públicos relevantes, é possível que a análise de tais transações releve que estas ocorreram de forma diversa do estipulado ou, ainda, que outras transações adicionais ocorreram, as transações que realmente devem ser analisadas são as ocorridas em conformidade com a conduta das partes e os fatos e circunstâncias constantes do caso<sup>239</sup>.

Os preços *Arm's Length* e demais condições das transações devem ser determinados com base nas funções desempenhadas, ativos usados e riscos assumidos ao tempo em que tais atitudes são tomadas<sup>240</sup>.

---

<sup>235</sup> Ibidem.

<sup>236</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. *Op. cit...*

<sup>237</sup> Ibidem.

<sup>238</sup> Ibidem.

<sup>239</sup> Ibidem.

<sup>240</sup> Ibidem.

Ao avaliar se as empresas relacionadas que desempenham funções ou assumem riscos relativos ao desenvolvimento, melhoria, manutenção, proteção e exploração dos intangíveis foram compensadas nos termos *Arm's Length*, é necessário considerar o nível e a natureza das atividades realizadas e o montante e a forma da compensação paga. É preciso, ainda, fazer essa avaliação comparando o nível e a natureza das atividades realizadas e o montante e a forma da compensação paga em transações semelhantes não controladas<sup>241</sup>.

No caso dos *marketing intangibles*, pode ocorrer que uma empresa transnacional associada ao proprietário legal do intangível exerça funções de marketing ou vendas em benefício da empresa proprietária do bem incorpóreo, e.g. através de contratos de marketing ou distribuição. Nestas situações, é necessário que a empresa seja compensada por tais atividades. Uma questão importante é se a empresa deve ser compensada apenas pelas funções desempenhadas (*marketing* e distribuição) ou, ainda, se tal compensação deve incluir também a remuneração pelo aumento do valor de marcas registradas ou outros *marketing intangibles*, em virtude das funções desempenhadas, ativos usados e riscos assumidos para tanto<sup>242</sup>.

Para responder a este questionamento, a OCDE afirma que é necessário proceder a uma análise que examine (i) os direitos e obrigações decorrentes de registros públicos e de contratos internacionais de direito privado celebrados entre as partes; (ii) as funções desempenhadas, ativos usados e riscos assumidos pelas partes; (iii) a estimativa do valor do intangível a ser criado pelas atividades de marketing/distribuição e, ainda (iv) a compensação fornecida à empresa operando o *marketing*/distribuição por tais atividades, levando-se em conta os ativos usados e os riscos assumidos<sup>243</sup>.

Todavia, nos casos em que a empresa transnacional associada à empresa proprietária legal do intangível atuar apenas como uma agente, e for apropriadamente reembolsada pelas despesas decorrentes funções de marketing e distribuição desempenhadas como tal, bem como submeter tais atividades ao controle do proprietário legal dos intangíveis, então tal empresa só terá direito à compensação por suas atividades de agenciamento<sup>244</sup>.

Se, no entanto, não há contrato de reembolso das despesas com as atividades de *marketing* e distribuição, a análise deverá se voltar ao exame da extensão da capacidade do distribuidor de participar, atualmente ou no futuro, dos potenciais benefícios derivados de suas funções desempenhadas, ativos usados e riscos assumidos. Geralmente, em transações de

---

<sup>241</sup> Ibidem.

<sup>242</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. *Op. cit...*

<sup>243</sup> Ibidem.

<sup>244</sup> Ibidem.

mercado aberto, a capacidade de uma parte – que não o proprietário legal da marca registrada ou outros *marketing intangibles* – de obter benefícios das atividades de marketing que aumentem o valor de tais intangíveis dependerá principalmente da substância dos direitos de tal parte (e.g. quando a parte detiver um contrato de longo prazo que garanta a exclusividade dos direitos de distribuição do produto)<sup>245</sup>.

Uma observação interessante é que, em casos assim, as atividades do distribuidor podem aumentar o valor do seu próprio intangível, consistente nos direitos de distribuição e marketing do bem incorpóreo original. Assim, a participação do distribuidor nos benefícios do intangível deverá ser determinada com base no que um distribuidor independente receberia, em circunstâncias comparáveis<sup>246</sup>.

Pode ocorrer que, entre empresas associadas, o distribuidor desempenhe funções, use ativos e assuma riscos além dos que seriam desempenhados, usados e assumidos por um distribuidor independente e, por conseguinte, tais atividades gerem ao intangível um valor maior do que aquele que seria gerado entre empresas atuando em mercado aberto. Em situações assim, um distribuidor independente requereria ao proprietário legal do intangível uma remuneração adicional. Tal remuneração pode vir em forma de uma maior distribuição de lucros, uma menor taxa de royalties ou uma participação nos lucros associada ao aumento do valor do intangível, de modo a compensar o distribuidor pelas funções desempenhadas, ativos usados e riscos assumidos que desaguaram na criação antecipada de valor ao intangível<sup>247</sup>.

Nos casos de desempenho de funções de pesquisa e desenvolvimento por uma empresa membra do grupo transnacional, através de um contrato internacional de direito privado com uma transnacional associada que seja a proprietária legal de quaisquer intangíveis resultantes de tais funções, os serviços de pesquisa deverão ser compensados com base em todos os fatos e circunstâncias do caso, como, por exemplo, se o time de pesquisadores possui habilidades únicas e experiência relevante para a pesquisa, assume risco (como, por exemplo, quando há pesquisa *blue-sky*<sup>248</sup>), usa seus próprios intangíveis ou é controlado e gerenciado por outra empresa<sup>249</sup>.

---

<sup>245</sup> Ibidem.

<sup>246</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. *Op. cit...*

<sup>247</sup> Ibidem.

<sup>248</sup> A pesquisa *blue-sky* pode ser definida como uma espécie de pesquisa exploratória, sem objetivos pré-definidos, movida pela curiosidade científica em um determinado campo de estudos. Em outras palavras, cuida-se de uma pesquisa que não tem uso prático ou monetário e pode nunca vir a tê-lo. Naturalmente, este tipo de pesquisa é arriscado e pode desencadear despesas significativas sem necessariamente oferecer retornos. Vide BLUE-SKY *In*: Cambridge Dictionary. Cambridge: Cambridge University Press & Assessment, 2024. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/us/dictionary/english/blue-sky>. Acesso em: 20 mar. 2024.

<sup>249</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. *Op. cit..*

Em todo caso, uma compensação baseada meramente no reembolso dos custos de pesquisa e uma margem modesta de lucros não refletirá o valor antecipado das contribuições do time de pesquisadores, tampouco o seu preço *arm's length*<sup>250</sup>. A OCDE afirma que os princípios da Seção B também são aplicáveis nos casos em que uma determinada empresa do grupo transnacional provê serviços de fabricação que possam levar à melhoria do produto ou do processo produtivo, em benefício da empresa associada que será a proprietária legal das melhorias do produto ou do processo produtivo<sup>251</sup>.

No que tange ao uso de nomes de grupos empresariais, nomes comerciais e intangíveis semelhantes, a regra geral é de que nenhum pagamento deve ser reconhecido, para fins de preços de transferência, pela simples declaração de membresia ou pelo uso do nome do grupo transnacional meramente para refletir a membresia<sup>252</sup>.

Todavia, quando um membro do grupo transnacional for o proprietário de uma marca registrada ou outro intangível para o nome do grupo, e quando o uso desse nome proporciona benefícios a membros do grupo transnacional diversos do membro que é proprietário legal do intangível, as *guidelines* afirmam que é razoável concluir que, em mercado aberto, um pagamento seria feito pelo uso do nome comercial<sup>253</sup>.

A fim de calcular o montante do pagamento pelo uso do nome do grupo, é importante considerar o montante do benefício financeiro decorrente do uso do nome comercial, os custos e benefícios associados com outras alternativas de nome, e as funções desempenhadas, ativos usados e riscos assumidos pela entidade utilizando o nome<sup>254</sup>. É preciso que se faça uma valoração cuidadosa das funções desempenhadas, ativos usados e riscos assumidos pelo usuário no nome na criação ou melhoria do valor do nome em sua jurisdição. Além disso, os fatores que seriam importantes em uma licença de uso em transações de mercado aberto também devem ser considerados<sup>255</sup>.

É possível que um negócio bem-sucedido pré-existente seja adquirido por outro negócio bem-sucedido e comece a utilizar o nome comercial ou outros indicativos de *branding* do negócio adquirente. Nestes casos, a regra é de que não deve haver pagamento automático pelo uso, mas somente caso haja uma expectativa razoável de que a companhia adquirida obterá

---

<sup>250</sup> Ibidem.

<sup>251</sup> Ibidem.

<sup>252</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. *Op. cit.*..

<sup>253</sup> Ibidem.

<sup>254</sup> Ibidem.

<sup>255</sup> Ibidem.

benefício financeiro pelo uso do *branding* da companhia adquirente e, nestes casos, o valor de qualquer pagamento deverá ser informado como benefício antecipado<sup>256</sup>.

Pode ser, ainda, que o negócio adquirente alavanque a posição do negócio adquirido através da expansão dos negócios do adquirente no território de operação do negócio adquirido, através da utilização do branding do adquirente pelo adquirido. Nesta situação, é importante considerar se o adquirente deverá fazer um pagamento ou, por outro lado, compensar o negócio adquirido pelas funções desempenhadas, riscos assumidos e ativos utilizados (inclusive sua posição de mercado), relativas à expansão do uso do nome comercial do adquirente<sup>257</sup>.

#### 4.3.2 Secção C - Transações envolvendo o uso ou a transferência de intangíveis

A Secção C do Capítulo VI das *guidelines* demonstra cenários típicos que podem ser úteis para verificar se uma determinada transação envolve o uso ou a transferência de intangíveis. A OCDE afirma que há dois tipos gerais de transações nas quais a identificação e o exame de intangíveis serão relevantes para fins de preços de transferência, que são (i) transações envolvendo a transferência de intangíveis ou de direitos em intangíveis; e (ii) transações envolvendo o uso de intangíveis em conexão com a venda de bens e a prestação de serviços<sup>258</sup>.

Em transações envolvendo a transferência de direitos em intangíveis, tal transferência pode ser total ou parcial. Em uma transferência total, teríamos como exemplo um contrato de compra e venda do intangível ou de concessão de uma licença perpétua e exclusiva do intangível. Já em uma transferência parcial, exemplos seriam a licença ou transferência similar de direitos limitados de uso do intangível, que poderiam se submeter a restrições geográficas, duração limitada, ou restrições relativas ao direito de usar, explorar, reproduzir ou, ainda, transferir a terceiros ou desenvolver aquele intangível<sup>259</sup>.

É essencial que a análise funcional identifique a natureza dos intangíveis e direitos em intangíveis transferidos e, nos casos em que haja restrições aos direitos transferidos, é essencial identificar também a natureza dessas restrições. A Organização afirma que os rótulos dados pelos contribuintes a estas transações não controlam a análise de *transfer pricing*<sup>260</sup>. Mais uma

---

<sup>256</sup> Ibidem.

<sup>257</sup> Ibidem.

<sup>258</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. **OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022**. Paris: OCDE Publishing, 2022. Disponível em: [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022\\_0e655865-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022_0e655865-en#page1). Acesso em: 26 nov. 2023.

<sup>259</sup> Ibidem.

<sup>260</sup> Ibidem.

vez, percebe-se que a análise prevista nas diretrizes busca examinar os fatos e as provas que circundam cada caso, ignorando a forma escolhida pelos contribuintes quando da firmação do contrato internacional de direito privado.

Tendo em vista que a análise da natureza de eventuais restrições quanto ao uso ou à transferência de intangíveis é geralmente de grande importância para uma análise de *transfer pricing*, é preciso verificar se o transferido recebe os intangíveis ou direitos em intangíveis para desenvolvimento e pesquisa adicionais<sup>261</sup>. Em mercado aberto, são observadas tanto transações onde o transferente/licenciante retém todos os direitos sobre quaisquer melhorias que possam ser desenvolvidas para o intangível licenciado durante o tempo da licença; quanto transações nas quais é o transferido/licenciado que retém tais direitos, pelo tempo da licença ou em perpetuidade<sup>262</sup>.

A capacidade das partes de gerar valor econômico através de tais melhorias nos intangíveis transacionados pode alterar o valor dos direitos transferidos e, por conseguinte, a comparabilidade com transações não controladas envolvendo intangíveis idênticos ou similares. Por esta razão, tais restrições devem ser analisadas tanto à luz do contrato internacional de direito privado quanto à luz da conduta efetiva das partes<sup>263</sup>.

Pode ocorrer que em vez de serem transferidos individualmente, os intangíveis ou direitos em intangíveis sejam transferidos em conjunto, o que a OCDE chamou de “combinações de intangíveis”. Por vezes, os intangíveis podem ser mais valiosos quando transferidos em negociação do que transferidos individualmente. Logo, é preciso verificar também a natureza jurídica e econômica das interações entre os intangíveis que são transferidos em combinação<sup>264</sup>.

Na indústria farmacêutica, a transferência de intangíveis em combinação é especialmente comum, e os produtos farmacêuticos são geralmente associados com três ou mais tipos de intangíveis. Por exemplo, o componente farmacêutico pode ser protegido por uma ou mais patentes; o componente pode ter obtido também uma aprovação governamental para comercializar o produto (dentro de uma limitação geográfica, para indicações específicas e após o período de teste); e, ainda, ser comercializado sob uma determinada marca registrada<sup>265</sup>.

---

<sup>261</sup> Ibidem.

<sup>262</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. **OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022**. Paris: OCDE Publishing, 2022. Disponível em: [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022\\_0e655865-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022_0e655865-en#page1). Acesso em: 26 nov. 2023.

<sup>263</sup> Ibidem.

<sup>264</sup> Ibidem.

<sup>265</sup> Ibidem.

É nítido que tais intangíveis se interligam na construção de valor um do outro, pois, por exemplo, a marca registrada sem a patente e sem a autorização para comércio terá seu valor extremamente limitado, tendo em vista que, sem a autorização governamental não será possível comercializar o produto e sem a patente não será possível excluir a concorrência do mercado. Do mesmo modo, o valor da patente também será muito maior se a autorização para comercializar tiver sido obtida. Logo, o exame das interações entre tais intangíveis, em conjunto com a análise das funções desempenhadas, ativos usados e riscos assumidos pelas partes, é essencial para a análise de *transfer pricing* de transações envolvendo intangíveis<sup>266</sup>.

Uma outra questão é a importância de se assegurar que todos os intangíveis transferidos sejam identificados pois, por vezes, alguns intangíveis estão tão entrelaçados que pode ser impossível transferi-los separadamente. Frequentemente, a transferência de um intangível implicará também na transferência de outros intangíveis associados, e.g. a transferência dos direitos de uso de uma marca registrada através de um contrato de licença implicará também na licença do valor reputacional associado à marca (*goodwill*). Logo, a taxa de licença deve considerar não apenas a marca, mas também o valor a ela associado<sup>267</sup>.

É possível que os contribuintes ou as administrações tributárias tentem separar os intangíveis artificialmente, de um modo que não seria feito por empresas independentes atuando em circunstâncias similares (ex.: separar a marca registrada do *goodwill*). Logo, a fim de verificar os preços *Arm's Length*, é preciso identificar todos os intangíveis envolvidos na transação, através de uma análise dos contratos internacionais celebrados entre as partes, bem como sua conduta efetiva<sup>268</sup>.

Em algumas situações, é possível que os intangíveis e os direitos em intangíveis sejam transferidos em combinação com ativos tangíveis ou com serviços. Nestas situações, é importante verificar todos os intangíveis transferidos em conexão com uma determinada transação, em uma análise de *transfer pricing*<sup>269</sup>. Nestas situações, pode ocorrer que seja possível – e adequado – separar a transação entre produtos e serviços tangíveis e intangíveis e direitos em intangíveis, a fim de se proceder à análise *transfer pricing* através da desagregação do pacote contratual, para verificar se cada elemento está valorado de acordo com o *arm's*

---

<sup>266</sup> Ibidem.

<sup>267</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. **OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022**. Paris: OCDE Publishing, 2022. Disponível em: [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022\\_0e655865-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022_0e655865-en#page1). Acesso em: 26 nov. 2023.

<sup>268</sup> Ibidem.

<sup>269</sup> Ibidem.

*length*<sup>270</sup>. Por outro lado, pode haver situações em que os intangíveis e os direitos em intangíveis estejam tão associados com os bens e serviços tangíveis que é impossível separá-los<sup>271</sup>.

A “saída” para o questionamento sobre separar ou não os elementos da transação está em verificar se há transações comparáveis confiáveis entre empresas independentes e, havendo, se as comparáveis permitem uma avaliação precisa da interação entre os intangíveis<sup>272</sup>.

Outro cenário de transferência de intangíveis ou de direitos em intangíveis combinada com outras transações é o contrato de franquia, através do qual uma empresa transnacional membra do grupo empresarial fornece uma combinação de intangíveis e serviços a uma empresa associada, em troca de uma taxa única. Se, neste cenário, os serviços e intangíveis forem tão únicos a ponto de não haver transações comparáveis para o pacote (serviços + intangíveis), talvez seja necessário desmembrar os elementos do pacote e proceder à análise de *transfer pricing* separadamente<sup>273</sup>.

Em outros casos, como dito, pode ser que os intangíveis e os serviços estejam tão interligados que não seja possível separá-los, como é o caso, por exemplo, de uma empresa que transfere direitos sobre um software e transaciona, ainda, a obrigação do transferente de prestar o serviço de manutenção periódica do software à parte transferida. Logo, em casos assim, pode ser necessário determinar os preços de mercado aberto através do valor agregado<sup>274</sup>.

A OCDE enfatiza que o delineamento da transação entre transferência bens ou serviços tangíveis ou transferência intangíveis ou direitos em intangíveis, ou, ainda, uma combinação de ambos os tipos de transação não necessariamente ditará o uso de um método de precificação em particular. Na realidade, serão os fatos de cada situação específica e os resultados da análise funcional que guiarão a forma como as transações serão delineadas, combinadas e analisadas tanto para fins de *transfer pricing* como para a seleção do método de cálculo mais adequado para o caso<sup>275</sup>.

Pode ser, ainda, que os intangíveis e direitos em intangíveis não sejam transferidos, mas sejam utilizados pelas partes e contribuam para a geração de valor em uma transação entre partes relacionadas. Nestes casos, os intangíveis ou direitos em intangíveis devem ser identificados e considerados na análise comparativa, na seleção e aplicação do método de

---

<sup>270</sup> Ibidem.

<sup>271</sup> Ibidem.

<sup>272</sup> Ibidem.

<sup>273</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. **OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022**. Paris: OCDE Publishing, 2022. Disponível em: [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022\\_0e655865-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022_0e655865-en#page1). Acesso em: 26 nov. 2023.

<sup>274</sup> Ibidem.

<sup>275</sup> Ibidem.

cálculo mais adequado e, ainda, na escolha da parte testada na análise comparativa, na seleção e aplicação do método de cálculo mais adequado e, ainda, na escolha da parte testada<sup>276</sup>.

É o caso, por exemplo, de um fabricante de veículos que usa diversas patentes para fabricar seus produtos, e depois os vende a uma empresa distribuidora associada. As patentes serão usadas para gerar valor nos veículos, mas não serão transferidas. Ainda assim, devem ser identificadas e consideradas na análise comparativa, na seleção e aplicação do método de cálculo mais adequado e na escolha da parte testada<sup>277</sup>.

#### **4.3.3 Secção D – Orientações suplementares para determinar o preço *Arm's Length* em transações envolvendo intangíveis**

As *guidelines* afirmam que, após identificar as transações relevantes envolvendo intangíveis; após a identificação específica de todos os intangíveis envolvidos nestas transações; e após identificar qual ou quais entidades são as proprietárias legais do intangível em questão e/ou contribuem para o seu valor, a identificação das condições *arm's length* para as transações relevantes deve ser possível. Para este fim, deve-se, a princípio, aplicar os princípios previstos nos capítulos I a III das *Guidelines*<sup>278</sup>.

É possível, porém, que a aplicação dos princípios dos capítulos anteriores seja insuficiente para atingir seu objetivo e de difícil aplicação em se tratando de transações envolvendo intangíveis, pelos seguintes motivos: os intangíveis possuem características especiais que dificultam a procura por transações comparáveis não controladas e, além disso, pode ser que, por propósitos comerciais legítimos, empresas associadas adentrem em determinadas transações envolvendo intangíveis que empresas independentes não adentrariam<sup>279</sup>.

Tendo consciência de que o uso e/ou a transferência de intangíveis podem gerar dificuldades relativas à comparabilidade de transações, à seleção do método de cálculo mais adequado e à determinação das condições *Arm's Length*<sup>280</sup>, a OCDE reservou a Secção D do Capítulo VI das *Guidelines de Transfer Pricing* para dispor de orientações suplementares para

---

<sup>276</sup> Ibidem.

<sup>277</sup> Ibidem.

<sup>278</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. *Op. cit...*

<sup>279</sup> Ibidem.

<sup>280</sup> Ibidem.

encontrar as condições de mercado aberto, especificamente para os casos envolvendo intangíveis<sup>281</sup>.

A análise de *transfer pricing* das transações controladas envolvendo intangíveis deve considerar, além das opções realisticamente disponíveis às partes, a perspectiva de ambas as partes ao adentrar à transação, tendo em vista que o exame de apenas um lado da transação não fornece a base necessária para o correto delineamento da efetiva transação<sup>282</sup>.

Além disso, não se deve permitir que circunstâncias negociais específicas a uma das partes ditem um resultado contrário às opções realisticamente disponíveis à outra parte. A OCDE exemplifica:

Por exemplo, não é esperado que um transferente aceite um preço pela transferência total ou parcial de seus direitos em um intangível que seja menos vantajoso para si do que outras opções realisticamente disponíveis (inclusive a opção de não fazer transferência alguma), meramente porque uma determinada empresa associada transferida não possui os recursos necessários para explorar efetivamente os direitos transferidos. Similarmente, não é esperado de um transferido que aceite o preço por uma transferência de direitos em um ou mais intangíveis que lhe tornaria impossível auferir lucro antecipado utilizando os direitos do intangível adquirido em seus negócios. Este resultado seria menos favorável ao transferido do que a opção de não adentrar à transação<sup>283</sup>.

É comum se possa identificar um preço de uma transação envolvendo intangíveis que seja compatível com as opções realistas disponíveis às partes, o que é consistente com a presunção de que grupos de empresas transnacionais buscam otimizar a alocação de seus recursos. Se, todavia, forem verificadas situações nas quais o preço mínimo aceitável pelo transferente exceda o preço máximo aceitável para o transferido, é preciso analisar se é o caso de desconsideração da transação (conforme os critérios da Seção D.2 do Capítulo I das *Guidelines*) ou de se ajustar a transação.

Do mesmo modo, se surgem situações nas quais afirma-se que o uso atual do intangível (ou as alternativas realisticamente disponíveis) não otimiza as alocações de recursos, tal afirmação deve ser examinada à luz dos fatos e circunstâncias do caso, os quais sempre devem

<sup>281</sup> A Organização frisa que as disposições da Seção D dos capítulos I e III são plenamente aplicáveis a todas as transações controladas, inclusive as envolvendo intangíveis. Todavia, a Seção D do Capítulo IV (o qual é objeto do presente estudo) dispõe de orientações suplementares e mais específicas para transações controladas envolvendo o uso ou a transferência de intangíveis. *Ibidem*.

<sup>282</sup> *Ibidem*.

<sup>283</sup> Tradução livre do trecho “*For example, a transferor would not be expected to accept a price for the transfer of either all or part of its rights in an intangible that is less advantageous to the transferor than its other realistically available options (including making no transfer at all), merely because a particular associated enterprise transferee lacks the resources to effectively exploit the transferred rights in the intangible. Similarly, a transferee should not be expected to accept a price for a transfer of rights in one or more intangibles that would make it impossible for the transferee to anticipate earning a profit using the acquired rights in the intangible in its business. Such an outcome would be less favourable to the transferee than its realistically available option of not engaging in the transfer at all*”. OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. *Op. cit...*

ser levados em consideração para que se possa delinear, com precisão, a efetiva transação controlada envolvendo intangíveis<sup>284</sup>.

Deve-se ter em mente que os intangíveis possuem características únicas e que, como resultado, possuem também o potencial de gerar retornos e criar benefícios futuros que podem diferir amplamente entre si. Na análise comparativa de transações envolvendo o uso ou a transferência de intangíveis, é necessário considerar tais características únicas, especialmente nos casos em que o método CUP for considerado o mais adequado, mas também quando outros métodos baseados em transações comparáveis forem adotados<sup>285</sup>. Nos casos em que a transferência de intangíveis ou de direitos intangíveis forneçam uma vantagem competitiva única à empresa, as transações alegadamente comparáveis devem passar por um cuidadoso escrutínio<sup>286</sup>.

A OCDE elenca, ainda, um rol exemplificativo de características específicas dos intangíveis que podem ser importantes quando da análise comparativa<sup>287</sup>, quais sejam: exclusividade; extensão e duração da proteção legal; escopo geográfico; vida útil; estágio de desenvolvimento; direitos a melhorias, revisões e atualizações e expectativa de benefício futuro<sup>288</sup>.

A análise comparativa também deve considerar os riscos relativos à probabilidade de obtenção de benefícios econômicos futuros através dos intangíveis transferidos, inclusive a alocação destes riscos entre as partes. A OCDE elenca o seguinte rol (exemplificativo) de tipos de riscos que devem ser considerados para avaliar de uma determinada transação envolvendo intangíveis é comparável ou se os intangíveis em si são comparáveis: riscos relativos ao desenvolvimento futuro dos intangíveis; riscos relativos à obsolescência do produto e à depreciação do valor dos intangíveis; riscos relativos à infração dos direitos dos intangíveis; responsabilidade sobre o produto e riscos similares relativos ao uso futuro dos intangíveis<sup>289</sup>.

Diferenças entre intangíveis podem implicar em grandes consequências econômicas que, por sua vez, podem ser difíceis de ajustar de maneira confiável. Situações nas quais os montantes atribuídos aos ajustes de comparabilidade equivalem a uma grande porcentagem da compensação pelo intangível podem ser indicativas de que o ajuste não é confiável e que os intangíveis em questão não são suficientemente comparáveis para embasar uma análise de

---

<sup>284</sup> Ibidem.

<sup>285</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. *Op. cit...*

<sup>286</sup> Ibidem.

<sup>287</sup> A Organização ressalta, apesar disso, que em casos específicos fatores adicionais ou diversos também podem constituir uma parte essencial da análise comparativa. Ibidem.

<sup>288</sup> Ibidem.

<sup>289</sup> Ibidem.

*transfer pricing* eficaz. Nos casos em que não existam comparáveis confiáveis, a seleção de um método de cálculo menos dependente da identificação de transações e intangíveis comparáveis pode ser necessária<sup>290</sup>.

Há, ainda, a possibilidade de utilizar comparáveis decorrentes de informações obtidas em bases de dados comerciais ou compilações de propriedade de licença ou contratos similares que estejam publicamente disponíveis. Nestes casos, porém, é necessário ter o cuidado de verificar a utilidade das fontes, especialmente se as informações disponíveis estão suficientemente detalhadas a ponto de permitir a análise das características dos intangíveis, os fatos do caso e a metodologia aplicada<sup>291</sup>.

As diretrizes da OCDE afirmam que a seleção do método mais adequado de *transfer pricing* deve considerar a natureza dos intangíveis relevantes; a dificuldade encontrar transações comparáveis não controladas para a maioria dos intangíveis e a dificuldade de aplicar alguns métodos de cálculo em casos envolvendo a transferência de intangíveis<sup>292</sup>.

Outro ponto relevante reconhecido pelas *guidelines* é que transações que são estruturadas de formas diferentes podem ter consequências econômicas semelhantes, como é o caso, por exemplo, da prestação de um serviço que, utilizando um intangível na sua performance, entrega o mesmo resultado da transferência do intangível ou de direitos sobre o intangível, na medida em que ambos entregam o valor do intangível ao transferido<sup>293</sup>.

Conforme observado até aqui, o Capítulo VI das *guidelines* deixa claro que, em se tratando da transferência de intangíveis ou de direitos em intangíveis não se pode assumir imediatamente que, após um retorno limitado às entidades desempenhando funções, todo o lucro residual deve ser transferido ao proprietário ilegal dos intangíveis. Do contrário, a seleção do método de cálculo mais apropriado deve se basear em uma análise funcional que clarifique todos os processos negociais globais do grupo de empresas transnacionais e, além disso, a forma através da qual os intangíveis transferidos interagem com as funções, ativos e riscos em que consistem o negócio global<sup>294</sup>.

A análise funcional deve, ainda, identificar todos os fatores que contribuem para a geração de valor, como por exemplo riscos suportados, características específicas de mercado, localidade, estratégias de negócios e sinergias do grupo de empresas transnacionais. Em outras palavras, tanto a seleção do método de *transfer pricing* como quaisquer ajustes de *transfer*

---

<sup>290</sup> Ibidem.

<sup>291</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. *Op. cit...*

<sup>292</sup> Ibidem.

<sup>293</sup> Ibidem.

<sup>294</sup> Ibidem.

*pricing* devem levar em consideração todos os elementos que contribuem para a geração de valor<sup>295</sup>.

Via de regra, qualquer dos 5 métodos de *transfer pricing* descritos pela OCDE no Capítulo II das *guidelines* pode ser considerado como o mais apropriado para encontrar as condições de mercado aberto de uma transação controlada envolvendo o uso ou a transferência de intangíveis. Se, quando da análise comparativa, forem identificadas informações confiáveis sobre transações comparáveis entre empresas independentes, os preços *Arm's Length* podem ser fixados com base em tais informações, assim como os ajustes que se fizerem necessários<sup>296</sup>.

Por vezes, todavia, é possível que não sejam encontradas transações comparáveis para transações controladas envolvendo intangíveis (e, por conseguinte, que não seja possível determinar as condições *arm's length* a partir de tais comparáveis), por uma série de razões: falta de dados disponíveis sobre transações potencialmente comparáveis; intangíveis com características únicas, intangíveis de importância tão crítica que sua transferência só ocorra entre empresas relacionadas, entre outros<sup>297</sup>.

Nestes casos, é preciso utilizar outro método para encontrar as condições *arm's length*, devendo se considerar: as funções, ativos e riscos das respectivas partes contratantes; os propósitos negociais de cada parte para ingressar na transação; as perspectivas e opções realisticamente disponíveis a cada parte contratante; as vantagens competitivas fornecidas pelo intangível, inclusive os lucros que puderem vir a ser obtidos em virtude de potenciais produtos e serviços relacionados ao intangível; o benefício econômico que se espera da transação e, ainda, outros fatores de comparabilidade, tais como características do local de mercado, economias relativas à localização, mão-de-obra e sinergias do grupo de empresas transnacionais<sup>298</sup>.

Em mais de uma ocasião, a OCDE afirma que suas *guidelines* de preços de transferência não exigem que as empresas transnacionais associadas estruturem suas transações da mesma forma que empresas transnacionais independentes o fariam. Todavia, quando transnacionais do mesmo grupo adotarem estruturas atípicas às transnacionais independentes, é preciso considerar os efeitos de tais estruturas nos preços e outras condições da transação para avaliar quais seriam os lucros obtidos por cada parte em uma transação de mercado aberto<sup>299</sup>.

---

<sup>295</sup> Ibidem.

<sup>296</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. *Op. cit...*

<sup>297</sup> Ibidem.

<sup>298</sup> Ibidem.

<sup>299</sup> Ibidem.

É preciso ter cuidado ao aplicar determinados métodos de *transfer pricing* em transações envolvendo intangíveis, pois métodos unilaterais como o método de revenda, por exemplo, geralmente não são confiáveis para a valoração direta dos intangíveis. Sob determinadas circunstâncias, tais mecanismos podem ser utilizados para a valoração indireta dos intangíveis, determinando-se o valor dos intangíveis por algumas funções utilizando os métodos e calculando um valor residual dos intangíveis, desde todas as funções, ativos, riscos e quaisquer outros fatores contribuindo com o valor do intangível<sup>300</sup>.

É possível que os contribuintes e as administrações tributárias busquem estimar o valor de um intangível baseando-se no seu custo de desenvolvimento. Todavia, a OCDE firmemente desencoraja esta medida, uma vez que na maioria das vezes o custo de desenvolvimento de um intangível não guarda relação com o seu valor<sup>301</sup>. Apesar disso, em algumas circunstâncias, métodos de *transfer pricing* baseados no custo de desenvolvimento dos lucros podem ser utilizados nos casos de intangíveis utilizados para operações internas, como por exemplo sistemas de software internos, especialmente quando tais intangíveis não forem únicos<sup>302</sup>.

Em se tratando de transações envolvendo o uso ou a transferência de bens intangíveis, a OCDE afirma que os métodos mais apropriados para cálculo das condições *Arm's Length* serão, geralmente, o método CUP e o Método de Divisão de Lucro (*Transactional Profit Split Method*), e dispõe, em suas *guidelines*, de orientações adicionais para aplicação de ambos os métodos a transações envolvendo intangíveis<sup>303</sup>.

Quanto ao método CUP, em síntese, a Organização afirma que a aplicação do método pode ocorrer quando transações comparáveis não controladas forem encontradas, apesar de reconhecer que “a identificação de comparáveis, em muitos casos envolvendo intangíveis, pode ser difícil ou impossível”<sup>304</sup>. Aplicando-se o método, porém, a comparabilidade entre os intangíveis e/ou os direitos em intangíveis transferidos ou utilizados nas transações, assim como as características econômicas relevantes da transação e fatores de comparabilidade devem ser levados em consideração<sup>305</sup>.

É comum que uma empresa membro do grupo transnacional adquira um intangível de uma empresa transnacional independente e, logo em seguida, transfira-o a uma terceira empresa, membro de seu grupo transnacional, em uma transação controlada. Nestes casos, o

---

<sup>300</sup> Ibidem.

<sup>301</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. *Op. cit...*

<sup>302</sup> Ibidem.

<sup>303</sup> Ibidem.

<sup>304</sup> Ibidem.

<sup>305</sup> Ibidem.

preço de aquisição na primeira operação (não controlada) é considerado como uma comparável confiável para se encontrar as condições de mercado aberto na segunda operação (controlada)<sup>306</sup>.

Quanto ao método de Divisão de Lucro, a OCDE dá a entender que sua aplicação é residual, afirmando que o método pode ser utilizado para encontrar as condições *Arm's Lenght* quando não for possível identificar transações não controladas comparáveis para a transferência de intangíveis ou de direitos em intangíveis<sup>307</sup>. No entanto, ao se avaliar a confiabilidade do método de Divisão de Lucro para transações envolvendo intangíveis, é preciso considerar se há dados disponíveis e confiáveis sobre lucros relevantes a serem divididos, alocação apropriada de despesas e a confiabilidade dos fatores utilizados para dividir a renda relevante<sup>308</sup>.

Pode ser que o método de Divisão de Lucro seja aplicado em casos de transferência de intangíveis parcialmente desenvolvidos. Por vezes, nestes casos, a análise examinará o valor de cada contribuição para o desenvolvimento do intangível antes e depois de sua transferência. Este tipo de abordagem se baseia, geralmente, nas projeções de fluxo de caixa e de benefícios esperados em uma data futura, após a transferência do bem. Todavia, as *guidelines* orientam que é preciso ter cuidado ao aplicar o método de Divisão de Lucro para determinar as contribuições das partes para a criação de renda nos anos seguintes à transferência, bem como a alocação *arm's lenght* da renda futura, decorrente dos intangíveis em desenvolvimento<sup>309</sup>.

Outro ponto relevante é que, quando não for possível identificar transações comparáveis não controladas envolvendo o uso ou a transferência de intangíveis, técnicas de valoração podem ser utilizadas para estimar as condições *arm's lenght* de uma transação. Tais técnicas de valoração, nos termos das *guidelines*, podem ser utilizadas tanto como parte dos cinco métodos de *transfer pricing* descritos pela OCDE no Capítulo II das *guidelines*, como podem ser utilizadas como uma ferramenta para a identificação dos preços *arm's lenght*. Tais técnicas de valoração devem ser aplicadas em harmonia com o princípio *Arm's Lenght* e com as demais disposições das *guidelines*<sup>310</sup>.

As *guidelines* determinam que tanto os contribuintes quanto as administrações tributárias que estejam utilizando técnicas de valoração para determinar as condições de mercado aberto de uma transação envolvendo intangíveis devem apresentar, explicitamente, cada uma das assunções feitas para criar um modelo de valoração, assim como devem descrever

---

<sup>306</sup> Ibidem.

<sup>307</sup> Ibidem.

<sup>308</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. *Op. cit...*

<sup>309</sup> Ibidem.

<sup>310</sup> Ibidem.

a fundamentação que os levou a selecionar os parâmetros de valoração e, ainda, devem estar preparados para defender a razoabilidade de tais suposições e parâmetros de valoração<sup>311</sup>.

Essa determinação se deve ao fato de que pequenas variações nas suposições do modelo de valoração podem levar a grandes diferenças no valor do intangível estimado pelo modelo; bem como uma pequena diferença no percentual da taxa de desconto e/ou na taxa de crescimento assumidas para estimar as projeções financeiras, ou, ainda, uma pequena mudança relativa à vida útil do intangível podem ter um grande impacto no valor estimado do intangível. Logo, a confiabilidade de um valor apontado através de um modelo de valoração dependerá da confiabilidade das suposições e critérios nos quais se baseia a estimativa, bem como na *due diligence* e na análise realizada para confirmá-los<sup>312</sup>.

As *guidelines* dispõem de orientações detalhadas sobre questões que podem surgir na avaliação de suposições importantes de um modelo de valoração, tais como precisão das projeções finais; suposições quanto a taxas de crescimento e de desconto, vida útil dos intangíveis e valores terminais, previstas dos parágrafos 6.163 a 6.178<sup>313</sup>.

Outra disposição das *guidelines* é que a forma de pagamento pelo uso ou transferência do intangível seja consistente com os fatos e circunstâncias do caso, inclusive os termos do contrato internacional e a conduta das partes e a habilidade de cada uma delas de suportar e gerenciar os riscos relevantes de pagamento, tendo em vista que algumas formas de pagamento são inerentemente mais arriscadas do que outras (por exemplo, um pagamento contingente sobre vendas futuras ou sobre lucro normalmente será mais arriscado do que um pagamento em montante único)<sup>314</sup>.

Há intangíveis que, por suas características específicas, serão mais difíceis de ser encontrados em transações comparáveis não controladas, tornando dificultosa a tarefa de valorá-los, ao tempo da transação. Nestes casos, como encontrar as condições *Arm's Length*? As *guidelines* orientam que a saída para este questionamento pode ser encontrada tanto pelo contribuinte como pela administração tributária, ao se examinar o que empresas independentes fariam em circunstâncias semelhantes<sup>315</sup>.

Há uma gama de mecanismos que empresas independentes, atuando em mercado aberto, poderiam utilizar para mitigar o risco de um intangível de valoração altamente incerta ao tempo da transação, como por exemplo o uso de antecipação de benefícios, levando-se em

---

<sup>311</sup> Ibidem.

<sup>312</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. *Op. cit.*..

<sup>313</sup> Ibidem.

<sup>314</sup> Ibidem.

<sup>315</sup> Ibidem.

consideração se desenvolvimentos subsequentes são prováveis e previsíveis; ou a adoção de contratos de curto prazo; a inclusão de cláusulas contratuais de ajuste de preço e/ou forma de pagamento em contingente<sup>316</sup>.

A ocorrência de eventos de maior impacto ou de desenvolvimentos não previstos pelas partes ou, ainda, de desenvolvimentos previstos, mas que foram considerados pelas partes como sendo de baixa probabilidade de ocorrência, que mudem assunções fundamentais sobre as quais as partes fixaram o preço da transferência, pode levar à renegociação do respectivo preço, se assim for benéfico para ambas as partes<sup>317</sup>.

Se, conforme os fatos e circunstâncias do caso, for possível concluir que empresas transnacionais independentes teriam, em um caso semelhante, renegociado o preço da transferência, o preço da transação poderá ser modificado. Além disso, se as partes contratantes inserirem, em seu contrato internacional, um mecanismo voltado para mitigar os efeitos da alta incerteza na valoração do intangível, é lícito à administração tributária se utilizar de tal mecanismo para fixar o preço da transação envolvendo a transferência do intangível ou dos direitos no intangível<sup>318</sup>.

Pode ser que a administração tributária encontre dificuldades para identificar quais desenvolvimentos e/ou eventos são relevantes para a fixação do preço da transação controlada envolvendo a transferência de intangíveis ou de direitos em intangíveis, bem como se a extensão ou direção de tais desdobramentos poderia ter sido razoavelmente prevista pelas empresas ao tempo da transação<sup>319</sup>. É comum que esta análise dependa de conhecimento técnico e especializado e de uma visão do negócio em questão, uma vez que os desenvolvimentos/eventos relevantes para a fixação dos preços estão, muitas vezes, conectados com o ambiente de negócios onde o intangível é desenvolvido ou explorado<sup>320</sup>.

Logo, é possível que a administração tributária não disponha do conhecimento técnico, da visão de negócio ou do acesso a informação necessários para verificar se as diferenças entre a renda *ex ante* e *ex post* são devido a eventos/desenvolvimentos imprevisíveis ou se, do contrário, se devem a uma fixação de preços em dissonância com o princípio *Arm's Length*<sup>321</sup>.

---

<sup>316</sup> A OCDE explica que, na forma como empregada nas *guidelines*, pagamento em contingente diz respeito à situação na qual a quantidade e a periodicidade dos pagamentos dependerá de eventos contingentes, como o alcance de determinados níveis de financiamento (metas de vendas ou lucros) ou o alcance de determinados níveis de desenvolvimento (como royalties ou pagamento por etapas). *Ibidem*.

<sup>317</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. *Op. cit...*

<sup>318</sup> *Ibidem*.

<sup>319</sup> *Ibidem*.

<sup>320</sup> *Ibidem*.

<sup>321</sup> *Ibidem*.

As *guidelines* afirmam que, nestes casos, os resultados *ex post* podem servir como um ponto de partida para identificar a natureza do preço *ex ante* pactuado entre as transnacionais associadas, bem como para verificar se, de fato, havia incertezas ao tempo da transação. Se forem constatadas diferenças entre as rendas *ex ante* e *ex post* e, se for possível concluir que tais diferenças não decorrem de fatores imprevisíveis, haverá indicação de que as partes deixaram de considerar fatores relevantes para o valor do intangível e a correta fixação do preço da transação<sup>322</sup>.

Embora os resultados *ex post* possam ser considerados indícios probatórios quanto à existência ou não de incertezas ao tempo da transação, quanto à questão de se o contribuinte levou em consideração desenvolvimentos/eventos razoavelmente previsíveis ao tempo da transação e quanto à confiabilidade das informações utilizadas na fixação do preço *ex ante*, tais indícios podem ser refutados, mediante a comprovação de que a precisa fixação do preço *arm's length* não foi afetada<sup>323</sup>.

Após conceituar o termo *hard-to-value intangibles*<sup>324</sup>, as *guidelines* da OCDE prosseguem dando alguns exemplos de transações envolvendo a supracitada categoria de intangíveis: transação com intangível parcialmente desenvolvido ao tempo da transferência; transação na qual não se espera que o intangível possa ser comercialmente explorado antes de decorridos muitos anos após a transação; transações nas quais o intangível transferido não é, em si, considerado um *hard-to-value intangible*, nos termos do conceito da OCDE, mas está integrado ao desenvolvimento ou melhoria de outros intangíveis, que, por sua vez, se enquadram no conceito de *hard-to-value intangibles*; transações nas quais se espera que o intangível seja explorado de uma nova maneira e que, a ausência de um registro de exploração/desenvolvimento similar torna as projeções do caso altamente incertas; transações nas quais o *hard-to-value intangible* tenha sido transferido a uma empresa associada por um pagamento em montante fixo e; transações nas quais o intangível é utilizado ou desenvolvido em conexão com CCA<sup>325</sup> ou arranjos contratuais similares<sup>326</sup>.

---

<sup>322</sup> Ibidem.

<sup>323</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. *Op. cit...*

<sup>324</sup> Vide tópico 3.2.

<sup>325</sup> CCA diz respeito a “*Cost and Contribution Arrangement*”, isto é, contrato de custo e contribuição. Cuida-se de uma espécie de contrato no bojo do qual as partes contratantes dividem as contribuições e os riscos envolvidos no desenvolvimento, produção ou aquisição de ativos intangíveis e tangíveis ou na execução de serviços, havendo a expectativa de que as partes contratantes tenham desfrutado de benefícios antecipados de maneira equitativa. DOONAN, Jacqueline; HARO, Ramón López de. **Cost Contribution Arrangements**. Deloitte, nov. 2015. Disponível em: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/us/Documents/Tax/us-tax-beps-changes-transfer-pricing-cost-contribution-arrangements.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2024.

<sup>326</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. *Op. cit...*

Para estes intangíveis – explicam as diretrizes – a assimetria de informação existente entre o contribuinte e a administração tributária (inclusive no que tange à informação utilizada pelo contribuinte para fixar o preço da transferência) pode exacerbar as dificuldades encontradas pela administração tributária quando da verificação da fundamentação *arm's length* na fixação do preço da transação<sup>327</sup>.

Consequentemente, até que os resultados *ex post* da transação surjam, anos após à sua realização, administração tributária encontrará também dificuldades na avaliação dos riscos para fins de preços de transferência, da confiabilidade da informação sobre a qual o contribuinte fixou o preço ou se o intangível ou os direitos em intangíveis foram transferidos por um preço subestimado ou superestimado<sup>328</sup>.

Nestes casos, a abordagem indicada pelas *guidelines* da OCDE consiste na consideração, pela administração tributária, dos resultados *ex post* como indícios probatórios de que o preço *ex ante* é (ou não) apropriado, desde que tal consideração seja baseada na conclusão de que tais evidências devem necessariamente ser levadas em consideração para verificar a confiabilidade da informação sobre a qual foi fixado o preço *ex ante*. Se, por outro lado, a administração tributária puder confirmar a confiabilidade das informações sobre as quais o preço *ex ante* foi baseado, não haverá necessidade de realizar ajustes em razão do lucro *ex post*<sup>329</sup>.

A abordagem acima descrita, no entanto, não será aplicável à seguinte lista de exceções, prevista no parágrafo 6.193 das *guidelines*:

i) Quando o contribuinte providenciar:

1. Detalhes das projeções *ex ante* utilizadas ao tempo da transferência para determinar os acordos de preços, inclusive como os riscos foram contabilizados para os cálculos de determinação do preço (e.g. probabilidade e peso); a adequação da consideração de eventos e riscos razoavelmente previsíveis, e a probabilidade de sua ocorrência;

2. Evidência confiável de que qualquer diferença significativa entre as projeções financeiras e a renda realmente obtida é decorrente de: a) eventos/desenvolvimentos imprevisíveis ocorridos após a determinação do preço, que não poderiam ter sido antevistos pelas empresas transnacionais associadas ao tempo da transação ou; b) a manifestação de probabilidade da ocorrência de resultados previsíveis, e que tais probabilidades não foram significativamente superestimadas ou subestimadas, ao tempo da transação;

---

<sup>327</sup> Ibidem.

<sup>328</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. *Op. cit.*...

<sup>329</sup> Ibidem.

ii) A transferência do HTVI esteja coberta por um pacto de preços bilateral ou multilateral entre as jurisdições do transferente e do transferido, em vigência durante o período em questão;

iii) Qualquer diferença significativa entre as projeções financeiras e os resultados reais mencionados no item i) 2 acima não tenha o efeito de reduzir ou aumentar a compensação pelo HTVI em mais de 20% do valor da compensação determinada ao tempo da transação;

iv) Um período de comercialização de 5 anos tenha passado após o ano em que o HTVI gerou receitas não relativas às partes para o transferido e durante o qual não tenha havido qualquer diferença significativa entre as projeções financeiras e os resultados reais mencionados no item i) 2 acima não tenha sido maior do que 20% das projeções para o período<sup>330</sup>.

A OCDE afirma que o significado da primeira exceção é de que, apesar de a evidência *ex post* dos resultados financeiros ser considerada como informação relevante para que as administrações tributárias avaliem a adequação dos acordos de preços *ex ante*, quando o contribuinte for capaz de provar, satisfatoriamente, o que era previsível ao tempo da transação e o reflexo de tais previsões na fixação do preço, as que as diferenças entre as rendas *ex ante* e *ex post* foram decorrentes de eventos imprevisíveis ao tempo da transação, as administrações tributárias não poderão ajustar a renda *ex ante* com base na renda *ex post*<sup>331</sup>.

Se, da abordagem para HTVI se originarem situações de dupla tributação, através de procedimento amigável (*mutual agreement procedure – MAP*) entre as jurisdições das partes, sob o tratado internacional aplicável<sup>332</sup>.

Quanto às transações nas quais há o uso de intangíveis em conexão com a venda de bens ou a prestação de serviços, a análise de *transfer pricing* considerará os efeitos que os intangíveis envolvidos têm nos preços e em outras condições das transações controladas. Em uma análise na qual o método de cálculo mais apropriado é o método de preço de revenda, método do custo mais lucro ou método da margem líquida transnacional, normalmente a parte menos complexa será selecionada como parte testada e, em muitos casos, será possível determinar o preço *arm's length* ou o nível de lucro da parte testada sem que haja a necessidade de valorar os intangíveis utilizados em conexão com a transação<sup>333</sup>. No entanto, se a parte testada, apesar de suas operações relativamente menos complexas, utiliza intangíveis e/ou as

---

<sup>330</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. *Op. cit...*

<sup>331</sup> *Ibidem*.

<sup>332</sup> *Ibidem*.

<sup>333</sup> *Ibidem*.

partes de transações não controladas potencialmente comparáveis utilizam intangíveis, será necessário que a análise de *transfer pricing* considere tais bens incorpóreos como um fator de comparabilidade<sup>334</sup>.

Em muitos casos, assim como a parte testada utiliza intangíveis em conexão com a venda de bens ou a prestação de serviços, as partes de transações comparáveis não controladas também terão intangíveis semelhantes à sua disposição. Nestes casos, o nível de comparabilidade entre as transações será considerado suficientemente alto, nos termos do parágrafo 6.200 das *guidelines*, e, por conseguinte, será possível determinar a compensação *arm's length* com base nos preços pagos ou nas margens de lucro obtidas nas transações comparáveis<sup>335</sup>.

Por outro lado, quando a transação controlada em análise ou a transação não controlada comparável utilizar intangíveis considerados únicos e valiosos, pode ser necessário realizar ajustes de comparabilidade ou, ainda, modificar o método de *transfer pricing* utilizado<sup>336</sup>.

A OCDE frisa que não é apropriado que a administração tributária e/ou os contribuintes rejeitem transações potencialmente comparáveis com base nos intangíveis utilizados. Nos termos do parágrafo 6.202, as transações potencialmente comparáveis só poderão ser desconsideradas com base na existência e no uso de intangíveis não-comparáveis quando tais intangíveis puderem ser claramente e distintamente identificados e, além disso, forem manifestamente intangíveis únicos e valiosos<sup>337</sup>.

Quando do exame de transações envolvendo o uso de intangíveis em conexão com a venda de bens ou a prestação de serviços, a OCDE divide os casos concretos em duas categorias: a) A categoria na qual a análise de comparabilidade, inclusive a análise funcional, encontra transações não controladas comparáveis suficientemente confiáveis para que se possa encontrar as condições *arm's length* da transação, utilizando um dos métodos de *transfer pricing* baseados em comparáveis e; b) A categoria na qual não há transações não controladas comparáveis e confiáveis para a transação em questão, o que normalmente é consequência do uso de intangíveis únicos e valiosos por uma ou mais partes envolvidas na transação.

No caso da primeira categoria de intangíveis, a abordagem prevista nas *guidelines* consiste na aplicação tradicional dos preceitos previstos nos Capítulos I a III das *guidelines*,

---

<sup>334</sup> Ibidem.

<sup>335</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. **OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022**. Paris: OCDE Publishing, 2022. Disponível em: [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022\\_0e655865-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022_0e655865-en#page1). Acesso em: 26 nov. 2023.

<sup>336</sup> Ibidem.

<sup>337</sup> Ibidem.

normalmente através da aplicação de qualquer dos 5 métodos de *transfer pricing* previstos nas diretrizes, que será considerado como adequado para encontrar as condições *arm's length*. Nestes casos, geralmente não se necessita de uma análise detalhada, e será possível identificar se a transação está em harmonia com os parâmetros da transação comparável ou se ajustes de comparabilidade serão necessários<sup>338</sup>.

Tendo em vista que, nestes casos, não há o uso de intangíveis únicos ou valiosos, os preços pagos ou recebidos ou margens de lucro e retornos obtidos pelas partes em transações comparáveis não controladas serão considerados como fundamentação suficiente para determinar as condições *arm's length*<sup>339</sup>.

Quando ajustes de comparabilidade forem necessários em razão de diferenças entre os intangíveis da transação em análise e os intangíveis utilizados na transação não controlada comparável, pode haver dificuldades de quantificação. Para solucionar essa problemática, é necessário levar em consideração os fatos e circunstâncias relevantes do caso e os dados disponíveis sobre o impacto dos intangíveis nos preços e lucros<sup>340</sup>.

Ajustes de comparabilidade podem ser necessários em razão de divergências decorrentes de diferenças em mercados, vantagens geográficas, estratégicas de negócios, mão-de-obra, sinergias corporativas e fatores similares e, embora tais fatores não sejam considerados intangíveis nos termos da Seção A das *guidelines*, não há como negar seu impacto nos preços *arm's length* em transações envolvendo o uso de intangíveis<sup>341</sup>.

Quanto à segunda categoria de casos, isto é, quando não forem encontradas transações comparáveis não controladas confiáveis, a abordagem indicada pela OCDE é a adoção do método de divisão de lucro, que será adequado especialmente quando ambas as partes envolvidas na transação contribuem de forma única e valiosa com a realização do negócio<sup>342</sup>.

Nesta abordagem, é necessário identificar os intangíveis em questão, avaliar a maneira através da qual cada intangível contribui com a criação de valor e avaliar outras funções desempenhadas, ativos usados e riscos assumidos que contribuiriam com a construção da renda. Outros métodos de *transfer pricing* e técnicas de valoração podem ser utilizados, conforme o

---

<sup>338</sup> Ibidem.

<sup>339</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. **OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022**. Paris: OCDE Publishing, 2022. Disponível em: [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022\\_0e655865-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022_0e655865-en#page1). Acesso em: 26 nov. 2023.

<sup>340</sup> Ibidem.

<sup>341</sup> Ibidem.

<sup>342</sup> Ibidem.

caso, desde que reflitam a natureza dos bens e serviços da transação e a contribuição dos intangíveis e de outros fatores relevantes para a criação de valor da transação<sup>343</sup>.

---

<sup>343</sup> Ibidem.

#### 4.4 Harmonização, Uniformização e Unificação – As Diretrizes da OCDE sobre *transfer pricing* de intangíveis e o novo sistema de preços de transferência no Brasil

Diante dos fenômenos da globalização econômica e da digitalização do patrimônio, bem como da problemática da erosão das bases tributáveis, ficou clara a demanda do Direito Internacional Tributário por uma maior integração entre sua legislação pertinente. A partir desta problemática, originou-se o Plano BEPS, que possui justamente a ambiciosa missão de integrar as normas dos diversos ordenamentos jurídicos dos países do globo.

Segundo Carla Cristina Costa de Menezes, a integração jurídica consiste em uma técnica de coordenação que objetiva o funcionamento harmonioso das diferentes ordens jurídicas existentes, no que diz respeito a determinada matéria, e com o objetivo de sanar as lacunas e omissões das leis<sup>344</sup>. A doutrina do Direito Internacional Privado elucida que há três técnicas de integração de normas jurídicas: harmonização, uniformização e unificação. Cada uma diz respeito a níveis diversos de integração das normas, através do trabalho especializado das Organizações Internacionais.

A forma mais branda de integração jurídica seria a harmonização, que diz respeito à aproximação de textos normativos oriundos de diversos ordenamentos jurídicos, todavia, apenas na medida do necessário e para a consecução de fins comuns, de forma não impositiva aos países, mas, do contrário, submetendo-se ao seu juízo de conveniência e oportunidade. Na acepção de Carla Cristina Costa de Menezes, harmonizar significa coordenar diversidades e estabelecer um objetivo comum, de forma a diminuir e eliminar diferenças<sup>345</sup>.

Citando Cláudia Lima Marques, a doutora pela Universidade Federal de Pernambuco explica que a uniformização diz respeito ao processo de integração jurídica através do qual se transforma diversos textos normativos, oriundos de diversas culturas, em um texto único e obrigatório para todos, impondo-se normas de conteúdo uniforme<sup>346</sup>. A unificação, por outro lado, seria uma forma ainda mais radical de integração jurídica, dizendo respeito à unificação de leis nacionais<sup>347</sup>.

---

<sup>344</sup> MENEZES, Carla Cristina Costa de. **A influência da harmonização e da uniformização do Direito Internacional Privado sobre a autonomia da vontade na escolha da lei aplicável aos contratos internacionais.** Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/17434/1/TESE%20-%20CCCM.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2024.

<sup>345</sup> Ibidem, p. 103.

<sup>346</sup> Ibidem, p. 102.

<sup>347</sup> Ibidem, p. 107.

Esta última, no entanto, não possui aplicação recomendável no campo do Direito do Comércio Internacional, podendo inclusive ser prejudicial. Conforme esclarece Carla Cristina Costa de Menezes:

Já, a unificação de leis nacionais tem pouca aplicabilidade na esfera do comércio internacional, podendo, até mesmo, ser prejudicial àqueles países que já possuem leis consolidadas e coerentes com a conjuntura internacional, se posicionam Ludmila Silva e Heloisa Paiva<sup>348</sup>.

Para Aliete Rodrigues Marinho<sup>349</sup>, a harmonização é a forma mais branda de regulação do comércio internacional. Esta técnica busca adotar princípios e regras comuns, aproximando as regras de conflitos e de Direito Internacional Privado, preservando, todavia, as normas internas de direito material. Já a uniformização busca tornar a regulação da matéria mais efetiva, editando regras materiais e conflituais, vinculantes ou não, as quais podem ser adotadas por meios convencionais, aplicadas através da arbitragem ou, ainda, podem inspirar a legislação interna. Por fim, de maneira mais incisiva, a unificação compreende a instituição de um direito uniforme para um determinado bloco econômico ou área, estabelecido através de convenção internacional.

Quanto ao trabalho da OCDE na integração jurídica de normas tributárias no âmbito do Plano BEPS, questiona-se em qual categoria de aproximação a iniciativa da Organização Internacional estaria enquadrada. Enquadrar um tratado ou convenção internacional, ou diretrizes e orientações de uma organização internacional como harmonização, uniformização ou unificação, na prática, não é tarefa fácil. É difícil traçar uma linha exata de onde termina uma categoria e começa a outra, é complexo distingui-las no caso concreto.

Tratando-se de um projeto grandioso como o BEPS, que já ultrapassa uma década e, dentro do Direito Internacional Tributário, aborda uma vasta gama de assuntos e possui diversos instrumentos normativos, é ainda mais verdadeira a afirmativa quanto à dificuldade em diferenciar, na prática, harmonização, uniformização e unificação. É possível que, dentre as quinze Ações do BEPS, as diversas diretrizes, sobre os diversos assuntos, se enquadrem em categorias de integração jurídica distintas.

---

<sup>348</sup> MENEZES, Carla Cristina Costa de. *Op. cit.*, p. 107.

<sup>349</sup> MARINHO, Aliete Rodrigues. Breves notas sobre os processos de harmonização, uniformização e unificação do Direito do Comércio Internacional. *Jus Scriptum – Boletim do Núcleo de estudantes luso-brasileiros da Faculdade de Direito de Lisboa*, v. 2, n. 4, jul./ago./set. 2006 p. 32-38. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjkkITS9oOFAxWsqZUCHdbVC7MQFnoECA4QAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.internationaljournaloflaw.com%2Findex.php%2Frevista%2Farticle%2Fdownload%2F29%2F13&usq=AOvVaw1ZDbbSdoOGFbNTMRMwvjHe&opi=89978449>. Acesso em: 20 mar. 2024.

O primeiro passo na tentativa de executar esta tarefa, isto é, diferenciar se um determinado instrumento normativo é uma forma de harmonização, uniformização ou unificação de normas jurídicas, consiste em examinar o instrumento normativo individualmente. No caso da presente pesquisa, como visto até aqui, o objeto de análise é o Capítulo VI das *Guidelines* da OCDE sobre Preços de Transferência para Empresas Transnacionais e Administrações Tributárias (2022), intitulado de “Considerações Especiais para Intangíveis”.

O exame do instrumento, realizado no tópico 3.3 da presente dissertação, constatou que as diretrizes da OCDE, em primeiro lugar, adotam o princípio *Arm's Length* como base norteadora da matéria de Preços de Transferência, bem como da procura por transações comparáveis não controladas e confiáveis como o principal instrumento para se chegar aos preços e condições de mercado aberto.

As *guidelines* determinam que o exame de uma transação envolvendo o uso ou a transferência de intangíveis entre empresas transnacionais relacionadas é voltado, primordialmente, ao exame minucioso dos fatos e circunstâncias de cada caso concreto.

A Organização orienta que, tanto o contribuinte quanto a administração tributária, devem realizar uma análise atenta das funções desempenhadas, ativos usados e riscos assumidos para a construção do valor do intangível, bem como de absolutamente todos os fatores que afetem, positivamente ou negativamente, o valor do intangível. É preciso, ainda, identificar todos os intangíveis envolvidos na transação, pois nem sempre intangíveis com valor econômico estão superficialmente visíveis, bem como a natureza e a projeção de valores de todos os intangíveis envolvidos na transação, e as alternativas realisticamente disponíveis às partes.

Como consequência, as empresas transnacionais devem guardar documentação pertinente a todos os passos da transação, e se preparar para apresentar tal documentação e para defender a razoabilidade das escolhas e dos elementos componentes da transação, conforme a necessidade de cada caso.

Outro fator levado em consideração pelas *guidelines* é que, por vezes, as partes tentarão dissimular os preços e condições da transação, subestimando-os ou superestimando-os, a fim de fraudar a lei através dos contratos internacionais de direito privado e modificar o elemento de conexão da relação jurídico-tributária, para fins de transferir lucro disfarçadamente e conseguir uma economia de tributo.

Por esta razão, a OCDE categoricamente orienta, em várias passagens do documento, que a análise de *transfer pricing* examinará, sim, o contrato internacional de direito privado,

mas levará em consideração principalmente os fatos e as circunstâncias constantes do caso e a efetiva conduta das partes. Está clara a adoção das doutrinas da realidade sobre a forma e do propósito negocial, apesar de a Organização reconhecer, expressamente, que às vezes, por justos propósitos negociais, empresas transnacionais relacionadas adentram transações que empresas independentes não adentrariam.

Com base em todas as informações obtidas através de uma análise comparativa e funcional, o exame da transação, encontrando inconsistências, poderá determinar que ajustes de comparabilidade sejam realizados ou, ainda, que o método de *transfer pricing* seja modificado, em razão da obrigatoriedade da escolha do método mais adequado, prevista nas *guidelines*.

É possível perceber um relevante grau de discricionariedade concedido pelas diretrizes da OCDE à Administração Tributária e ao Poder Judiciário quanto à questão de *transfer pricing* de intangíveis, uma vez que a elas é concedido o direito de análise dos fatores econômicos da transação e, a partir de tal análise, a prerrogativa de tirar conclusões e de “reconfigurar” a transação de uma determinada ou de outra, conforme o juízo realizado, sendo permitido ao contribuinte contestar e apresentar provas das suas alegações.

No caso do Brasil, não se pode deixar de notar que as Cortes Superiores estariam adstritas ao exame do direito, tendo em vista que rever as conclusões da Administração Tributária e da primeira e segunda instâncias do Poder Judiciário implicaria necessariamente, no reexame de fatos e provas (funções desempenhadas, ativos usados, riscos assumidos, intangíveis envolvidos, opções realisticamente disponíveis às partes, transações comparáveis, efetiva conduta das partes, etc.) e no reexame do contrato internacional de direito privado, que são vedados, respectivamente, pelas súmulas 7<sup>350</sup> e 5<sup>351</sup> do STJ.

Outro ponto é que, em se tratando de intangíveis de difícil valoração (*Hard-to-value intangibles*), em muitos casos a análise da transação dependerá de um conhecimento técnico e visão negocial dos quais a Administração Tributária não dispõe, podendo resultar em equívocos nos resultados da análise comparativa e, por conseguinte, nas consequências impostas ao contribuinte.

Conforme visto no tópico 3.3, verifica-se que as *guidelines* da OCDE são extensas e detalhadas, e se propõem a ditar normas de conteúdo uniforme sobre a matéria abordada, caso

---

<sup>350</sup> Súmula 7 do STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Enunciados de Súmulas do STJ**. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/jurisprudencia/tematica/download/SU/Verbetes/VerbetesSTJ\\_asc.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/tematica/download/SU/Verbetes/VerbetesSTJ_asc.pdf). Acesso em: 20 mar. 2024.

<sup>351</sup> Súmula 5 do STJ: “A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.”. Ibidem.

adotadas pelos países. No caso do BEPS, conforme já mencionado no tópico 1.3, o projeto conta com a adesão de 135 países. Logo, é possível dizer que o conteúdo do capítulo VI das *guidelines* da OCDE sobre *transfer pricing* para empresas transnacionais e administrações tributárias pode ser enquadrado como um instrumento de integração jurídica na categoria de uniformização.

Ao examinar a nova lei brasileira de preços de transferência (Lei nº 14.596/2023), percebe-se grandes semelhanças entre as *guidelines* da OCDE e os dispositivos do diploma legal. A princípio, a adoção do princípio Arm's Length como norte da temática de *transfer pricing* resta positivada no art. 2º. O art. 19, em seus incisos I e II, traz definições de intangíveis e *hard-to-value intangibles* idênticas às definições previstas na Seção A do Capítulo VI das *guidelines*. O inciso III do mesmo artigo dispõe que as funções relevantes desempenhadas em relação ao intangível são as atividades relacionadas ao seu desenvolvimento, aprimoramento, manutenção, proteção e exploração; o que também foi feito de forma idêntica às *guidelines*<sup>352</sup>.

O artigo seguinte elenca, nos incisos de seu parágrafo primeiro, uma série de considerações que precisam ser levadas em conta quando do delineamento de uma transação controlada envolvendo intangíveis, quais sejam: (I) identificação dos intangíveis envolvidos na transação controlada; (II) determinação da titularidade do intangível; (III) determinação das partes que desempenham as funções, utilizam os ativos e assumem os riscos economicamente significativos associados às funções relevantes desempenhadas em relação ao intangível, com ênfase na determinação das partes que exercem o controle e possuem a capacidade financeira para assumi-los; (IV) determinação das partes responsáveis pela concessão de financiamento ou pelo fornecimento de outras contribuições em relação ao intangível, que assumam os riscos economicamente significativos associados, com ênfase na determinação das partes que exercem o controle e possuem a capacidade financeira para assumi-los<sup>353</sup>.

Percebe-se, também neste artigo, grandes semelhanças com as disposições da OCDE, que também determinam a importância, para o delineamento de uma transação controlada envolvendo intangíveis, da identificação de todos os intangíveis envolvidos na transação, bem como de sua titularidade, e ainda das partes envolvidas que desempenham funções, usam ativos

---

<sup>352</sup> BRASIL. **Lei nº 14.596, de 14 de junho de 2023**. Dispõe sobre regras de preços de transferência relativas ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL); altera as Leis nºs 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 12.973, de 13 de maio de 2014, e 12.249, de 11 de junho de 2010; e revoga dispositivos das Leis nºs 3.470, de 28 de novembro de 1958, 4.131, de 3 de setembro de 1962, 4.506, de 30 de novembro de 1964, 8.383, de 30 de dezembro de 1991, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 12.715, de 17 de setembro de 2012, 12.766, de 27 de dezembro de 2012, e 14.286, de 29 de dezembro de 2021, e do Decreto-Lei nº 1.730, de 17 de dezembro de 1979. Brasília: 2023. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2023-2026/2023/lei/14596.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/14596.htm). Acesso em: 20 mar. 2024.

<sup>353</sup> Ibidem.

e assumem riscos relevantes para a construção do valor do intangível, bem como da capacidade financeira para suportá-los.

O parágrafo segundo do art. 20 dispõe também que será considerado como titular do intangível aquele que esteja assim identificado nos contratos internacionais de direito privado (I) ou, caso esta identificação não seja possível, (II) que exerça o controle sobre as decisões relacionadas ao intangível e que possua a capacidade de restringir a sua utilização<sup>354</sup>; o que demonstra o exame dos contratos internacionais celebrados entre as empresas transnacionais relacionadas e, ainda, a análise da efetiva conduta das partes, tal como previsto pela OCDE em suas *guidelines*.

O art. 21 da Nova Lei Brasileira de Preços de Transferência dispõe, em seu caput, que a alocação dos resultados provenientes da exploração do intangível por um grupo de transnacionais relacionadas será feita de acordo com as contribuições fornecidas pelas partes, nas funções relevantes desempenhadas e nos riscos economicamente significativos associados a estas funções. Nos seus parágrafos primeiro e segundo, respectivamente, o artigo dispõe que a mera titularidade do intangível não é capaz, por si só, de assegurar qualquer remuneração (§1º); e que, a remuneração de empresa transnacional associada, participante em transação controlada envolvendo o uso ou transferência de intangível (incluído o titular do intangível), não será superior a remuneração com base na taxa de juros livre de risco, caso a parte relacionada não possua a capacidade financeira ou não exerça o controle sobre os riscos economicamente significativos associados ao financiamento concedido, e não assuma nem controle qualquer outro risco economicamente significativo relativo à transação, (§2º, I) ou com base na taxa de juros ajustada ao risco assumido, caso a parte relacionada possua a capacidade financeira e exerça o controle sobre os riscos economicamente significativos associados ao financiamento, mas sem assumir e controlar qualquer outro risco economicamente significativo relativo à transação (§2º, II)<sup>355</sup>.

Também as disposições do art. 21 estão em perfeita harmonia com as *guidelines* da OCDE, que determinam que a mera titularidade do intangível não é capaz de assegurar qualquer remuneração decorrente da exploração do bem incorpóreo, que deverá ser fixada com base nas

---

<sup>354</sup> BRASIL. **Lei nº 14.596, de 14 de junho de 2023**. Dispõe sobre regras de preços de transferência relativas ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL); altera as Leis nºs 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 12.973, de 13 de maio de 2014, e 12.249, de 11 de junho de 2010; e revoga dispositivos das Leis nºs 3.470, de 28 de novembro de 1958, 4.131, de 3 de setembro de 1962, 4.506, de 30 de novembro de 1964, 8.383, de 30 de dezembro de 1991, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 12.715, de 17 de setembro de 2012, 12.766, de 27 de dezembro de 2012, e 14.286, de 29 de dezembro de 2021, e do Decreto-Lei nº 1.730, de 17 de dezembro de 1979. Brasília: 2023. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2023-2026/2023/lei/14596.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/14596.htm). Acesso em: 20 mar. 2024.

<sup>355</sup> Ibidem.

funções relevantes desempenhadas, ativos usados e riscos assumidos para o desenvolvimento, melhoria, proteção e exploração do intangível.

Quanto aos intangíveis de difícil valoração, a Lei nº 14.546/2023 prevê que, na análise das transações controladas envolvendo-os, devem ser consideradas as incertezas no momento da transação (art.22, I), e se tais incertezas foram abordadas da forma que teriam sido abordadas por empresas transnacionais independentes, em circunstâncias comparáveis, inclusive através de contratos de curto prazo, inserção de cláusulas de reajustes de preços e de pagamentos contingentes (art. 22, II)<sup>356</sup>.

Ainda, os parágrafos do dispositivo preveem, respectivamente, a utilização das informações *ex post* como evidência pela autoridade fiscal quanto às incertezas da valoração do intangível no momento da transação, bem como se o contribuinte cumpriu o disposto no inciso II, estando tal evidência sujeita à prova em contrário (art. 22, §1º); constatado o descumprimento do inciso II, a possibilidade de realização de um ajuste de *transfer pricing* para adequar a transação ao princípio *arm's length*, através de pagamentos contingentes que reflitam as incertezas decorrentes da precificação ou avaliação do intangível envolvido na transação controlada, salvo nos casos em que seja possível determinar a remuneração apropriada na forma de um pagamento único, conforme o momento da transação (art. 22, §2º) e, ainda; a possibilidade de não realização do ajuste previsto no parágrafo segundo, quando o contribuinte fornecer informações detalhadas das projeções realizadas no momento da transação, inclusive sobre a consideração de riscos para a precificação e de eventos razoavelmente previsíveis, bem como da probabilidade de ocorrência de tais eventos (art. 22, §3º, I, “a”); e comprovar que qualquer diferença significativa entre as projeções financeiras e os resultados efetivamente obtidos decorre de eventos ou fatos ocorridos após a determinação dos preços, e que não poderiam ter sido previstos pelas partes contratantes, ou cuja probabilidade de ocorrência não tenha sido significativamente superestimada ou subestimada no momento da transação (art. 22, §3º, I, “b”); ou, por fim, se ficar comprovado que, havendo qualquer diferença entre as projeções financeiras e os resultados efetivamente obtidos, tais diferenças não causaram

---

<sup>356</sup> BRASIL. Lei nº 14.596, de 14 de junho de 2023. Dispõe sobre regras de preços de transferência relativas ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL); altera as Leis nºs 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 12.973, de 13 de maio de 2014, e 12.249, de 11 de junho de 2010; e revoga dispositivos das Leis nºs 3.470, de 28 de novembro de 1958, 4.131, de 3 de setembro de 1962, 4.506, de 30 de novembro de 1964, 8.383, de 30 de dezembro de 1991, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 12.715, de 17 de setembro de 2012, 12.766, de 27 de dezembro de 2012, e 14.286, de 29 de dezembro de 2021, e do Decreto-Lei nº 1.730, de 17 de dezembro de 1979. Brasília: 2023. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2023-2026/2023/lei/14596.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/14596.htm). Acesso em: 20 mar. 2024.

redução ou aumento da remuneração pelo intangível de difícil valoração superior a 20% da remuneração determinada no momento da transação (art. 22, §3º, II)<sup>357</sup>.

Também nestes pontos percebe-se grande semelhança entre as disposições do artigo e as das *guidelines* da OCDE, especialmente na Secção D do Capítulo VI, onde são abordados os intangíveis de difícil valoração e a necessidade de reajustar a remuneração *ex post* através de contratos de curto prazo, cláusulas de reajustes de preços e pagamentos contingentes, como teria sido feito por partes independentes em circunstâncias comparáveis, e ainda na mesma secção, a possibilidade de utilização de informações *ex post* como evidência pela autoridade fiscal, reservado o direito ao contraditório, bem como a dispensa de realização do ajuste de *transfer pricing*, quando o contribuinte comprovar que, no momento da transação, considerou todos os fatores necessários para a precificação, inclusive riscos, eventos e incertezas, bem como a probabilidade de concretização de tais riscos, eventos e incertezas; que as diferenças entre a remuneração *ex ante* e *ex post* decorrem de eventos que não poderiam ter sido previstos ao tempo da transação e, se previstos, não tiveram sua probabilidade de ocorrência subestimada ou superestimada ou, ainda, quando ficar demonstrado que a diferença entre a remuneração *ex ante* ou *ex post* não ultrapassa 20%, em redução ou aumento, do valor fixado no momento da transação.

Através de um cotejo entre os dois instrumentos normativos, resta claro que as disposições da Lei nº 14.596/2023 são idênticas, em conteúdo, às disposições das *guidelines* da OCDE, no que diz respeito a transações internacionais controladas envolvendo intangíveis. E não por coincidência, visto que o objetivo da supracitada Lei foi justamente adequar o sistema de preços de transferência do Brasil ao sistema previsto pela OCDE, conforme informações divulgadas em diversos veículos de comunicação. Veja-se:

O presidente Luiz Inácio Lula da Silva sancionou, sem vetos, a lei que muda regras para fixação dos preços usados em transações internacionais entre empresas relacionadas (como uma matriz no exterior e a filial brasileira).

O objetivo da lei é adequar as normas nacionais às praticadas pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) e evitar práticas destinadas a diminuir o pagamento de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL)<sup>358</sup>.

A nova legislação de preços de transferência deve mudar radicalmente a forma como as empresas brasileiras testam a adequação dos preços praticados em operações com entidades vinculadas no exterior, bem como suas operações com demais residentes em países com tributação favorecida.

---

<sup>357</sup> BRASIL. *Op. cit.*

<sup>358</sup> JÚNIOR, Janary. Sancionada lei com novo marco legal para preços de transferência. **Agência Câmara de Notícias**, 15 jun. 2023. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/971794-sancionada-lei-com-novo-marco-legal-para-precos-de-transferencia/>. Acesso em: 10 ago. 2023.

O objetivo é o alinhamento às regras da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). O modelo de implantação e o plano para sua implantação foram apresentados pela Receita Federal em abril (ver quadro), em evento público organizado em conjunto com o Ministério da Economia e Governo do Reino Unido. [...] O sistema brasileiro foi inspirado em diretrizes da OCDE sobre preços de transferência disponíveis em 1996, e veio incorporando algumas evoluções desde então – mas não incorporou o progresso das orientações encontradas nessas diretrizes. Como parte do processo de acesso do Brasil à OCDE, as autoridades fiscais brasileiras vinham atuando, desde fevereiro de 2018, em um projeto conjunto com o órgão, que teve por objetivo identificar as semelhanças e divergências entre suas respectivas abordagens de preços de transferência. Foram identificadas diversas lacunas significativas em relação ao sistema internacional, podendo dar origem a casos de dupla tributação, bem como a oportunidades de erosão da base tributável<sup>359</sup>.

No site da Deloitte, empresa de auditoria tributária, é possível, ainda, identificar um quadro comparativo que demonstra as diferenças entre o antigo sistema de preços de transferência do Brasil, instituído pela Lei nº 9.430/1996, e o Modelo proposto pela OCDE, adotado pela Nova Lei de Preços de Transferência, a Lei nº 14.596/2023, conforme reproduzido abaixo<sup>360</sup>:

Figura 4: quadro comparativo entre o Modelo Brasileiro de Preços de Transferência e o Modelo proposto pela OCDE.

Tópico	Modelo atual	Modelo proposto
Princípio Arm's Length (ALP)	Alinhamento parcial ao princípio, que visa determinar o preço que seria praticado entre partes independentes.	Pleno alinhamento ao princípio, conforme estabelecido nas diretrizes de preços de transferência da OCDE.
Métodos de preços de transferência	Possibilidade de aplicação apenas dos métodos atualmente previstos nas regras locais.	Possibilidade de aplicação de todos os métodos reconhecidos pela OCDE, como o Transactional Net Margin Method (TNMM) e o Profito Profit Split Method (PSM).
	Possibilidade de escolha do método de cálculo que apresente o resultado mais benéfico.	Necessidade de escolha do método mais apropriado (que apresente o resultado mais consistente).
	Parte testada necessariamente precisa ser o contribuinte brasileiro.	Parte testada poderá ser o contribuinte brasileiro ou a entidade no exterior.
Análise de comparabilidade	Modelo baseado em margens de lucratividade fixas, pré-definidas por setor de atividade econômica.	Modelo baseado em comparáveis de mercado, a partir dos riscos e funções assumidos por cada entidade.

<sup>359</sup> AYUB, Carlos; ROTTA, Gustavo; MOTTA, Paulo. **Novas regras de preços de transferência e o impacto sobre empresas brasileiras.** Deloitte, 2024. Disponível em: <https://www2.deloitte.com/br/pt/pages/audit/articles/regras-preco-transferencia.html>. Acesso em: 16 jan. 2024.

<sup>360</sup> Ibidem.

Ajustes de preços de transferência	Previsão apenas para a realização dos ajustes às bases tributáveis ao final do exercício fiscal, com base nos resultados apurados através dos métodos.	Previsão para: i) ajustes primários, a serem realizados em eventual descumprimento do ALP; ii) ajustes secundários, para compensar eventual excesso/falta de lucratividade via nota de débito/crédito; e iii) ajustes de eliminação dos efeitos de dupla tributação, através de procedimentos administrativos.
Commodities	Existência de método de cálculo específico para commodities, com definição da amplitude de produtos sendo realizada primordialmente pela RFB.	Existência de método de cálculo específico para commodities, com definição da amplitude de produtos sendo realizada primordialmente com base nas práticas de mercado.
Intangíveis	Inexistência de método ou procedimentos específicos para intangíveis, devendo ser aplicadas as regras gerais, que por vezes são incompatíveis com a natureza destas operações. Previsão para exclusão de certos royalties da aplicação das regras de preços de transferência.	Definição do conceito de intangível para fins de preços de transferência e aplicação de conceitos específicos para estas transações, incluindo direcionamentos para os casos em que ocorra a inaplicabilidade das regras. Introdução do conceito DEMPE (development, improvement, maintenance, protection, and exploitation) como base para precificação de intangíveis/royalties.
Serviços intragrupo	Inexistência de método ou procedimentos específicos para serviços intragrupo, devendo ser aplicadas as regras gerais, que por vezes são incompatíveis com a natureza destas operações.	Definição dos serviços intragrupo sujeitos às regras de preços de transferência, com orientações sobre a centralização de serviços e as possíveis formas de cobrança. Serviços de baixo valor agregado terão safe harbor específico.
Contratos de compartilhamento de custo	Inexistência de método ou procedimentos específicos para compartilhamentos de custo, devendo ser aplicadas as regras gerais, que por vezes são incompatíveis com a natureza destas operações.	Definição do conceito de contrato de compartilhamento de custo voltado à prestação de serviços ou desenvolvimento de intangíveis, com regras específicas para determinação dos participantes e respectivas compensações.
Contratos de compartilhamento de custo	Inexistência de método ou procedimentos específicos para compartilhamentos de custo, devendo ser aplicadas as regras gerais, que por vezes são incompatíveis com a natureza destas operações.	Definição do conceito de contrato de compartilhamento de custo voltado à prestação de serviços ou desenvolvimento de intangíveis, com regras específicas para determinação dos participantes e respectivas compensações.

Reestruturação de negócios	Inexistência de método ou procedimentos específicos para reestruturações de negócios, devendo ser aplicadas as regras gerais, que por vezes são incompatíveis com a natureza destas operações.	Inclusão de regras específicas para a reestruturação de negócios, principalmente nos casos em que as transferências de riscos e funções resultem em perda de lucratividade, em que serão determinadas possíveis compensações.
Transações financeiras	Regras voltadas majoritariamente aos juros decorrentes dos contratos de mútuo, não havendo regras específicas para demais transações financeiras.	Inclusão de regras voltadas a outros tipos de transações, tais quais operações de dívida, cash pooling, garantias, seguros, etc.
Segurança jurídica em matéria tributária	Safe harbors limitados a situações bastante específicas e exclusivamente no âmbito das exportações. Ausência de previsão para Advance Pricing Agreements (APA).	Ampliação das possibilidades de safe harbor, dispensando ou simplificando a documentação de preços de transferência nos casos em que determinadas transações atendam os requisitos pré-estabelecidos. Previsão para a realização de Advance Pricing Agreements (APA).

Fonte: AYUB, Carlos; ROTTA, Gustavo; MOTTA, Paulo. Novas regras de preços de transferência e o impacto sobre empresas brasileiras. Deloitte, 2024.

Para regulamentar a Nova Lei Brasileira de Preços de Transferência, a Receita Federal do Brasil divulgou a Instrução Normativa nº 2.161/2023 que dispõe expressamente, em seu art. 1º, §4º, que as *guidelines* da OCDE sobre *Transfer Pricing* são consideradas fontes subsidiárias na interpretação e na integração de normas de controle de preços de transferência, inclusive suas alterações futuras, desde que aprovadas pela RFB e de que não entrem em conflito com as disposições da Lei nº 14.596/2023<sup>361</sup>.

É possível concluir, diante da análise entre as *guidelines* da OCDE e da nova lei de preços de transferência do Brasil, que as regras de *transfer pricing* para transações envolvendo intangíveis foram uniformizadas, através de um trabalho bem-sucedido da organização internacional e das autoridades fiscais brasileiras.

<sup>361</sup> BRASIL. Receita Federal do Brasil. **Instrução Normativa RFB nº 2161, de 28 de setembro de 2023**. Dispõe sobre os preços de transferência a serem praticados nas transações efetuadas por pessoa jurídica domiciliadas no Brasil com partes relacionadas no exterior e dá outras providências. Brasília: 2023. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=133782>. Acesso em: 16 jan. 2023.

## 5 EVASÃO FISCAL E CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL

### 5.1 Fuga da tributação, contratos Internacionais de comércio, conflitos de leis, elementos de conexão e fraude à lei: pontos de intersecção entre o Direito Internacional Privado e o Direito Internacional Tributário

“País algum jamais considerará as leis fiscais de outro país”. Esta foi a afirmação de Lord Mansfield na Câmara Alta Britânica, em 1775<sup>362</sup>. Três séculos depois, vivemos uma realidade de globalização econômica, digitalização do patrimônio e organização de atividades comerciais em cadeias globais de valor que provaram que sim, a tributação é, também, uma questão internacional.

Já no fim do século XIX, mais do que se considerar as normas fiscais de outro país, tão logo o imposto de renda se tornou definitivo na maioria dos países, havia trabalhos bilaterais para evitar a dupla tributação internacional<sup>363</sup>. Hoje, não apenas se considera as leis fiscais de outro país, mas se constrói, dia após dia, um sistema tributário internacional cada vez mais uniforme, especialmente através do trabalho integrativo de uma organização internacional voltada para fins econômicos, que aborda a tributação internacional de forma multilateral, e conta, atualmente, com a adesão de 135 países<sup>364</sup>.

Mas como esse Direito Internacional Tributário se relaciona com o Direito Internacional Privado? Para compreender essa questão, é necessário relembrar o conceito e o campo de atuação desta última disciplina.

O Direito Internacional Privado, nas definições de Boggiano e Goldsmith, respectivamente trazidas por Maristela Basso, pode ser explicado como sendo:

[...] como um sistema normativo destinado a realizar as soluções justas dos casos jusprivatistas multinacionais, desde o ponto de vista de uma jurisdição estatal, de uma pluralidade de jurisdições estatais a coordenar ou, raras vezes, da jurisdição de um tribunal internacional<sup>365</sup>.

<sup>362</sup> DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**: parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 16.

<sup>363</sup> A primeira convenção internacional contra a bitributação foi firmada entre a Prússia e o Império Austro-Húngaro, em 1899, após a instituição do imposto de renda prussiano em 1851 e reformado em 1891; e do imposto de renda austro-húngaro em 1896. ROCHA, Sérgio André. Direito Internacional Tributário: das origens ao contexto atual. **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**, v. 17, n. 102, Belo Horizonte, p. 51-77, nov./dez. 2019. Disponível em: [http://www.sarocha.com.br/wp-content/uploads/2020/02/Direito-Tributário-Internacional\\_Origens.pdf](http://www.sarocha.com.br/wp-content/uploads/2020/02/Direito-Tributário-Internacional_Origens.pdf). Acesso em: 07 abr. 2024.

<sup>364</sup> Referência ao plano BEPS da OCDE.

<sup>365</sup> Tradução livre do trecho: “como um sistema normativo destinado a realizar las soluciones justas de los casos jusprivatistas multinacionales, desde el punto de vista de una jurisdicción estatal, de una pluralidad de jurisdicciones estatales a coordinar o, raras veces, de la jurisdicción de un tribunal internacional”. BOGGIANO,

O Direito Internacional Privado (DIPr) é o conjunto de casos jusprivatistas com elementos estrangeiros e de suas soluções, descritos casos e soluções por normas inspiradas nos métodos indireto, analítico e sintético-judicial; baseadas as soluções e suas descrições em respeito ao elemento estrangeiro<sup>366</sup>.

Para Maristela Basso, o âmbito de atuação do Direito Internacional Privado consiste no estudo dos casos de direito privado que contenham elementos estrangeiro, e.g. domicílio, nacionalidade, país-sede das empresas, o local onde a obrigação se constituiu, entre outros. E afirma, sabiamente, que o Direito Internacional Privado completa o estudo do direito privado comum, tendo em vista que sua atenção é dedicada aos “conflitos de leis no espaço”, que, por sua vez, ocorrem quando uma relação jurídica de direito privado gera efeitos em duas ou mais ordens jurídicas ao mesmo tempo<sup>367</sup>.

Já a partir deste delineamento, é possível identificar alguns pontos de intersecção do Direito Internacional Privado com o Direito Internacional Tributário e, mais especificamente, com o Plano BEPS da OCDE. No conceito de Antônio Boggiano, vê-se que o DIPr atua para solucionar casos jusprivatistas multinacionais, inclusive do ponto de vista de um conjunto de jurisdições estatais a serem coordenadas. O conceito de Werner Goldschmidt fala em solução de casos jusprivatistas com elementos de estraneidade, através de normas de caráter indireto. Por sua vez, Maristela Basso fala que a disciplina dedica a sua atenção à solução dos conflitos de leis no espaço, que se materializam quando uma relação jurídica de direito privado gera efeitos em duas ou mais jurisdições, simultaneamente.

Pois bem. No caso da tributação internacional, tem-se um conjunto de relações privadas com elementos de estraneidade (atuação empresarial em escala global, contratos internacionais de comércio) que geram obrigações tributárias. As empresas transnacionais, contribuintes dessas obrigações tributárias, se utilizam de lacunas legislativas entre os ordenamentos jurídicos para estruturar suas operações internacionais de forma a obter uma economia fiscal, de forma a transferir seus lucros a um paraíso fiscal ou país de tributação mais favorecida e/ou a “maquiar” como algo diverso um rendimento ou transação, de modo a obter isenções ou outras vantagens tributárias. Essas atividades podem ocorrer através de contratos internacionais ou da abertura de filiais de fachada (*shell-companies*) em países estratégicos, isto

---

Antônio. **Derecho Internacional Privado** *apud* BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 4.

<sup>366</sup> Tradução livre do trecho “El Derecho Internacional Privado (DIPr) es el conjunto de casos jusprivatistas con elementos extranjeros y de sus soluciones, descritos casos y soluciones por normas inspiradas em los métodos indirecto, analítico y sintético-judicial; basadas las soluciones y sus descripciones em el respeto al elemento extranjero”. GOLDSCHMIDT, Werner. **Derecho Internacional Privado**. 5. ed. Buenos Aires: Depalma, 1985, p. 3. *apud* BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 4-5.

<sup>367</sup> BASSO, Maristela, *Op. cit.*, p. 5.

é, também relações jurídicas de direito privado com elementos de estraneidade, que alteram deliberadamente o elemento de conexão (estraneidade) a fim de alcançar as ditas vantagens fiscais.

Os Estados Nacionais sofrem com a queda de arrecadação, e a ausência de pagamento da sua *fair share* do fardo da tributação por empresas transnacionais termina por comprometer também a credibilidade do sistema tributário interno, aos olhos dos pequenos contribuintes. Ocorrem protestos e boicotes. Para solucionar a problemática, uma Organização Internacional voltada para fins econômicos (OCDE) resolve encabeçar um projeto de integração jurídica através da uniformização de normas tributárias em âmbito global, coordenado jurisdições estatais diversas e solucionando, desta forma, relações jusprivatistas internacionais.

Ainda, mais de um país pode ter elementos de conexão com um mesmo fato econômico e, de acordo com as respectivas leis tributárias dos ordenamentos jurídicos, a mesma transação pode constituir um fato gerador de obrigação tributária em ambos os países, incorrendo em dupla tributação internacional. Nestes casos, qual país teria direito a tributar a operação? Qual das leis seria aplicável ao caso concreto? Verifica-se a materialização de conflitos de leis, que são solucionados pelo Direito Internacional Privado através da análise de normas indiretas<sup>368</sup>.

Jacob Dolinger vai além, ao afirmar expressamente que cabe ao Direito Internacional Privado também a solução de conflitos de leis de direito público no espaço. Veja-se:

Temos, pois, no domínio do Direito Internacional Privado as questões de nacionalidade, dos direitos do estrangeiro, do conflito de leis e do conflito de jurisdições. E o conflito de leis abrange leis de toda natureza e de toda origem: direito privado e direito público, normas estabelecidas por Estados soberanos e por províncias, cantões ou estados-membro de uma Federação, bem como regras oriundas de sistemas pessoais, como as etnias e as religiões<sup>369</sup>.

Na realidade, o Direito Internacional Privado divide-se em Direito Internacional privado Civil, Direito Internacional privado do Trabalho, e Direito Internacional Privado do Comércio Internacional. Este último ramo do Direito Internacional Privado guarda especial relação com o Direito Internacional Tributário, tendo em vista que, conforme já explicado, a tributação é um custo de transação para o comércio internacional, tendo o condão de, por si só,

---

<sup>368</sup> O operador do direito pode trabalhar com normas diretas, que são divididas entre diretas instrumentais (processuais) e diretas materiais; e indiretas, que são as normas às quais se recorre nas hipóteses em que ocorrem conflitos de leis no espaço. Enquanto as normas diretas preveem fatos e apontam consequências jurídicas (antecedente + consequente), que se destinam à solução de casos sem elementos estrangeiros, as normas indiretas deixam de prever os fatos e as consequências jurídicas para solucionar os conflitos de leis no espaço, ou seja, a solucionar os casos que possuem elementos estrangeiros, através da indicação da lei aplicável ao caso concreto, conforme a matéria. BASSO, Maristela, *Op. cit.*, p. 6-7.

<sup>369</sup> DOLINGER, Jacob. *Op. cit.*, p. 22.

influenciar a tomada de decisão dos agentes econômicos<sup>370</sup>. Dolinger afirma que “Não há como ignorar as normas estrangeiras em matéria de licença de importação ou exportação, de concorrência ou de controle de câmbio”<sup>371</sup>.

O Direito Internacional Privado possui, portanto, afinidade com o direito público<sup>372</sup>, possuindo inclusive dimensão no Direito Tributário, conforme afirma Dolinger:

O Direito Internacional Privado é a projeção do direito interno sobre o plano internacional, conforme formulou Bartin, ou, como bem colocado por Ferrer Correia, professor da universidade de Coimbra, o Direito Internacional Privado é a dimensão internacional ou universalista do direito interno. [...] Empresa brasileira estabelece uma subsidiária na Finlândia que se dedica à pesca e, auferindo lucros, paga imposto de renda em Helsinque e repatria o resultado para o Brasil. Pagará imposto também no Brasil? Dimensão internacional do Direito Fiscal<sup>373</sup>.

Alberto Xavier também comenta sobre as similaridades e pontos de intersecção entre o Direito Internacional Privado e o Direito Internacional Tributário. O autor afirma que o problema da incidência e da eficácia de normas tributárias no espaço não se distingue, em sua essência, de problema idêntico no Direito Privado e nos outros ramos do direito, isto é, conflito de leis. Apesar disso, o autor ressalva – em sua obra datada de 1998 – que o Direito Internacional Privado adota, para estes conflitos, soluções liberais não aceitas no Direito Tributário Internacional, diante do maior grau de integração entre ordens jurídicas existente no DIPr; enquanto o Direito Tributário Internacional jamais resolve um conflito de leis tributárias<sup>374</sup>.

Logo em seguida, o autor explica:

Por outro lado, o dogma de que no Direito Tributário Internacional (ao contrário do Direito Privado Internacional) nunca se aplicam leis tributárias estrangeiras não resiste, por exemplo, à constatação de que, para aplicação das convenções contra a dupla tributação, pelo país do foro, torna-se necessário aplicar leis estrangeiras (até tributárias) que regulam os pressupostos de aplicação da norma convencional. É o que sucede quando, para saber se um membro do conselho de administração de uma sociedade alemã, residente na Alemanha, é tributável no Brasil pelos honorários que aqui lhe foram pagos, se aplica a lei alemã para decidir sobre a residência alemã da pessoa ou sobre a sua qualidade de membro do conselho de administração. É certo que a aplicação da lei estrangeira não vai ao ponto de fundamentar, no país do foro, a exigência de uma pretensão tributária estrangeira; mas ainda que neste fenômeno se descortine uma simples ‘tomada em consideração’ (*prise en considération*, *Berücksichtigung*) ou aplicação ‘indireta’ ou em ‘sentido fraco’, certo é que se revela

<sup>370</sup> BASSO, Maristela. *Op. cit.*, p. 5.

<sup>371</sup> DOLINGER, Jacob. *Op. cit.*, p. 18.

<sup>372</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>373</sup> *Ibidem*, p. 9-11.

<sup>374</sup> XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 9.

não ser tão radical a distância ente os dois tipos de soluções dadas pelos dois ramos do direito<sup>375</sup>.

Frise-se, ainda, que a crescente integração econômica em escala global releva esforços integrados, chamados por Xavier de “embriões de uma *Rechtsgemeinschaft*<sup>376</sup>”, mesmo no campo do Direito Público e, notadamente, do tributário, dando como exemplo paradigmático a Comunidade Europeia, tornando cada vez mais aceitáveis, e cada vez com maior liberalismo, as trocas de informações automáticas entre autoridades fiscais, bem como a cooperação das autoridades de um Estado para a execução coercitiva de créditos tributários estrangeiros, entre outros<sup>377</sup>.

Por fim, Alberto Xavier declara ainda mais semelhanças entre o Direito Internacional Privado e o Direito Tributário Internacional, no campo prático e com base em elementos de conexão:

Não é também logicamente impossível admitir que, em certa comunidade de Estados, os conflitos internacionais tributários sejam resolvidos por normas que escolham uma lei estrangeira competente para disciplinar o crédito tributário e atribuí-lo a um desses Estados, em função de elementos de conexão uniformidade adotados por via de convenção multilateral ou de imposição de autoridade supra-estatal, como que se de um direito de conflitos ‘interterritorial’ se tratasse. Tudo isso vem para demonstrar que a radical diversidade de atitudes do Direito Internacional Privado e do Direito Público Internacional não tem a amplitude suficiente para lhes retirar a identidade de natureza: ou de Direitos de Conflitos, vocacionados para solucionar idêntico problema de fundo, referente ao âmbito de incidência de leis internas; ou de Direitos da Competência Internacional, vocacionados para solucionar idêntico problema de fundo, referente ao âmbito de eficácia das leis internas<sup>378</sup>.

Se o conflito de leis tributárias no espaço jamais é solucionado pelo Direito Tributário Internacional, como afirmou Xavier, e se os conflitos de leis no espaço, ainda que em matéria de direito público, estão sempre inseridos no âmbito de atuação do Direito Internacional Privado, como afirmou Dolinger, é preciso concluir que o Projeto BEPS, que possui o objetivo de uniformizar leis tributárias em âmbito global, é um projeto de Direito Internacional Privado, ainda que trate da integração jurídica em matéria de direito público.

<sup>375</sup> XAVIER, Alberto. *Op. cit.*, p. 10-11.

<sup>376</sup> Expressão alemã que significa “comunidade de leis” ou “comunidade de direito”, utilizada como expressão chave no Direito Europeu. A expressão é controvertida e pode ser manejada tanto em argumentos a favor da unidade e da coerência da ordem jurídica quanto a favor de direitos individuais. KLÜNDER, Thorben. *What is Rechtsgemeinschaft?*. **Perspectives**, Max Planck Law, Frankfurt, 7 sep. 2020, p. 1. Disponível em: [https://intr2dok.vifa-recht.de/servlets/MCRFileNodeServlet/mir\\_derivate\\_00013357/Perspectives%20-%20Thorben%20KI%C3%BCnder%20-%20What%20is%20Rechtsgemeinschaft.pdf](https://intr2dok.vifa-recht.de/servlets/MCRFileNodeServlet/mir_derivate_00013357/Perspectives%20-%20Thorben%20KI%C3%BCnder%20-%20What%20is%20Rechtsgemeinschaft.pdf). Acesso em: 22 jan. 2024.

<sup>377</sup> XAVIER, Alberto. *Op. cit.*, p. 11.

<sup>378</sup> *Ibidem*, p. 11-12.

Conforme já mencionado, a globalização econômica implicou na distribuição da atividade empresarial em cadeias globais de valor, o que, por sua vez, implicou na formação de diversos elementos de conexão, com diversos ordenamentos jurídicos, para fins de cobrança de tributos sobre os fatos econômicos decorrentes da atuação empresarial transnacional. As empresas transnacionais, naturalmente, buscaram – e continuam buscando – meios de reduzir a sua carga tributária global, o que é facilitado pela diversidade legislativa entre os ordenamentos jurídicos (e, principalmente, as lacunas legislativas existentes entre si), bem como pela digitalização do patrimônio, causando a erosão das bases tributáveis e a transferência artificial de lucros – daí a necessidade de harmonizar as normas tributárias também em escala global.

Os contratos internacionais são o motor do comércio internacional<sup>379</sup>, o que também significa dizer que são o motor da atividade empresarial transnacional. Na maioria dos casos, é no contrato internacional que se identifica a presença dos elementos de conexão com um determinado ordenamento jurídico ou outro, tais como: a sede da pessoa jurídica, o domicílio, o lugar da situação do bem, o lugar de registro do bem, o lugar da constituição da obrigação, o lugar da prática do ato ilícito, o lugar onde os efeitos jurídicos e econômicos do ato ilícito sejam mais evidentes à vítima, entre outros<sup>380</sup>, como residência e nacionalidade, por exemplo.

O elemento de conexão é o que dá ensejo à legitimidade para a aplicação de uma determinada norma. Cuida-se, na realidade, da célula nuclear sobre a qual se funda a estrutura da norma de conflitos, possuindo a função de estabelecer a ligação entre um determinado fato e o ordenamento jurídico aplicável<sup>381</sup>.

Alberto Xavier esclarece:

O elemento de conexão é o elemento da previsão normativa que, determinando a localização de uma situação da vida num certo ordenamento tributário, tem como efeito típico determinar o âmbito da aplicação das leis desse ordenamento a essa mesma situação. Os elementos de conexão consistem nas relações ou ligações existentes entre as pessoas, os objetos e os fatos com os ordenamentos tributários, distinguindo-se em subjetivos, se se reportam às pessoas (como a nacionalidade ou a residência) ou objetivos, se se reportam às coisas e aos fatos (como a fonte de produção ou pagamento da renda, o lugar do exercício da atividade, o lugar da situação dos bens, o lugar do estabelecimento permanente, o lugar da celebração de um contrato)<sup>382</sup>.

Todavia, através dos contratos internacionais de comércio, é possível que as partes – normalmente empresas transnacionais – alterem deliberadamente o elemento de conexão, com

<sup>379</sup> STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais de Comércio**. São Paulo: LTr, 2003, p. 32.

<sup>380</sup> BASSO, Maristela, *Op. cit.*, p. 7.

<sup>381</sup> XAVIER, Alberto. *Op. cit.*, p. 217.

<sup>382</sup> *Ibidem*, p. 218.

fins de economia de tributo. E, embora se saiba que a autonomia das partes é um dos princípios basilares dos contratos internacionais, sabe-se também que tal autonomia não é ilimitada, encontrando óbice na ordem pública, seja ela interna ou internacional.

Na explicação de Maristela Basso:

A autonomia da vontade no direito dos contratos diz respeito à liberdade que têm as partes de autorregular seus interesses, determinando o conteúdo das obrigações constituídas. No Direito Internacional Privado, tal noção admite uma concepção mais restrita, que é justamente a faculdade concedida aos indivíduos de exercer a escolha e a determinação da lei aplicável a certas relações jurídicas, considerando-se tal faculdade limitada pela observância de ordem pública e imperativas. No campo dos contratos, a autonomia da vontade se expressa na interface entre a liberdade de escolha do direito aplicável pelas partes e os limites estabelecidos pelos ordenamentos jurídicos dos Estados nos quais tais obrigações serão executadas. Assim, as limitações à autonomia da vontade das partes encontram-se justamente nas noções de ordem pública interna e internacional. A primeira diz respeito ao complexo de normas e princípios de caráter imperativo determinados pelo legislador doméstico sobre os quais são edificadas as bases do ordenamento jurídico doméstico [...] A ordem pública internacional, por sua vez, determina-se pela relação de validade e compatibilidade estabelecidas pelas normas do ordenamento jurídico de um Estado e a lei escolhida pelas partes para disciplinar o contrato entre elas celebrado<sup>383</sup>.

Logo, ao elaborarem os contratos internacionais que regerão suas obrigações, as partes têm o dever de observar a ordem pública, sob pena de incorrer em *fraude à loi*. A doutrina de *fraude à loi* foi cunhada em um célebre caso do Direito Internacional Privado: o divórcio de Bauffremont.

Em uma época em que não havia divórcio na França, a princesa e o príncipe de Bauffremont estavam apenas legalmente separados. A princesa, que era belga por nascimento e francesa por casamento, tomou a providência de se naturalizar alemã, pois na Alemanha havia uma província na qual se considerava que os católicos legalmente separados eram divorciados e, deste modo, poderiam contrair novas núpcias.

Durante o mesmo ano de sua naturalização como cidadã alemã, a princesa de Bauffremont se casou novamente, com o príncipe romeno Bibesco, o que incomodou seu ex-cônjuge. O príncipe de Bauffremont, em seguida, solicitou a anulação do ato da naturalização da princesa como cidadã alemã e, por conseguinte, do seu novo casamento. Se a sua nacionalidade alemã fosse desconsiderada, a princesa de Bauffremont estaria impedida de contrair novas núpcias, o que tornaria nulo também o seu casamento com o príncipe Bibesco.

A Corte francesa entendeu por sua incompetência para decidir a matéria da naturalização alemã e, por conseguinte, impediu que o segundo casamento produzisse efeitos naquele país; e que, mesmo que os ex-cônjuges estivessem de acordo sobre a nova situação, a

---

<sup>383</sup> BASSO, Maristela, *Op. cit.*, p. 366-367.

princesa não poderia ter se utilizado de um procedimento de naturalização para se evadir da lei francesa<sup>384</sup>.

Fixou-se, a partir deste caso emblemático, a doutrina *fraude à loi*, do Direito Internacional Privado, que permite a desconsideração de uma determinada forma, quando tenha sido utilizada com o fim exclusivo de obter tratamento jurídico mais vantajoso, de molho semelhante ao que estabelece a *sham doctrine* do Direito Internacional Tributário, nascida nos EUA, do célebre caso Gregory vs. Helvering, segundo a qual o tratamento fiscal de uma determinada transação deve se vincular à sua substância econômica, e não à forma escolhida pelos contribuintes para qualificá-la<sup>385</sup>.

Para compreender melhor como as empresas transnacionais atuam de forma a reduzir sua carga tributária em escala global, é preciso, primeiramente, entender a diferença entre elisão e evasão fiscal: enquanto a evasão fiscal (*tax evasion*) está obrigatoriamente associada à prática de atos ilícitos que violam a obrigação tributária, tais como a recusa de seu cumprimento ou a prestação de falsas declarações, a elisão fiscal internacional (*tax avoidance*) consiste na prática de atos lícitos, que são praticados pelos contribuintes, a fim de melhor organizar os seus interesses diante de uma gama de regimes fiscais e de ordenamentos jurídicos distintos<sup>386</sup>.

Em síntese, explica Alberto Xavier, a elisão fiscal é a busca por evitar a aplicação de uma determinada norma ou de conjuntos de normas, através de atos ou conjunto de atos praticados com o objetivo de impedir a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária em uma certa ordem jurídica (menos favorável) ou produzam a ocorrência deste fato gerador em um outro ordenamento jurídico (mais favorável)<sup>387</sup>.

Dois pressupostos são necessários para a ocorrência da elisão fiscal internacional, quais sejam, (a) a existência de dois ou mais ordenamentos tributários, sendo que, diante de uma determinada situação fática, um ou mais dessas ordens jurídicas se apresentam como mais favoráveis do que outro ou outros e; (b) a opção do contribuinte de escolher voluntariamente o ordenamento tributário aplicado, por sua influência voluntária na produção do fato gerador, com o fito de atrair a aplicação da lei da ordem jurídica escolhida. Esse segundo pressuposto é chamado de planejamento tributário, montagens fiscais ou engenharia fiscal<sup>388</sup>.

---

<sup>384</sup> DOLINGER, Jacob. Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Fields Of Contracts and Torts. **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, v. 283, p. 187-512, The Hague, 2000, p. 244-245.

<sup>385</sup> POSTLEWAITE, Philip F.. The Status of the Judicial Sham Doctrine in the United States. **Revenue Law Journal**, v. 15, n. 1, 2005, p. 141. Disponível em: <http://epublications.bond.edu.au/rlj/vol15/iss1/8>. Acesso em: 29 mar. 2024.

<sup>386</sup> XAVIER, Alberto, *Op. cit.*, p. 275.

<sup>387</sup> *Ibidem*.

<sup>388</sup> *Ibidem*, p. 276.

Essencialmente, a figura da elisão fiscal internacional reside na opção que o contribuinte tem de, indiretamente, eleger a ordem jurídica que será aplicável a um determinado caso concreto, através da localização de um fato (ou mais) em um determinado ordenamento jurídico, por alteração deliberada do elemento de conexão da norma de conflitos<sup>389</sup>. Em síntese – complementa Xavier – o ato ou conjunto de atos elisivos praticados no plano internacional buscam a alteração do elemento de conexão da norma de conflitos, a fim de “arrastar” a aplicação do ordenamento jurídico mais favorável ao caso concreto, seja por disposição de tratado internacional, seja por disposição do direito interno estrangeiro<sup>390</sup>.

Na elisão fiscal não há simulação, fraude ou abuso de direito, ao contrário do que ocorre com a evasão fiscal, esta sim, perpetrada por meio de atos ilícitos. Todavia, é possível que, no âmbito da elisão fiscal internacional, as partes pratiquem “negócios jurídicos indiretos”, isto é, manejem formas jurídicas típicas de direito interno ou externo, a fim de lhe garantir fins atípicos<sup>391</sup>.

Nestes casos, surge a figura da fraude à lei que, apesar de ter origem no Direito Internacional Privado, se aplica em todos os setores do ordenamento jurídico, e se traduz na busca por evitar aplicação de norma imperativa de determinada ordem jurídica, através da prática de atos que, em si mesmos, são lícitos, mas que têm o condão de atrair a aplicação de lei mais favorável às partes, por não se configurarem como pressuposto de aplicação da lei menos favorável – “fraudada”<sup>392</sup>.

Alberto Xavier aprofunda o raciocínio, discorrendo brilhantemente sobre o instituto da *fraude à lei* no Direito Internacional Privado e no Direito Tributário Internacional:

São fundas as semelhanças do instituto da fraude à lei no Direito Internacional Privado e no Direito Tributário Internacional, pois em ambos os casos o propósito de evitar a aplicação de norma imperativa se realiza perante uma alteração dos elementos de conexão que a ordem jurídica em que se integra tal norma designa como relevantes para a sua aplicação. A fuga à norma imperativa – norma proibitiva de direito privado ou norma tributária – ocorre pelo meio específico da alteração das condições de fato ou de direito de que resulta, nas relações privadas ou fiscais internacionais, a designação da ordem competente para reger dada questão. E isto precisamente porque é na medida em que as conexões das normas de conflitos (tanto do Direito Internacional Privado quanto do Direito Tributário Internacional) são situáveis ou deslocáveis por ação das partes – como tão bem ilustrou Maria Isabel Jalles – que os interessados podem influenciar voluntariamente o domicílio da pessoa física, transferindo-o, a sede da pessoa jurídica, o lugar de instalação do estabelecimento permanente, o local da produção de renda, o lugar da abertura da herança, etc.<sup>393</sup>.

---

<sup>389</sup> XAVIER, Alberto, *Op. cit.*, p. 276.

<sup>390</sup> *Ibidem*, p. 277.

<sup>391</sup> *Ibidem*, p. 278.

<sup>392</sup> *Ibidem*, p. 278-279.

<sup>393</sup> *Ibidem*, p. 279.

Diante de tal situação, surge o seguinte questionamento, comum tanto ao Direito Internacional Privado quanto ao Direito Tributário Internacional: é lícito às partes, em suas transações internacionais, modificar deliberadamente o elemento de conexão com o objetivo de atrair a aplicação da lei mais favorável, conforme seus próprios interesses<sup>394</sup>?

Conforme já mencionado, no Direito Internacional Privado, a autonomia das partes para a prática de negócios internacionais não é ilimitada, mas, do contrário, encontra seus limites no respeito à ordem pública. Assim também ocorre no Direito Tributário Internacional, pois a esfera de liberdade dos contribuintes para a prática de planejamento tributário internacional, além de esbarrar no instituto da fraude à lei, é limitada também pelas doutrinas *sham*, *business purpose* e *substance over form*, que, cunhadas diretamente de casos práticos, determinam, em síntese, que as transações internacionais devem não podem abusar de formas de direito para conseguir vantagem tributária, devem ter propósitos negociais firmes e de boa-fé, e além disso, terão sua substância econômica prioritariamente considerada, em detrimento da forma escolhida pelas partes.

Esta afirmação é, hoje, ainda mais forte com o Plano BEPS da OCDE e a harmonização de normas tributárias por ele promovida, especialmente em termos de cooperação internacional e intercâmbio automático de informações entre as autoridades fiscais dos 135 países que aderiram ao projeto, mas já em 1998 Alberto Xavier assinalava:

Da mesma forma que no Direito Internacional Privado se encontram soluções para declarar, em certos casos, ineficazes atuações que configurem a ‘fuga de uma ordem jurídica para outra’, assim também a evolução recente do Direito Tributário Internacional revela reações que contrariam a liberdade absoluta de os particulares modelarem, localizarem ou deslocalizarem as conexões relevantes para efeitos tributários<sup>395</sup>.

Frise-se, por oportuno, que a prática de planejamento tributário internacional agressivo ou abusivo por empresas transnacionais, além de prejudicar a arrecadação dos Estados Nacionais e minar a credibilidade dos sistemas tributários internos perante contribuintes de menor porte, pode acarretar em vantagens competitivas indevidas, diante da manipulação dos negócios privados para fugir de obrigações tributárias e, por conseguinte, afetar a livre concorrência no âmbito do comércio internacional, conforme será demonstrado no tópico seguinte.

---

<sup>394</sup> XAVIER, Alberto, *Op. cit.*.

<sup>395</sup> *Ibidem*, p. 280.

Cumprir pontuar, por derradeiro, que o Direito Internacional Privado pode e deve ser utilizado como uma ferramenta para correções – doutrinárias e práticas – do Direito Tributário Internacional. Em 1998, Xavier já criticava a ausência do recurso dos tributaristas internacionais aos institutos do Direito Internacional Privado, e pontuava os efeitos negativos desta ausência de pesquisa na área:

Ora, ao invés, a sua natureza de regra de conflitos permite abordá-las sob a perspectiva científica do Direito de Conflitos – e, em especial, do Direito Comum de Conflitos que é o Direito Internacional Privado. Embora, como atrás se viu, sejam fundas as diferenças entre o direito de conflitos da vida privada internacional e da vida tributária internacional, tal não obsta que esta seja examinada com o recurso ao portentoso arsenal científico, às poderosas ferramentas dogmáticas aperfeiçoadas e desenvolvidas ao longo de séculos pelo Direito Internacional Privado. Foi precisamente a ausência do recurso científico ao repositório conceitual do Direito Internacional Privado que explica a pobreza dogmática de inúmeros estudos de Direito Tributário Internacional, quando comparados com o grau de refinamento e sofisticação que o Direito tributário interno já goza nos nossos dias. Foi o não ter se explorado profundamente a teoria do elemento de conexão que explica que a problemática da localização dos fatos tributáveis e sua repercussão na determinação do âmbito de incidência das leis tenha sido relegada à condição subalterna de mero elemento espacial do tipo tributário. Foi ainda a ausência de recurso à construção científica do elemento de conexão que permite, ainda hoje, a repetitiva e simplória afirmação de um nebuloso e multifacetado princípio da territorialidade. E só essa ausência explica que a análise do fenómeno da elisão fiscal internacional não tenha sido dogmaticamente enquadrado na teoria da fraude à lei no tocante à liberdade de localização e deslocalização voluntária do elemento de conexão [...]. Pode, pois, concluir-se que uma das não menores consequências do reconhecimento de idêntica natureza de normas de conflitos às normas de delimitação e de colisão do Direito Tributário Internacional está em submetê-las – como já preconizava Dalimier – ao instrumental dogmático do Direito Internacional Privado, em tudo que com ele não se relevar incompatível<sup>396</sup>.

Num mundo globalizado de economias cada vez mais integradas, para solucionar os novos problemas sociais oriundos destes fenómenos, o recurso à interdisciplinaridade do Direito e das ciências económicas é não apenas desejado, como necessário. A mesma afirmação se aplica à necessidade de formulação de soluções – práticas e doutrinárias – por operadores do direito e pesquisadores jurídicos, através do emprego de conceitos e institutos de todos os ramos do Direito pertinentes.

A verdadeira construção do conhecimento científico começa quando, por curiosidade ou necessidade, atrevemo-nos a adentrar uma zona de conhecimento que nos é desconhecida ou desconfortável e, assumindo uma posição de humildade que é imprescindível a todo pesquisador (pois, se tivermos a arrogância de achar que sabemos de tudo, a pesquisa perde por completo seu sentido e os trabalhos se tornam uma mera repetição enfadonha do que já foi feito), passamos ao trabalho de construção de pontes de raciocínio entre as informações

---

<sup>396</sup> XAVIER, Alberto, *Op. cit.*, p. 86-87.

colhidas. É através destas pontes que os operadores do Direito passarão para encontrar novas soluções para novos problemas enfrentados pela sociedade, e que os pesquisadores que vierem depois de nós passarão para continuar este trabalho de construção científica, iluminando um pouco mais as trevas da ignorância.

O Direito Tributário Internacional não pode se dar ao luxo de operar, nos dias de hoje, sem os institutos do Direito Internacional Privado. Para se manter eficiente na atualidade da economia global, necessita das ferramentas do DIPr para a solução de seus problemas modernos, como a ausência de integração de ordenamentos tributários e a elisão fiscal internacional. E, por sua vez, o Direito Internacional Privado não pode operar desconsiderando o Direito Tributário Internacional<sup>397</sup>, pois tributação internacional é custo de transação internacional, e transação é comércio internacional.

## **5.2 Custos de transação, falhas de mercado, concorrência internacional, eficiência e comércio internacional.**

Onde houver atividade econômica, haverá também a mão do Estado para tributá-la. Os tributos são o preço que se paga pelo Estado Democrático de Direito, pela existência do Grande Leviatã que impede nosso retorno à guerra de todos contra todos que é o Estado de Natureza Hobbesiano. Por outro lado, longe das ficções legais do jusnaturalismo, não se pode negar que a tributação é, também um fardo para todos nós, e especialmente para os agentes que exercem tais atividades econômicas.

Conforme explicou Paulo Caliendo, a tributação é um considerável custo de transação, tendo o condão de influenciar, por si só, as decisões dos agentes econômicos, e funcionando como incentivo ou desestímulo no jogo do comércio, a depender do caso concreto. Diante desse cenário, a fuga da tributação é, portanto, um comportamento racional dos agentes econômicos, que sempre buscarão reduzir seus custos e maximizar seus lucros.

---

<sup>397</sup> Embora o Direito Tributário Internacional e o Direito Internacional Privado sejam ramos do direito autônomos e com objetos distintos, sendo o primeiro vinculado ao Direito Público e o segundo, notadamente, vinculado ao Direito Privado, a solução de problemas fiscais internacionais depende da aplicação de ferramentas e institutos do Direito Internacional Privado ao Direito Tributário Internacional, conforme assinalou Alberto Xavier. De modo semelhante, tendo em vista que o Comércio Internacional é um dos objetos do Direito Internacional Privado, este ramo do Direito também deve utilizar os institutos do Direito Tributário Internacional para prevenir e solucionar falhas de mercado no âmbito internacional, tais como a concorrência imperfeita. Isto porque a tributação é um custo de transação considerável nos contratos internacionais de comércio, e a evasão fiscal tem o condão de ser utilizada como estratégia comercial por determinadas empresas transnacionais, com o intuito de ganhar competitividade e eliminar concorrentes, causando distorções concorrenciais.

Sabe-se que um agente econômico que está em dia com suas obrigações tributárias possui um fardo maior para se manter competitivo no mercado do que um agente econômico que descumpra tais obrigações. A prática evasão fiscal pode, portanto, implicar na obtenção de vantagens competitivas indevidas, desequilibrando a concorrência e, por conseguinte, constituindo um ilícito concorrencial.

Os efeitos nocivos da evasão fiscal à livre concorrência são conhecidos, e determinados ilícitos tributários podem, sim, ser considerados como ilícitos concorrenciais, desde que observados os seguintes requisitos: (i) reiteração da prática invasiva; (ii) alta tributação e baixa margem de lucro do mercado afetado; (iii) aumento significativo da participação de mercado pela empresa investigada; (iv) correlação entre o aumento de participação de mercado e a prática de conduta evasiva e (v) presença de efetivo dano à concorrência<sup>398</sup>.

A relevância do tema é reconhecida por Vinícius Marques de Carvalho e Marcela Mattiuzzo. Veja-se:

Dentre os muitos possíveis efeitos da tributação na economia, vem ganhando destaque o tema concorrencial, e os eventuais impactos de distorções tributárias no ambiente competitivo. Não é por outra razão que a Constituição Federal permite que leis complementares estabeleçam critérios especiais de tributação, com o intuito de diminuir prejuízos à concorrência, conforme dispõe o art. 146-A. A ordem tributária deve sempre se atentar aos possíveis efeitos na concorrência, seja por meio das isenções e benefícios tributários ou pelo descumprimento por parte de particulares de suas obrigações fiscais<sup>399</sup>.

Sob a ótica aqui analisada, não se busca examinar a contribuição dos Estados para determinados comportamentos dos contribuintes – como a concorrência fiscal prejudicial entre os países, através da concessão de incentivos fiscais, que ficou internacionalmente conhecida como *race to the bottom*. Embora se reconheça que os Estados Nacionais também possuem sua parcela de culpa quanto à problemática da erosão das bases tributáveis e da transferência artificial de lucros, o presente estudo se volta à análise da prática de evasão fiscal por empresas transnacionais, de forma reiterada, como estratégia comercial.

Determinadas práticas de planejamento tributário agressivo são capazes de causar desequilíbrios na concorrência e, portanto, constituem ilícitos concorrenciais que devem ser abordados pela autoridade antitruste<sup>400</sup>. Em um caso de denúncia contra a empresa SYL

---

<sup>398</sup> CARVALHO, Vinicius Marques de; MATTIUZZO, Marcela. Tributação e concorrência: uma análise da evasão fiscal como ilícito concorrencial. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 9, n. 2, 15 dez. 2021. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrancia/article/view/913>. Acesso em: 06 abr. 2024.

<sup>399</sup> Ibidem, p. 51.

<sup>400</sup> Ibidem, p. 53.

Industrial Ltda, por desequilíbrio concorrencial decorrente do descumprimento de obrigações tributárias, a Secretaria de Direito Econômico manifestou-se no sentido de que as práticas evasivas “[...] acabam resultando em uma redução artificial dos custos da empresa, ou em uma ‘vantagem competitiva’ ilicitamente obtida, que viabilizam o desenvolvimento desse agente econômico em prejuízo dos concorrentes”<sup>401</sup>.

A prática de evasão fiscal e o inadimplemento reiterado de obrigações tributárias têm, inclusive, o poder de excluir do mercado aqueles concorrentes que não se engajam em tais práticas<sup>402</sup>. Ademais, a conduta pode servir como um incentivo para que outras empresas também a pratiquem, diante das vantagens competitivas que são alcançadas pelo não pagamento de tributos<sup>403</sup>.

Especialmente em mercados de alta tributação e de baixa margem de lucro, como os mercados tabagista e alcoólico, por exemplo, descumprir obrigações tributárias implica em variar significativamente o lucro e o faturamento da empresa<sup>404</sup>, o que pode ser levado em consideração pelos agentes econômicos como forma de estratégia comercial para adquirir vantagens competitivas, como uma maior participação de mercado, por exemplo<sup>405</sup>.

Vinícius Marques de Carvalho e Marcela Mattiuzzo afirmam:

A importância dessa discussão, como já destacado, reside no fato de que os tributos interferem na alocação de recursos, compõem o sistema de preços de mercado e reduzem a renda e o patrimônio de particulares. De tal modo, se a tributação for aplicada de maneira diferente sobre agentes em situações similares, um distúrbio concorrencial não apenas é possível, mas provável, tendo em vista a importância da observância ao princípio da neutralidade tributária. Considerando que os tributos representam fonte de recursos para o Estado, esses podem influir diretamente na economia, afetando o equilíbrio de mercado, mediante sua função alocativa ou distributiva. Por tudo isso, não surpreende que a preocupação com a livre concorrência esteja presente na formulação de normas tributárias, na medida em que aceitemos que a tributação per se não é concorrencialmente neutra, vez que afeta a alocação de recursos estatais. Consequentemente, práticas de evasão fiscal tendem a maximizar os efeitos concorrencialmente deletérios trazidos pelos tributos<sup>406</sup>.

O que torna a evasão tributária um ilícito concorrencial não é a mera fuga da tributação, empregar a fuga da tributação reiteradamente, como uma estratégia comercial, como, por exemplo, para reduzir os custos de operação e ganhar participação de mercado, praticar preços predatórios e até mesmo excluir agentes econômicos concorrentes, que estão em dia com suas

---

<sup>401</sup> Averiguação preliminar nº 08012.0036482005-23. Representante: Frás-LE S.A. Representada: Syl Industrial. Julgamento 11/11/2009. In: CARVALHO, Vinicius Marques de; MATTIUZZO, Marcela, *Op. cit.*, p. 57.

<sup>402</sup> *Ibidem*, p. 58.

<sup>403</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>404</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>405</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>406</sup> *Ibidem*, p. 65-66.

obrigações fiscais<sup>407</sup>. Nas palavras dos autores, a evasão fiscal implica em uma “[...] efetiva redução do custo de produção, ainda que por meios ilícitos, já que o pagamento do tributo deixa de ser um fator relevante para que a empresa leve o bem ou serviço ao mercado”<sup>408</sup>.

Igor Mauler Santiago esclarece:

Com efeito, uma empresa que se implanta em (ou se transfere para) uma jurisdição de baixa pressão fiscal muitas vezes busca não apenas o aumento de seus lucros – decorrentes do menor desembolso com tributos – mas também a possibilidade de repassar parte de tal vantagem para os seus preços, tomando mercado de suas concorrentes sujeitas à tributação ordinária<sup>409</sup>.

Um ponto interessante, trazido pela análise econômica do Direito Tributário, é que a tributação, como visto no tópico 1.2.2 do capítulo 1, é um custo de transação e, ao mesmo tempo, uma ferramenta para corrigir falhas de mercado.

Quanto ao primeiro conceito, de custo de transação, cumpre, inicialmente, explicar o Teorema de Coase. Ronald Coase foi um economista americano, professor da Universidade de Chicago e ganhador do prêmio Nobel de economia no ano de 1991. Segundo Coase, a teoria neoclássica de custos de transação considerava apenas os custos de se negociar em mercado, e incluíam somente os custos de produção e transporte. O economista sustentou que tal análise microeconômica era incompleta, e defendeu que os custos de execução e celebração de um contrato, e de administração de uma firma, também eram custos de transação<sup>410</sup>. Por sua vez, Paulo Caliendo defende que a tributação pode ser entendida como um custo de transação pois possui um papel relevante na determinação da realização do negócio jurídico, e influencia categoricamente as decisões dos agentes econômicos<sup>411</sup>.

Antes de falar sobre falhas de mercado, é preciso esclarecer o conceito econômico de eficiência. A eficiência compreende a maximização dos resultados com a menor utilização possível dos meios, tendo em vista que os recursos são escassos<sup>412</sup>. As falhas de mercado são situações nas quais a economia não consegue alocar os bens de maneira eficiente, de acordo com a vontade dos consumidores<sup>413</sup>.

<sup>407</sup> CARVALHO, Vinicius Marques de; MATTIUZZO, Marcela, *Op. cit.*, p. 66.

<sup>408</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>409</sup> SANTIAGO, Igor Mauler. A evasão fiscal e a concorrência tributária como fatores de distorção do livre mercado. **Fórum de Direito Tributário**, v. 38, p. 83-96, 2009, p. 1. Disponível em: <https://sachacalmon.com.br/wp-content/uploads/2010/09/A-evasao-fiscal-e-a-concorrencia-tributaria-como-fatores-de-distorcao-do-livre-mercado.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2024.

<sup>410</sup> SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. **Direito Tributário e análise econômica do Direito: uma visão crítica**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2009, p. 18-19.

<sup>411</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>412</sup> *Ibidem*, p. 70-71.

<sup>413</sup> *Ibidem*.

Tais falhas de mercado compreendem a competição imperfeita, as externalidades e as informações assimétricas, entre outras situações. A primeira ocorrerá quando um determinado agente econômico detém poder suficiente para impedir que outros agentes usufruam do comércio, seja através da prática de cartel, monopólio, oligopólio etc.<sup>414</sup>.

De modo mais interessante ao presente estudo, a concorrência internacional pode ser afetada pela prática de planejamento tributário internacional agressivo, pois a evasão fiscal e a elisão fiscal internacional abusiva têm o condão de conferir uma vantagem competitiva aos agentes que a praticam, mediante redução de custos de transação, vantagem esta que não está disponível às empresas transnacionais que não utilizam este recurso.

A segunda situação, isto é, a ocorrência de externalidades, diz respeito aos efeitos nocivos/colaterais de determinadas ações dos agentes econômicos. Paulo da Silveira leciona que a poluição do meio ambiente é um exemplo de externalidade<sup>415</sup>. No nosso caso, a erosão das bases tributárias e a transferência artificial de lucros (perda de arrecadação dos Estados) podem ser consideradas como externalidades decorrentes da prática de evasão fiscal internacional e de elisão fiscal internacional abusiva pelas empresas transnacionais (agentes econômicos).

Por fim, tem-se que as informações assimétricas são falhas de mercado. As informações assimétricas se referem à deficiência de informação sofrida por determinados agentes econômicos ou consumidores em relação a outros<sup>416</sup>. No caso da presente dissertação, Vinícius Marques de Carvalho e Marcela Matiuzzo afirmam que:

Os sonegadores beneficiam-se da assimetria de informações, vez que os consumidores não são capazes de identificar imediatamente o motivo ilícito que leva aos preços inferiores, o que faz com que os demais competidores também tenham que apelar para práticas evasivas e para produtos de pior qualidade para que possam se manter competitivos no mercado em questão. Para além do efeito direto de perda de qualidade, os consumidores podem também ser afetados pela diminuição da competição, já que os agentes econômicos que não desejam se engajar nos ilícitos tributários perdem cada vez mais espaço e podem, eventualmente, vir a sair do mercado<sup>417</sup>.

Tendo em vista que o comércio, seja interno ou internacional, é um complexo de relações econômicas de trocas que ocorrem no ambiente social e se guiam pelos critérios da eficiência e da justiça, as normas jurídicas possuem o condão de influenciar os resultados

---

<sup>414</sup> SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da, *Op. cit.*, p. 78.

<sup>415</sup> *Ibidem*.

<sup>416</sup> *Ibidem*.

<sup>417</sup> CARVALHO, Vinicius Marques de; MATTIUZZO, Marcela, *Op. cit.*, p. 70.

individual e coletivo de tal sistema de trocas, cabendo ao direito a tarefa de trabalhar para que essas relações econômicas ocorram com eficiência<sup>418</sup>.

Paulo da Silveira destaca que o Direito pode fazê-lo da seguinte forma:

i) corrigindo ou prevenindo as falhas de mercado (market failure), assim, por exemplo, quando o direito estabelece regras jurídicas que evitam o surgimento de monopólios ou cartéis lesivos à eficiência geral do sistema; ii) garantindo a previsibilidade e o cumprimento de promessas negociais ou iii) regulando as externalidades, ou seja, os custos que não são diretamente refletidos nos preços dos bens e que não são transferidos para terceiros de modo involuntário [...] <sup>419</sup>.

E complementa:

Preferimos entender que o Direito é um sistema modulador de eficiência e equidade de um determinado sistema social, ou seja, não é apenas um instrumento de eficiência, mas é o próprio instrumento de realização da eficiência e de sua ponderação com as exigências de igualdade e equidade<sup>420</sup>.

Pode-se se dizer, sem medo de errar, que o Plano BEPS da OCDE se propõe a cumprir esta tarefa jurídica, uma vez que tem por objetivo a uniformização de normas tributárias no plano internacional, e busca reduzir erosão das bases tributáveis e, conseqüentemente, distorções concorrenciais (falhas de mercado, ambas), garantindo a previsibilidade e a segurança das obrigações tributárias, bem como a eficiência do comércio internacional.

### 5.3 Impactos da Ação 8 do BEPS no comércio internacional de intangíveis

As Ações 8 a 10 do Plano BEPS se dedicam aos preços de Transferência. Enquanto as ações 9 e 10 abordam os riscos e capital e transações de alto risco, respectivamente, a Ação 8 do Plano BEPS se dirige à temática dos preços de transferência de intangíveis, e o capítulo VI das *Guidelines* da OCDE sobre *Transfer Pricing* para empresas transnacionais e administrações tributárias aborda, especificamente, aspectos especiais dos intangíveis, conforme estudado no Capítulo 3.

Segundo a OCDE,

A Ação 8 aborda problemas de *transfer pricing* relativos ao controle de transações envolvendo intangíveis, tendo em vista que intangíveis são móveis por definição e

---

<sup>418</sup> SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da, *Op. cit.*, p. 77.

<sup>419</sup> *Ibidem*.

<sup>420</sup> *Ibidem*.

frequentemente são de difícil valoração. A má-alocação dos lucros gerados por intangíveis valiosos contribuiu pesadamente com a erosão das bases tributáveis<sup>421</sup>.

A Organização resume o trabalho do BEPS em relação aos Preços de Transferência da seguinte forma:

O trabalho tem se concentrado em fortalecer as orientações sobre a aplicação do princípio *Arm's Length* para garantir resultados nos quais os lucros estejam alinhados com o valor criado por meio de atividades econômicas subjacentes. Este trabalho se concentrou em várias áreas-chave, tais como: transações envolvendo intangíveis, uma vez que a má alocação dos lucros gerados por ativos intangíveis valiosos tem contribuído para a erosão das bases tributárias e para a transferência artificial de lucros (BEPS); alocação contratual de riscos e a consequente alocação de lucros a esses riscos, que podem não corresponder às atividades efetivamente realizadas; o nível de retornos ao financiamento fornecido por um membro de grupo multinacional rico em capital, onde esses retornos não correspondem ao nível de atividade empreendida pela empresa financiadora; reclassificação de transações que não são comercialmente racionais; e taxas de serviço e transações de commodities<sup>422</sup>.

Cabe, agora, examinar se os esforços da OCDE e do G-20 renderam frutos no que tange ao combate à evasão fiscal através de intangíveis e, conseqüentemente, ao equilíbrio concorrencial nesta área do comércio internacional.

Até o momento em que esta pesquisa foi desenvolvida, não tenham sido encontradas estatísticas específicas sobre a evasão fiscal através de intangíveis. Segundo a própria OCDE, a falta de dados estatísticos de qualidade sobre a taxaço corporativa constitui uma grande limitação para medir os efeitos fiscais e econômicos da elisão fiscal internacional, bem como para quaisquer esforços para medir o impacto das medidas do Projeto BEPS<sup>423</sup>.

Por esta razão, a Ação 11 do BEPS se dedica ao estabelecimento de metodologias para a coleta de dados sobre os efeitos econômicos e fiscais de comportamentos elisivos e sobre o impacto das medidas propostas no Projeto BEPS<sup>424</sup>. Segundo o site da OCDE, os efeitos

<sup>421</sup> Tradução livre do trecho: “Action 8 addresses transfer pricing issues relating to controlled transactions involving intangibles, since intangibles are by definition mobile and they are often hard-to-value. Misallocation of the profits generated by valuable intangibles has heavily contributed to base erosion and profit shifting.”. OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. **Action 8-10 Transfer Pricing**. 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/actions8-10/>. Acesso em: 14 ago. 2023.

<sup>422</sup> Tradução livre do trecho: “The work has focused on strengthening the guidance on applying the arm’s length principle to ensure outcomes where profits are aligned with the value created through underlying economic activities. This work has focused on several key areas, such as: Transactions involving intangibles, since misallocation of the profits generated by valuable intangibles has contributed to BEPS; Contractual allocation of risks, and the resulting allocation of profits to those risks, which may not correspond with the activities actually carried out; The level of returns to funding provided by a capital-rich MNE group member, where those returns do not correspond to the level of activity undertaken by the funding company; Recharacterisation of transactions which are not commercially rational; and Service fees and commodity transactions.”. OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. **Frequently asked questions: What are the main revisions in transfer pricing rules?**. 2024. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/faq/>. Acesso em: 14 fev. 2024.

<sup>423</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. **Action 11 BEPS data analysis**. 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action11/>. Acesso em: 15 fev. 2024.

<sup>424</sup> Ibidem.

nefastos da evasão fiscal compreendem inclinações de mercado favoráveis às empresas transnacionais que tomam posições fiscais agressivas, o exacerbamento do endividamento corporativo, a distorção da localização de ativos intangíveis altamente móveis e o mal direcionamento do investimento estrangeiro direto<sup>425</sup>.

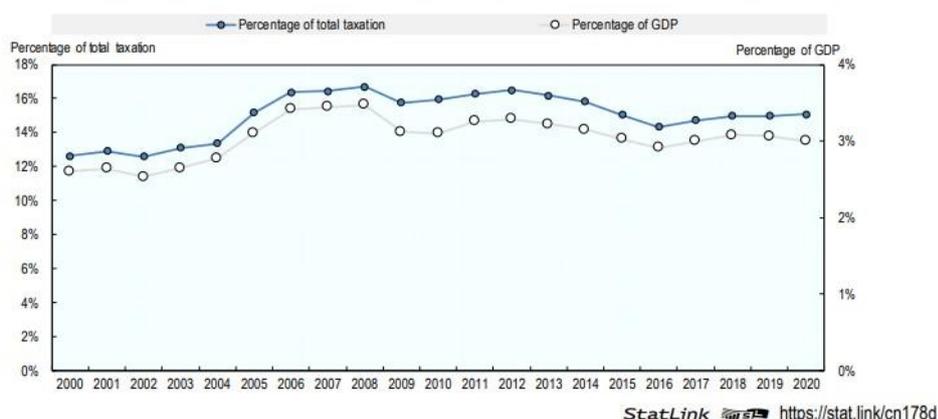
Ademais, no ano de 2015, estimava-se que o custo da elisão fiscal internacional praticada por empresas transnacionais estaria entre 100 e 240 bilhões de dólares estadunidenses, o que equivaleria ao percentual de 4 a 10% da receita global de imposto de renda corporativo<sup>426</sup>.

A OCDE disponibiliza dados gerais, que apontam para um sucesso discreto em relação às ambições da Organização no combate à erosão das bases tributáveis e à transferência artificial de lucros.

Por exemplo, a pesquisa *Corporate Tax Statistics* de 2023, disponibilizada pela Organização, demonstra que, no ano de 2020, as receitas tributárias corporativas equivalem ao total de 15.1% na receita tributária geral dos países. Além disso, constatou-se que, naquele ano, a parcela das receitas tributárias corporativas correspondia a, em média, 3% do Produto Interno Bruto das 116 jurisdições avaliadas, conforme o gráfico abaixo<sup>427</sup>:

Figura 5: Média das receitas tributárias corporativas como uma porcentagem do total tributário e como uma porcentagem do PIB.

Figure 1.1. Average corporate tax revenues as a percentage of total tax and as a percentage of GDP



Fonte: OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. *Corporate Tax Statistics* 2023. OCDE, 21 nov. 2023.

<sup>425</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. *Op. cit...*

<sup>426</sup> *Ibidem*.

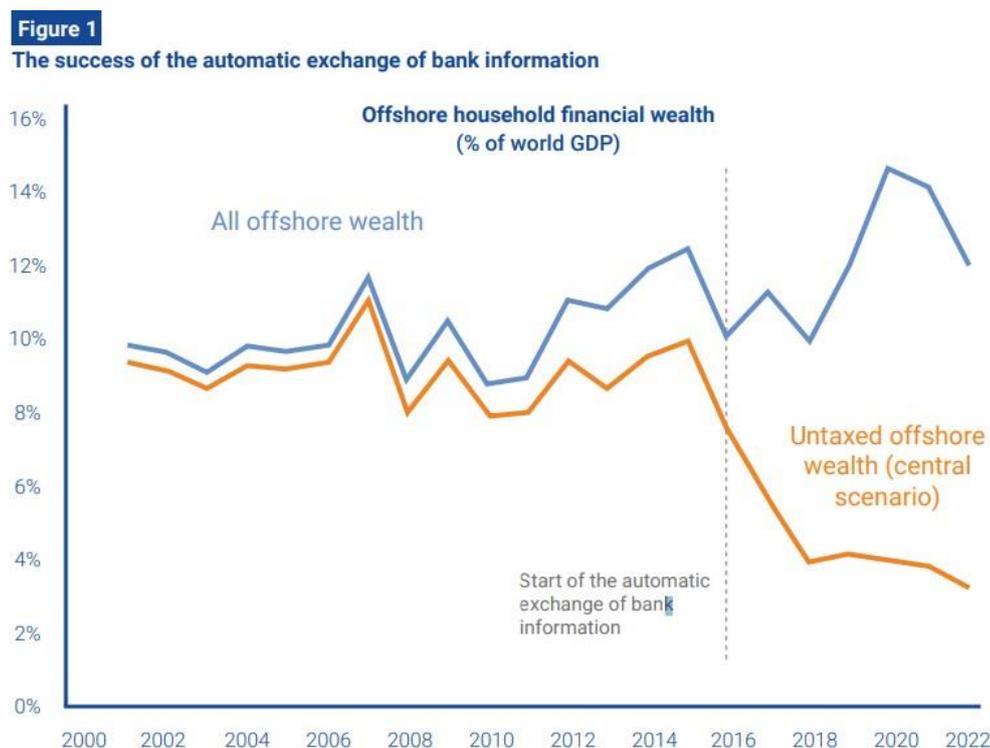
<sup>427</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. **Corporate Tax Statistics 2023**. OCDE, 21 nov. 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/corporate-tax-statistics-database.htm>. Acesso em: 15 fev. 2024.

O estudo demonstrou, ainda, que em cerca de 15 jurisdições, as receitas tributárias corporativas equivaliam, no ano de 2020, a mais de um quarto das receitas tributárias totais<sup>428</sup>.

Uma constatação de maior relevância para a presente pesquisa – que aborda a análise econômica da tributação internacional – foi a de que as receitas tributárias corporativas são movidas pelo ciclo econômico. Entre os anos de 2000 e 2020, a média de receitas tributárias corporativas como um percentual do PIB dos países atingiu seu pico em 2008, em 3.5%, declinando para 3.1% em 2009 e 2010, o que demonstra o impacto gerado pela crise econômica de 2008<sup>429</sup>.

O observatório tributário da União Europeia (*EU Tax Observatory*), por sua vez, divulgou pesquisa no ano de 2024, que mediu o progresso do intercâmbio internacional automático de informações bancárias nos níveis de evasão fiscal além-mar, tendo sido constatado que a evasão fiscal internacional diminuiu após a implementação da medida. Veja-se<sup>430</sup>:

Figura 6: O sucesso do intercâmbio automático de informações bancárias.



Fonte: EU TAX OBSERVATORY, *Op. cit.*.

<sup>428</sup> Ibidem.

<sup>429</sup> OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. *Op. cit.*.

<sup>430</sup> EU TAX OBSERVATORY. **Global Tax Evasion Report 2024**. Disponível em: [https://www.taxobservatory.eu/www-site/uploads/2023/10/global\\_tax\\_evasion\\_report\\_24.pdf](https://www.taxobservatory.eu/www-site/uploads/2023/10/global_tax_evasion_report_24.pdf). Acesso em: 16 fev. 2024.

A pesquisa salienta, no entanto, que apesar do progresso acima ilustrado e dos esforços ambiciosos das políticas públicas, a evasão fiscal internacional permanece alta. Segundo o senso, isto ocorre pois ainda é possível ter ativos financeiros que escapam à declaração, seja porque as instituições financeiras não estão em conformidade com as normas que regem a matéria, seja porque o sistema de troca de informações bancárias é limitado. Ademais, nem todos os ativos financeiros são alcançados pelo intercâmbio internacional automático de informações bancárias, e a pesquisa demonstrou que alguns indivíduos – que costumavam transferir seus lucros para bancos offshore – passaram a explorar tais lacunas, transferindo investimentos para ativos não cobertos pelo intercâmbio internacional automático de informações bancárias, principalmente imóveis<sup>431</sup>.

Do mesmo modo, o senso do Observatório Tributário da União Europeia constatou que, ainda na atualidade, há um montante relevante e persistente de lucros sendo transferido para paraísos fiscais, sem que seja possível notar quaisquer efeitos das políticas internacionais de combate à evasão fiscal<sup>432</sup>.

Em 2022, cerca de um trilhão de dólares americanos foram transferidos para paraísos fiscais, o que representa cerca de 35% dos lucros das empresas transnacionais transferidos ao exterior. Esta situação, por sua vez, implica em uma perda de arrecadação tributária sobre receitas corporativas, no percentual de 10% das receitas tributárias corporativas coletadas globalmente, e as empresas transnacionais americanas são responsáveis por 40% da transferência global de lucros<sup>433</sup>.

Em síntese, o estudo demonstra que mesmo após o lançamento e a implementação do Plano BEPS da OCDE, a erosão das bases tributáveis e a transferência artificial de lucros por empresas transnacionais para paraísos fiscais persiste. O problema, aliás, é não apenas persistente, como cresce em números e importância. Veja-se<sup>434</sup>:

---

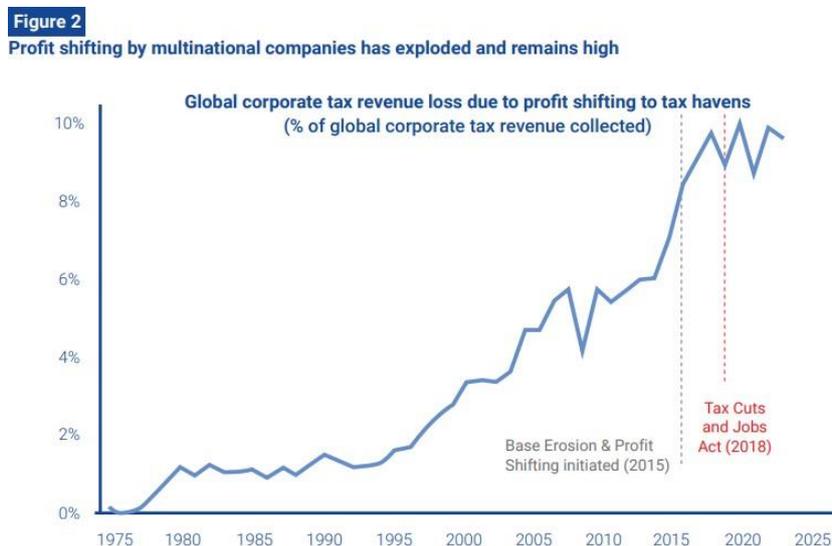
<sup>431</sup> EU TAX OBSERVATORY, *Op. cit.*

<sup>432</sup> *Ibidem.*

<sup>433</sup> *Ibidem.*

<sup>434</sup> *Ibidem.*

Figura 7: A Transferência de lucros pelas empresas transnacionais explodiu e permanece alta.



Fonte: EU TAX OBSERVATORY, *Op. cit.*

Segundo as conclusões da pesquisa do *EU Tax Observatory*, embora o Projeto BEPS da OCDE tenha ocasionado apenas mudanças marginais, o percentual de transferência de lucros para paraísos fiscais parece ter estagnado em 10% do valor global das receitas tributárias corporativas; e os esforços da Organização não foram em vão, pois, sem eles, é possível que estes números da evasão fiscal internacional estivessem ainda mais altos<sup>435</sup>.

O Relatório da *International Fiscal Association (IFA)*, firmado através do congresso da associação ocorrido no Rio de Janeiro, no ano de 2017, concluiu que o Plano BEPS da OCDE e do G-20 desenvolveu regras tributárias internacionais operacionais complexas, desenvolveu infraestrutura para modificar uma rede global de tratados bilaterais sobre a renda, e construiu um novo sistema tributário internacional, pautado em transparência e cooperação. Mais do que isso, o fez com expertise e celeridade extraordinárias<sup>436</sup>.

Apesar de o documento consignar que as Ações 8 a 10 do Projeto BEPS, que versam sobre Preços de Transferência, foram consideradas prioridade pela OCDE e buscaram obrigar contribuintes e administrações tributárias a serem mais rigorosos com suas análises sobre preços

<sup>435</sup> EU TAX OBSERVATORY, *Op. cit.*

<sup>436</sup> CHRISTIANS, Allison; SHAY, Stephen E.. Assessing BEPS: Origins, Standards, and Responses. *In: CAHIERS DE DROIT FISCAL INTERNATIONAL*, International Fiscal Association, 2017, Rio de Janeiro Congress (General Report, 102A), Netherlands, 2017. Disponível em: <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/33139067/102A-GenReport.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 16 fev. 2024.

de transferência<sup>437</sup>, o relatório conclui que ainda é cedo para avaliar se o BEPS foi bem ou mal-sucedido<sup>438</sup>.

No que tange às *guidelines* do BEPS sobre Preços de Transferência de Intangíveis (Ação 8), Yariv Brauner afirma que o trabalho desenvolvido pela OCDE implica na adoção de novos conceitos, cuja implementação será custosa e implicará em litígios e insegurança jurídica. O professor da Universidade da Flórida alerta, no entanto, que muitos destes custos serão provenientes do Projeto BEPS em si, e não dos seus últimos relatórios sobre *Transfer Pricing*<sup>439</sup>.

Segundo Brauner, o trabalho da OCDE se concentrou na preservação do princípio *Arm's Length* como base das análises de preços de transferência, mesmo diante de evidências de fragilidade deste critério para transações envolvendo intangíveis. Com isso, o BEPS acabou por criar um ambiente de auditoria fiscal destinada a todos, o que é desafiador para muitas empresas transnacionais, em muitos países. Em síntese, Brauner acredita que o regime de preços de transferência instituído pela OCDE no bojo do BEPS alcançou pouco sucesso substancial<sup>440</sup>.

As análises de Yariv Brauner casam com as conclusões das estatísticas da OCDE e do EU Tax Observatory: mesmo com grandes esforços, o BEPS não implicou em grandes impactos sobre a evasão fiscal internacional. Todavia, conforme já salientado, o trabalho da OCDE conseguiu estagnar a evasão fiscal em um patamar de 10% sobre o montante global de receitas tributárias corporativas.

É possível conceber que, não fosse o trabalho realizado pela Organização, a erosão das bases tributáveis e a transferência artificial de lucros estariam hoje em níveis muito mais alarmantes, prejudicando o comércio internacional e o equilíbrio da livre concorrência entre os agentes econômicos. Logo, o Projeto BEPS e seus impactos, ainda que apenas marginais, constituem passos em prol da regulação do comércio internacional, através das lentes da análise econômica do direito.

O avanço da tecnologia na era da globalização econômica e as oportunidades para a evasão fiscal internacional que dele surgem faz sobressair a necessidade por soluções rápidas, atualizadas e criativas. A iniciativa da OCDE, mesmo que não tenha solucionado por completo a erosão das bases tributáveis, fez surgir um foro para discutir a problemática e trabalhar, dia após dia, em soluções para combatê-la.

---

<sup>437</sup> Ibidem.

<sup>438</sup> Ibidem.

<sup>439</sup> BRAUNER, Yariv. Changes? BEPs, Transfer Pricing for Intangibles, and CCAS. In: GLOBAL TRANSFER PRICING CONFERENCE, 2016 (Proceedings) Forthcoming, University of Florida Levin College of Law Research Paper n. 16-14. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2744730>. Acesso em: 16 fev. 2024.

<sup>440</sup> Ibidem, p. 29.



## 6 CONCLUSÃO

As análises feitas na presente pesquisa demonstraram que a tributação internacional é um custo de transação nos contratos internacionais de comércio, sendo um peso relevante e considerado pelos agentes econômicos na hora de decidir celebrar – ou não – uma transação internacional.

Constatou-se que a fuga da tributação em transações internacionais, ou através de transações internacionais, além de ser um problema arrecadatário para os Estados Nacionais, é também um problema para o comércio internacional. Isto porque algumas empresas transnacionais utilizam a evasão fiscal e/ou a elisão fiscal agressiva como estratégia comercial, utilizando o “respiro” causado pelo não pagamento de tributos, ou pelo menor pagamento de tributos, como uma forma de ganhar espaço no mercado, praticar preços predatórios e, inclusive, de eliminar competidores.

Verificou-se que os ativos intangíveis, oferecem oportunidades para a evasão fiscal internacional, tendo contribuído com a problemática da erosão das bases tributáveis e da transferência artificial de lucros para países de tributação mais favorecida, em razão de duas características principais: a sua fluidez, isto é, mobilidade através das fronteiras nacionais em questão de segundos e, ainda, as dificuldades existentes na sua valoração, seja pelo alto grau de inovação, seja por ser um intangível altamente personalizado, entre outros fatores.

Quanto à questão dos preços de transferência, verificou-se que uma das formas mais comuns de praticar planejamento tributário internacional agressivo é através da manipulação de preços de tais transações, subestimando-os ou supervalorizando-os. Tratando-se de transações internacionais entre empresas transnacionais pertencentes ao mesmo grupo econômico, é evidente que tais operações não se sujeitam ao controle das forças de livre mercado, e podem ter suas condições deliberadamente alteradas pelas partes, a fim de transferir o produto da atividade econômica, perpetrada em um país de maior tributação, para uma empresa associada cujo domicílio corresponde a um país de tributação mais favorecida ou, até mesmo, a um paraíso fiscal.

Por conseguinte, a Ação 8 do Plano BEPS da OCDE abordou considerações especiais sobre preços de transferência e intangíveis. Através deste instrumento, a Organização promoveu a integração de normas tributárias no plano internacional. Foi possível concluir que o trabalho realizado pela OCDE se enquadrou na categoria de integração denominada de uniformização, tendo em vista que a Organização impôs um texto único a todos os 135 países que aderiram ao Plano BEPS.

Em síntese, as *guidelines* da OCDE sobre preços de transferência de intangíveis traçam critérios e diretrizes para que a alocação de lucros da atividade econômica se dê, de fato, no mesmo local onde o valor foi criado, através de uma análise documental rigorosa das transações controladas envolvendo intangíveis.

Segundo as orientações, cabe às administrações tributárias o exame minucioso dos ativos utilizados, das funções desempenhadas e dos riscos assumidos pelas empresas transnacionais envolvidas na transação, com vistas ao desenvolvimento, à melhoria, à manutenção, à proteção e/ou à exploração de intangíveis.

Embora as administrações fiscais devam analisar, também, as disposições dos contratos internacionais de direito privado, as *guidelines* afirmam que é possível que as cláusulas contratuais sejam desconsideradas pelas autoridades fiscais, caso tais disposições contratuais se mostrem pouco razoáveis em termos negociais, de modo que a OCDE privilegia a realidade sobre a forma e a aplicação do Princípio *Arm's Length*, sendo este último, especialmente, o verdadeiro norte das análises de preços de transferência.

Concluiu-se que problemas globais – tais como a erosão das bases tributáveis e seus respectivos efeitos nefastos – demandam soluções igualmente globais, e, além disso, interdisciplinares. Verificou-se que o Direito Internacional Privado e o Direito Tributário Internacional, embora sejam ramos autônomos e com objetos visivelmente distintos, possuem entre si diversos pontos de intersecção.

Mais do que isso, constatou-se inclusive que é gritante a necessidade de utilização das ferramentas do Direito Internacional Privado, tais como, por exemplo, o instituto da *fraude à loi* e a integração de normas internacionais, para que se alcance a construção de um Direito Tributário Internacional uniforme, efetivo e, principalmente, pleno em segurança jurídica tanto para as administrações tributárias quanto para os contribuintes que, nesse contexto, são empresas transnacionais.

Do mesmo modo, constatou-se, à luz do movimento da análise econômica do direito (*Law and Economics*), que é preciso que as Organizações Internacionais – como a OCDE, por exemplo, – e os Estados Nacionais manejem o Direito Tributário Internacional como uma ferramenta para evitar e corrigir falhas de mercado, isto é, externalidades, assimetria de informações e, principalmente, a concorrência imperfeita causada por distorções competitivas oriundas da prática de evasão fiscal internacional, a fim de garantir a prosperidade e o equilíbrio do comércio internacional, que, por sua vez, é um dos objetos de estudo do Direito Internacional Privado.

Verificou-se que o Plano BEPS da OCDE, a despeito de suas ambições iniciais, não causou impactos substanciais no combate à fuga da tributação. A evasão fiscal internacional permanece alta, e os dados sobre seus impactos através de transações controladas envolvendo o uso ou a transferência de ativos intangíveis ainda são praticamente inexistentes, mesmo que uma década tenha se passado desde o início do Projeto BEPS. Apesar disso, foi possível concluir, da análise de dados estatísticos, que os esforços da OCDE não foram em vão.

Além de ter estagnado o nível da evasão fiscal internacional, o Plano BEPS constituiu o primeiro passo em um longo caminho para a solução de problemas fiscais no global, como a erosão das bases tributáveis e a transferência artificial de lucros, bem como para a solução de suas consequências para o desenvolvimento saudável do comércio internacional.

Não há dúvidas de que a OCDE fez história no Direito Internacional Privado e no Direito Tributário Internacional, pois liderou o que se pode chamar de maior projeto de integração jurídica internacional de normas tributárias já realizado, e com expertise e celeridade notáveis.

Verificou-se que problemas ocasionados pelo avanço da tecnologia demandam soluções rápidas e criativas, mas simultaneamente seguras e estáveis. A segurança jurídica das relações tributárias – seja no plano interno ou internacional – é importante tanto para as administrações tributárias quanto para os contribuintes e, além disso, o combate à evasão fiscal internacional demanda vigilância e cooperação internacional e constantes, tendo este último aspecto sido um dos pontos mais fortes do Plano BEPS.

Apesar disso, constatou-se que ainda há escassez de dados estatísticos específicos sobre os níveis de evasão fiscal internacional decorrentes do desvirtuamento dos preços de transferência em transações controladas envolvendo o uso ou a transferência de intangíveis. Diante desta realidade, não se pode deixar de concluir pela necessidade de realização de mais pesquisas que abordem preços de transferência de intangíveis e, principalmente, seus efeitos no comércio internacional.

É preciso, ainda, trabalhar o relacionamento entre fiscos e contribuintes no plano internacional. De um lado, embora não se possa permitir a evasão fiscal internacional e seus efeitos nocivos ao comércio internacional, também não se pode permitir o abuso de poder, a flexibilização do princípio da legalidade tributária – conquista tão importante para o Estado Democrático de Direito – e a exigência de posições morais de agentes econômicos. A moralidade é um conceito fluído, que varia conforme a localização geográfica e o tempo histórico e é, por conseguinte, completamente inoponível às relações tributárias.

Apesar de ainda haver muito a ser feito, não se pode deixar de concluir que a OCDE, através do plano BEPS, estabeleceu-se como um foro para a discussão de tais problemas e de suas possíveis soluções, levantando os alicerces para a construção de um sistema tributário internacional mais efetivo, seguro e justo.

## REFERÊNCIAS

AYUB, Carlos; ROTTA, Gustavo; MOTTA, Paulo. **Novas regras de preços de transferência e o impacto sobre empresas brasileiras**. Deloitte, 2024. Disponível em: <https://www2.deloitte.com/br/pt/pages/audit/articles/regras-preco-transferencia.html>. Acesso em: 16 jan. 2024.

AXELROD, Robert; KEOHANE, Robert O.. **Archieving Cooperation Under Anarchy: Strategies and Institutions**. Cambridge University Press, 1985.

BAPTISTA, Luís Olavo. **Empresa Transnacional e Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1938.

BARFORD, Vanessa; HOLT, Gerry. **Google, Amazon, Starbucks: the rise of tax shaming**. BBC News, 21 may 2013. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/magazine-20560359>. Acesso em: 25 set. 2023.

BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto. Os desafios do planejamento tributário internacional na era pós-BEPS. *In*: CARVALHO, Paulo de Barros (org.). **XIII Congresso Nacional de Estudos Tributários – IBET**. São Paulo: Noeses, 2016.

BARZA, Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro. A ideia de Comércio Internacional e suas implicações para o Direito Internacional. **Caderno de Relações Internacionais – Faculdade Damas**, Recife, v. 4, n. 6, 2013.

BARZA, Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro; GUIMARÃES, Marcelo César. A atuação empresarial transnacional: conceitos, formas de atuação, efeitos e perspectivas para a regulamentação. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife – UFPE**, Recife, 2015.

BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2020.

BLUE-SKY *In*: Cambridge Dictionary. Cambridge: Cambridge University Press & Assessment, 2024. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/us/dictionary/english/blue-sky>. Acesso em: 20 mar. 2024.

BRASIL [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 20 mar. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977**. Altera a legislação do imposto sobre a renda. Brasília: 1977. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del1598.htm#:~:text=DECRETA%3A,as%20alterações%20deste%20Decreto-lei](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1598.htm#:~:text=DECRETA%3A,as%20alterações%20deste%20Decreto-lei). Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.596, de 14 de junho de 2023**. Dispõe sobre regras de preços de transferência relativas ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e à

Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL); altera as Leis nºs 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 12.973, de 13 de maio de 2014, e 12.249, de 11 de junho de 2010; e revoga dispositivos das Leis nºs 3.470, de 28 de novembro de 1958, 4.131, de 3 de setembro de 1962, 4.506, de 30 de novembro de 1964, 8.383, de 30 de dezembro de 1991, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 12.715, de 17 de setembro de 2012, 12.766, de 27 de dezembro de 2012, e 14.286, de 29 de dezembro de 2021, e do Decreto-Lei nº 1.730, de 17 de dezembro de 1979. Brasília: 2023. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2023-2026/2023/lei/114596.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/114596.htm). Acesso em: 20 mar. 2024.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. **Instrução Normativa RFB nº 2161, de 28 de setembro de 2023**. Dispõe sobre os preços de transferência a serem praticados nas transações efetuadas por pessoa jurídica domiciliadas no Brasil com partes relacionadas no exterior e dá outras providências. Brasília: 2023. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=133782>. Acesso em: 16 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Enunciados de Súmulas do STJ**. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/jurisprudencia/tematica/download/SU/Verbetes/Verbetes\\_STJ\\_asc.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/tematica/download/SU/Verbetes/Verbetes_STJ_asc.pdf). Acesso em: 20 mar. 2024.

BRAUNER, Yariv. Changes? BEPs, Transfer Pricing for Intangibles, and CCAS. *In: GLOBAL TRANSFER PRICING CONFERENCE, 2016 (Proceedings) Forthcoming*, University of Florida Levin College of Law Research Paper n. 16-14. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2744730>. Acesso em: 16 fev. 2024.

BUKOSKI, Camila; SILVA, Elcio Domingues da. Bens digitais: aquisição e transmissão de riqueza virtual. **Revista Aporia Jurídica**, v. 1, n. 19, 2023. Disponível em: <https://www.phantomstudio.com.br/index.php/aporiajuridica/article/view/2646>. Acesso em: 20 mar. 2023.

CÂMARA, Heloísa Fernandes. O estrangeiro como inimigo. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, v. 8, n. 8, Curitiba, jul/dez. 2008. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/dint/issue/view/799>. Acesso em: 06 abr. 2024.

CARVALHO, Vinicius Marques de; MATTIUZZO, Marcela. Tributação e concorrência: uma análise da evasão fiscal como ilícito concorrencial. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 9, n. 2, 15 dez. 2021. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/913>. Acesso em: 06 abr. 2024.

CASTRO, Thales. **Teoria das Relações Internacionais**. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2012.

CHAND, Vikram; ELLIFFE, Craig. The Interaction of Domestic Anti-Avoidance Rules with Tax Treaties in the Post – BEPS and Digitalized World. **Bulletin for International Taxation**, abril/may 2020.

CHRISTIANS, Allison; SHAY, Stephen E.. Assessing BEPS: Origins, Standards, and Responses. *In: CAHIERS DE DROIT FISCAL INTERNATIONAL*, International Fiscal

Association, 2017, Rio de Janeiro Congress (General Report, 102A), Netherlands, 2017. Disponível em: <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/33139067/102A-GenReport.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 16 fev. 2024.

COSTA, Cynara de Barros. **A verdadeira Lex Mercatoria: o direito além do Estado: um estudo sobre as antigas e novas teorias da Lex Mercatoria.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.

DANON, Robert J. The PPT in the Post-BEPS Tax Treaty Law: it is a GAAR but just a GAAR! **Bulletin for International Taxation**, april/may 2020.

DAVIES, David R. **Principles of International Double Taxation Relief.** London: Sweet & Maxwell, 1985.

DIAS JÚNIOR, Antônio Augusto Souza. Intangíveis e Preços de Transferência: vedações e necessidade de controle. **Revista de Direito Tributário Internacional Atual**, [S. l.], n. 7, p. 52–70, 2020. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTIAtual/article/view/1156>. Acesso em: 20 mar. 2024.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: parte geral.** Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

DOLINGER, Jacob. Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Fields Of Contracts and Torts. **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, v. 283, p. 187-512, The Hague, 2000, p. 244-245.

DOONAN, Jacqueline; HARO, Ramón López de. **Cost Contribution Arrangements.** Deloitte, nov. 2015. Disponível em: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/us/Documents/Tax/us-tax-beps-changes-transfer-pricing-cost-contribution-arrangements.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2024.

ERNST & YOUNG. **2010 Global Transfer Pricing Survey: addressing the challenges of globalization.** Londres, 17 fev. 2010. Disponível em: <https://pt.slideshare.net/slideshow/2010-global-transfer-pricing-survey/6776501>. Acesso em: 25 nov. 2023.

EU TAX OBSERVATORY. **Global Tax Evasion Report 2024.** Disponível em: [https://www.taxobservatory.eu/www-site/uploads/2023/10/global\\_tax\\_evasion\\_report\\_24.pdf](https://www.taxobservatory.eu/www-site/uploads/2023/10/global_tax_evasion_report_24.pdf). Acesso em: 16 fev. 2024.

FERNANDES, Rodrigo Mineiro. Notas introdutórias sobre o direito aduaneiro e sua relação com o direito tributário. *In: Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário*, vol. 5, n. 26. São Paulo: IOB, 2015.

FORNASIER, Matheus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não estatais. **Revista de Direito Internacional**, v. 12, n. 1, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/3303>. Acesso em: 06 abr. 2024.

GERSEN, Jacob E.; HEMPHILL, C. Scott. The Coca-Cola Bottle: a fragile vessel for building a brand. **NYU Law and Economics Research Paper** n. 23-12, New York, sep.

2022. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4232437](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4232437). Acesso em: 20 mar. 2024.

GOPINATH, C; PRASAD, Anshuman. Toward a critical framework for understanding MNE operations: revisiting Coca-Cola's exit from India. **SAGE Journals**, v. 20, n. 2, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/1350508412440350>. Acesso em: 13 dez. 2023.

GUIMARÃES, Marcelo César. **Carteis internacionais: desafios e perspectivas para a internacionalização do direito da concorrência**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, 2017.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. 1. ed. São Paulo: Editora Rideel, 2005.

JÚNIOR, Janary. Sancionada lei com novo marco legal para preços de transferência. **Agência Câmara de Notícias**, 15 jun. 2023. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/971794-sancionada-lei-com-novo-marco-legal-para-precos-de-transferencia/>. Acesso em: 10 ago. 2023.

KLÜNDER, Thorben. Wha tis Rechtsgemeinschaft?. **Perspectives**, Max Planck Law, Frankfurt, 7 sep. 2020, p. 1. Disponível em: [https://intr2dok.vifa-recht.de/servlets/MCRFileNodeServlet/mir\\_derivate\\_00013357/Perspectives%20-%20Thorben%20Kl%C3%BCnder%20-%20What%20is%20Rechtsgemeinschaft.pdf](https://intr2dok.vifa-recht.de/servlets/MCRFileNodeServlet/mir_derivate_00013357/Perspectives%20-%20Thorben%20Kl%C3%BCnder%20-%20What%20is%20Rechtsgemeinschaft.pdf). Acesso em: 22 jan. 2024.

MARINHO, Aliete Rodrigues. Breves notas sobre os processos de harmonização, uniformização e unificação do Direito do Comércio Internacional. **Jus Scriptum – Boletim do Núcleo de estudantes luso-brasileiros da Faculdade de Direito de Lisboa**, v. 2, n. 4, jul./ago./set. 2006 p. 32-38. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjkkITS9oOFAxWsqZUCHdbVC7MQFnoECA4QAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.internationaljournaloflaw.com%2Findex.php%2Frevista%2Farticle%2Fdownload%2F29%2F13&usg=AOvVaw1ZDbbSdoOGFbNTMRMwvjHe&opi=89978449>. Acesso em: 20 mar. 2024.

MASUKO, Ana Clarissa. Direito Tributário Internacional – elementos de conexão no comércio exterior de serviços e intangíveis. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 113, jan./dez. 2018, p. 227-250.

MAZZA, Alexandre. **Vade Mecum Tributário**. 20 ed.. São Paulo: Rideel, 2018.

MCGEE, Robert W. An ethical look at paying your “fair share” of taxes. **Journal of Accounting, Ethics & Public Policy**, v. 2, n. 2, 1999, p. 318-328. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.242549>. Acesso em: 06 abr. 2024.

MCGEE, Robert W. **How to determine your "fair share" of taxes. Ask Chat GPT**. Fayetteville State University, 8 abr. 2023. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/369972326\\_How\\_to\\_Determine\\_Your\\_Fair\\_Share\\_of\\_Taxes\\_Ask\\_ChatGPT](https://www.researchgate.net/publication/369972326_How_to_Determine_Your_Fair_Share_of_Taxes_Ask_ChatGPT). Acesso em: 06 abr. 2024.

MÉLO, Luciana Grassano de Gouvêa; PIMENTEL, João Otávio Martins. O plano de ação BEPS e as mudanças de paradigmas na tributação. **Revista Acadêmica da Faculdade de**

**Direito do Recife**, v. 88, n. 2, Recife, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/index.php/ACADEMICA/article/view/12099>. Acesso em: 07 abr. 2024.

MENEZES, Carla Cristina Costa de. **A influência da harmonização e da uniformização do Direito Internacional Privado sobre a autonomia da vontade na escolha da lei aplicável aos contratos internacionais**. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/17434/1/TESE%20-%20CCCM.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2024.

MESSIAS, Adriano Luiz Batista. Preços de transferência no Planejamento Tributário Internacional – Perspectiva sob a ótica da Teoria das Provas. **Revista de Direito Tributário Internacional Atual**, [S. l.], n. 9, p. 36–70, 2021. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTIAtual/article/view/1297>. Acesso em: 20 mar. 2024.

MUZELLEC, Laurent. What is in a name change? Re-joycing Corporate Names to Create Corporate Brands. **Corporate Reputation Review**, v. 8, n. 4, 2006, pp. 305–321. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/233677702\\_What\\_is\\_in\\_a\\_Name\\_Change\\_Re-Joycing\\_Corporate\\_Names\\_to\\_Create\\_Corporate\\_Brands](https://www.researchgate.net/publication/233677702_What_is_in_a_Name_Change_Re-Joycing_Corporate_Names_to_Create_Corporate_Brands). Acesso em: 13 mar. 2023.

NASCIMENTO, Carlos Eduardo do. **O comércio de bens intangíveis no mercado virtual e a problemática de sua tributação**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <https://bdtd.ucb.br:8443/jspui/bitstream/123456789/395/1/Carlos%20Eduardo%20do%20Nascimento.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2023.

NOONAN, Chris; PLEKHANOVA, Victoria. Compliance Challenges of the BEPS Two-Pillar Solution. **British Tax Review**, issue 5, dec. 2022. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4323926](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4323926). Acesso em: 20 mar. 2023.

OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. **Action 8-10 Transfer Pricing**. 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/actions8-10/>. Acesso em: 14 ago. 2023.

OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. **Action 11 BEPS data analysis**. 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action11/>. Acesso em: 15 fev. 2024.

OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. **Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports**. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 05 out. 2015. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/aligning-transfer-pricing-outcomes-with-value-creation-actions-8-10-2015-final-reports-9789264241244-en.htm>. Acesso em: 14 ago. 2023.

OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. **Corporate Tax Statistics 2023**. OCDE, 21 nov. 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/corporate-tax-statistics-database.htm>. Acesso em: 15 fev. 2024.

OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. **Frequently asked questions: What are the main revisions in transfer pricing rules?**. 2024. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/faq/>. Acesso em: 14 fev. 2024.

OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. **Guidance for Tax Administrations on the Application of the Approach to Hard-to-Value Intangibles - BEPS Actions 8-10**. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD: Paris, 2018. Disponível em: [www.oecd.org/tax/beps/guidance-for-tax-administrations-on-the-application-of-the-approach-tohard-to-value-intangibles-BEPS-action-8.pdf](http://www.oecd.org/tax/beps/guidance-for-tax-administrations-on-the-application-of-the-approach-tohard-to-value-intangibles-BEPS-action-8.pdf). Acesso em: 06 abr. 2024.

OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. **International collaboration to end tax avoidance**. 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/>. Acesso em: 26 mar. 2023.

OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. **Multinational enterprises in the global economy: heavily debated but hardly measured**. May 2018. Disponível em: <https://www.oecd.org/industry/ind/MNEs-in-the-global-economy-policy-note.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2023.

OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. **OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022**. Paris: OCDE Publishing, 2022. Disponível em: [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022\\_0e655865-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022_0e655865-en#page1). Acesso em: 26 nov. 2023.

OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. **Outcome Statement on the Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy**. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 11 July 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/outcome-statement-on-the-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-july-2023.pdf>. Acesso em: 27 set. 2023.

OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. **What is BEPS?**. 2024. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/faq/>. Acesso em: 04 abr. 2023.

OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. **What is BEPS?: history of the G20 & BEPS**. 2024. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/about/#history>. Acesso em: 21 set. 2023.

PINTO, Rodrigo Alexandre Lázaro. BEPS 2.0: breves considerações sobre a abordagem unificada proposta pela OCDE. **Revista Tributária e de Finanças Públicas - RTrib**, v. 146, n. 28, 2021, p. 218. Disponível em: <https://rtrib.abdt.org.br/index.php/rftp/article/view/367>. Acesso em: 20 mar. 2024.

POSTLEWAITE, Philip F.. The Status of the Judicial Sham Doctrine in the United States. **Revenue Law Journal**, v. 15, n. 1, 2005, p. 141. Disponível em: <http://epublications.bond.edu.au/rlj/vol15/iss1/8>. Acesso em: 29 mar. 2024.

ROCHA, Sérgio André. Direito Internacional Tributário: das origens ao contexto atual. **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**, v. 17, n. 102, Belo Horizonte, p. 51-77, nov./dez. 2019. Disponível em: [http://www.sarocha.com.br/wp-content/uploads/2020/02/Direito-Tributário-Internacional\\_Origens.pdf](http://www.sarocha.com.br/wp-content/uploads/2020/02/Direito-Tributário-Internacional_Origens.pdf). Acesso em: 07 abr. 2024.

ROCHA, Sérgio André. **Tributação Internacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

ROLIM, João Dácio. Is There Any International Fundamental Right Against an International General Anti-avoidance Rule? *In*: VAN BREDEKRODE, Robert F. (ed.). **Ethics and Taxation**. Singapore: Springer, 2020.

SANTIAGO, Igor Mauler. A evasão fiscal e a concorrência tributária como fatores de distorção do livre mercado. **Fórum de Direito Tributário**, v. 38, p. 83-96, 2009. Disponível em: <https://sachacalmon.com.br/wp-content/uploads/2010/09/A-evasao-fiscal-e-a-concorrenca-tributaria-como-fatores-de-distorcao-do-livre-mercado.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2024.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Preços de Transferência no Direito brasileiro**. São Paulo: Dialética, 2013.

SCHMIDTKE, Richard; SIDHER, Sajeev. **Hard-to-value Intangibles**. Deloitte, nov. 2015. Disponível em: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/us/Documents/Tax/us-tax-beeps-changes-transfer-pricing-hard-to-value-intangibles.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2022.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. **Direito Tributário e análise econômica do Direito**: uma visão crítica. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2009.

SOUZA, Bruno Nepomuceno de. Os Preços de Transferência e Intangíveis no Contexto de um Suposto Sistema Tributário Internacional. **Revista Direito Tributário Atual**, [S. l.], n. 29, p. 94–113, 2013. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1770>. Acesso em: 20 mar. 2024.

STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais de Comércio**. São Paulo: LTr, 2003.

THE ECONOMIST. **The missing \$20 trillion**: how to stop companies and people dodging tax, in Delaware as well as Grand Cayman. 16 feb. 2013. Disponível em: [https://www.economist.com/leaders/2013/02/16/the-missing-20-trillion?utm\\_medium=cpc.adword.pd&utm\\_source=google&ppccampaignID=19495686130&ppcadID=&utm\\_campaign=a.22brand\\_pmax&utm\\_content=conversion.direct-response.anonymous&gclid=Cj0KCQjwj5mpBhDJARIsAOVjBdoOP4fFoteJQf6XJBpUovMHv0qHdSPDhNghsUaiLos4dqJ7PXdqNGIaAuY6EALw\\_wcB&gclidsrc=aw.ds](https://www.economist.com/leaders/2013/02/16/the-missing-20-trillion?utm_medium=cpc.adword.pd&utm_source=google&ppccampaignID=19495686130&ppcadID=&utm_campaign=a.22brand_pmax&utm_content=conversion.direct-response.anonymous&gclid=Cj0KCQjwj5mpBhDJARIsAOVjBdoOP4fFoteJQf6XJBpUovMHv0qHdSPDhNghsUaiLos4dqJ7PXdqNGIaAuY6EALw_wcB&gclidsrc=aw.ds). Acesso em: 20 mar. 2024.

THORSTENSEN, Vera Helena *et. al.*. Sistemas de Regulação do Comércio Internacional em confronto: o marco dos Estados e o marco das Transnacionais. **Revista Política Externa**, v. 21, n. 4, abr./maio/jun. 2013. Disponível em: <https://ieei.unesp.br/portal/wp-content/uploads/2013/05/Politica-Externa-21-04-Vera-Thorstensen.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2024.

THORSTENSEN, Vera Helena; MATHIAS, Maria Isabel da Cunha. A OCDE e a questão do transfer pricing. **Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas**, Working Paper Series, São Paulo, nov. 2019. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/d70f9356-f063-4a46-9d44-bb11a568888c/content>. Acesso em: 06 abr. 2024.

THORSTENSEN, Vera; NOGUEIRA, Thiago Rodrigues São Marcos (coord.). **Brasil a caminho da OCDE: explorando novos desafios**. São Paulo: VT Assessoria Consultoria e Treinamento Ltda., 2020.

TORRES, Ricardo Lobo. **Planejamento tributário: elisão abusiva e evasão fiscal**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2013.

UNIDROIT – International Institute for the Unification of Private Law. **Digital Assets and Private Law**. 2021. Disponível em: <https://www.unidroit.org/work-in-progress/digital-assets-and-private-law/>. Acesso em: 10 out. 2022.

VAN WEEGHEL, Stef. **The improper use of Tax Treaties: with particular reference to the Netherlands and the United States**. Series on International Taxation. 1 ed. The Hague: Kluwer Law International, 1998.

WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações**. São Paulo: Cultrix, 1999.

WHITE, Gina. Intellectual Property—Trade Secret Law—Is the Arkansas Supreme Court Following Other Jurisdictions Down the Wrong Road in Analyzing Combination Trade Secrets? *Wal-Mart Stores, Inc. v. P.O. Market, Inc.*, 347 Ark. 651, 66 S.W.3d 620 (2002). **University of Arkansas at Little Rock Law Review**, v. 25, n. 2, 2003. Disponível em: <https://lawrepository.ualr.edu/lawreview/vol25/iss2/12/>. Acesso em: 04 mar. 2024.

WINTER, Luís Alexandre Carta; NASSIF, Rafael Carmezim. A atuação das empresas transnacionais nos países emergentes: desenvolvimento nacional à luz da ordem econômica constitucional. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS**, v. 11, n. 1, Porto Alegre, 2016. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/58862>. Acesso em: 07 abr. 2024.

XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

YEH, Brian T.. Protection of Trade Secrets: overview of current law and legislation. **Congressional Research Service**, sep. 2014. Disponível em: <https://sgp.fas.org/crs/secretary/R43714.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2024.

ZAKHAROV, Katya Assaf. Trademark Law: a semiotic perspective. **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, v. 4, n. 9, 2009. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2644632](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2644632). Acesso em: 05 mar. 2024.