



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA E OS ATIVOS INTANGÍVEIS
UMA BREVE ANÁLISE SOB A ÓTICA DA OCDE E DO BRASIL**

Alyson Octavio Paredes

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2023



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA E OS ATIVOS INTANGÍVEIS
UMA BREVE ANÁLISE SOB A ÓTICA DA OCDE E DO BRASIL**

Alyson Octavio Paredes

Orientador: Professor Doutor João Sérgio Feio Antunes Ribeiro

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2023

Resumo

A globalização e a conseqüente queda das barreiras geográficas e alfandegárias têm fomentado um considerável aumento no número de grupos econômicos multinacionais. Devido à relação existente entre as empresas pertencentes a um mesmo grupo, é comum que as operações realizadas nesse contexto tenham características próprias, não observadas nas operações entre empresas não relacionadas. Tais divergências se dão, em grande parte, em razão do objetivo em comum das empresas relacionadas em obterem vantagens econômicas nas suas operações, como uma redução dos encargos tributários. Faz-se necessário, assim, um controle por parte da administração fiscal dos países envolvidos em tais operações intragrupo, tendo como objetivo o combate à evasão fiscal. As regras sobre preços de transferência se propõem a, através de uma série de critérios, fazer uma análise comparativa entre as transações realizadas entre entidades relacionadas e aquelas realizadas entre sujeitos não relacionados, de modo a avaliar se os preços praticados nas primeiras correspondem aos preços praticados no mercado, ou se se tratam de preços fictícios, destinados à obtenção de uma vantagem econômica. Quando tais operações dizem respeito a bens corpóreos, o controle dos preços de transferência tem uma maior base comparativa, uma vez que basta avaliar o preço pelo qual o mesmo ativo, ou um equivalente, está sendo negociado entre sujeitos não relacionados. Por outro lado, quando se trata de ativos intangíveis, como patentes e o *know-how*, a sua precificação é dificultada pelo caráter singular de tais bens, o que dificulta a análise do preço de transferência por métodos comparativos. Nesse sentido, o Plano de Ação 8 do BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) busca lidar com a problemática, estabelecendo um conjunto de diretrizes destinadas a facilitar essa avaliação por parte das administrações fiscais ao redor do globo. A sua recomendação é de que seja adotada uma abordagem com base na substância econômica da transação e na contribuição para a criação de valor do intangível. Com isso, o que se busca é evitar a erosão da base tributária, ao impedir a transferência artificial de lucros como prática evasiva. Far-se-á, além disso, uma breve análise comparativa quanto ao cenário dos preços de transferência no Brasil e no âmbito da OCDE, diante do recente pedido de adesão do país à organização.

Palavras-chave: Preços de Transferência, Intangíveis, OCDE, BEPS, Brasil.

Abstract

Globalization and its consequent downfall of both geographic and custom barriers has been promoting a considerable increase in the number of multinational enterprises. Due to the relationship between entities who belong to the same economic groups, it's common that the transactions in which those partake, in this context, have their own characteristics, which are not observed in transactions carried out by non-related entities. Those differences exist, for the most part, due to the common interest shared by the related entities of obtaining an economic advantage, such as the reduction of the tax burden. This situation demands, therefore, a control by the tax authorities of the countries involved in such intragroup transactions, aiming to combat tax evasion. The transfer pricing rules commit to, through a series of criteria, make a comparative analysis between the transactions carried out by related entities and those carried out by unrelated ones, so they can determine if the prices charged in the former are equivalent to those commonly charged in the competitive market, or if they're artificial prices, established with the intention of obtaining an economic advantage. When intragroup transactions involve tangible assets, the transfer pricing control has a bigger comparative basis, since it's simple to assess the market price of an identical, or at least similar asset. On the other hand, when it involves intangible assets, such as patents and know-how, its pricing is hampered by the unique quality of such assets, which makes it harder to define their transfer price through comparative methods. In this regard, BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) action plan 8 seeks to deal with this issue, establishing a collection of guidelines set out to make this evaluation easier for tax authorities around the globe. Its recommendation is the adoption of an approach based on the economic substance of the transaction and on the contribution to the creation of value for the intangible. Therefore, the aim is to avoid the erosion of tax bases by stopping the artificial transfer of profits as an evasive practice. Besides that, a brief comparative analysis between the transfer pricing rules of Brazil and those of OECD will be done, following the recent request made by the Brazilian government to join the organisation.

Key-words: Transfer Pricing, Intangibles, OECD, BEPS, Brazil.

Sumário

Lista de siglas e abreviaturas.....	1
Introdução	2
1. PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA NA OCDE E NO BRASIL: CONCEITO, MÉTODOS E ASPECTOS IMPORTANTES.....	5
1.1. O conceito de preços de transferência.....	5
1.2. O princípio <i>arm's length</i>	9
1.3. Outros conceitos relevantes à temática	13
1.4. Os métodos de determinação dos preços de transferência	14
1.4.1. Método do preço comparável de mercado (CUP).....	14
1.4.2. Método do custo majorado (CPM).....	15
1.4.3. Preço de revenda menos lucro (RPM).....	16
1.4.5. Método do fracionamento do lucro (PSM).....	18
1.4.6. Método da margem líquida da operação (TNMM)	19
1.5. Preços de transferência no Brasil e suas divergências com a OCDE	19
1.6. A recente adequação do Brasil ao regime dos preços de transferência da OCDE	24
2. OS ATIVOS INTANGÍVEIS – CONCEITO, VALORAÇÃO E PROPRIEDADE.....	27
2.1. O conceito de ativos intangíveis.....	27
2.2. A valoração de ativos intangíveis.....	30
2.3. A identificação da propriedade sobre os ativos intangíveis	34
3. PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA DE ATIVOS INTANGÍVEIS: O ATUAL PANORAMA FISCAL E POSSÍVEIS SOLUÇÕES	36
3.1. O BEPS e a Ação de número 8	36
3.2. Considerações acerca dos métodos mais adequados à determinação dos preços de transferência dos ativos intangíveis.....	38
Conclusão.....	41
Referências bibliográficas	44

Lista de siglas e abreviaturas

BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
CPM	Cost Plus Method
CSLL	Contribuição Sobre o Lucro Líquido
CUP	Comparable Uncontrolled Price Method
CIRC	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
DEMPE	Development, Enhancement, Maintenance, Protection and Exploitation
HTVI	Hard to Value Intangibles
IRPJ	Imposto Sobre a Renda das Pessoas Jurídicas
MNE	Multinational Enterprise
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
P&D	Pesquisa e Desenvolvimento
PSM	Profit Split Method
RFB	Receita Federal do Brasil
RPM	Resale Price Method
TNMM	Transactional Net Margin Method

Introdução

O atual cenário de globalização e crescentes avanços tecnológicos tem levado a um aumento significativo no comércio global e na transferência de ativos entre entidades situadas em diferentes lugares do mundo. Nesse contexto, os ativos intangíveis, como as patentes, *software* e *know-how*, desempenham um papel cada vez mais importante na economia moderna, uma vez que são fundamentais na criação de valor para as empresas, permitindo a diferenciação, inovação e vantagem competitiva no mercado, podendo ainda ser responsáveis por aumentar a eficiência operacional e gerar fluxos de receita significativos.

Os ativos intangíveis são caracterizados por não possuírem substância física, mas, apesar disso, serem dotados de valor econômico. Por sua própria natureza singular e imaterial, tais ativos são, muitas vezes, difíceis de ser avaliados e mensurados de maneira objetiva, o que gera dificuldades para as próprias empresas, na área contábil e para as autoridades tributárias, na área fiscal.

Quando são realizadas transações entre entidades relacionadas, ou seja, empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico, se impõe a necessidade de que seja feita uma análise dos preços de transferência, de modo a verificar, à luz das diretrizes estabelecidas pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) se os preços praticados em tais transações estão alinhados com os preços praticados no mercado, evitando-se, assim, a transferência fictícia de lucros entre as empresas.

Essa transferência fictícia de lucros tem como objetivo final a evasão fiscal, de modo que uma entidade situada em uma jurisdição fiscal de maior tributação dos rendimentos transfira parte do seu lucro para entidade relacionada, localizada em jurisdição de menor tributação – ou mesmo de não tributação – dos rendimentos empresariais, obtendo, assim, uma vantagem fiscal ilícita.

Dificuldade maior se impõe quando os ativos transacionados entre entidades relacionadas são intangíveis. Isso porque o critério-base estabelecido pela OCDE para a análise dos preços de transferência é o chamado princípio *arm's length*, segundo o qual

deve-se, sempre que possível, comparar o preço praticado na transação entre entidades relacionadas com aquele praticado nas condições normais de concorrência do mercado, desde que sejam similares os bens transacionados.

Como se pode imaginar, os intangíveis, em sua maioria, são ativos singulares, criados pelo intelecto humano, e não fabricados, como é a regra para os ativos tangíveis. Assim, não é comum que os ativos intangíveis sejam satisfatoriamente comparáveis entre si para que se possa aplicar o princípio *arm's length* de maneira eficiente. Muitos deles, inclusive, têm como característica determinante do seu valor o fato de serem únicos, ou mesmo secretos, o que torna ainda mais difícil a comparação.

Além disso, a dificuldade na valoração de tais ativos, deflagrada pela imprevisibilidade de seus frutos econômicos futuros, bem como da sua depreciação, configura grande dificuldade na determinação do preço de mercado a ser utilizado como parâmetro para se avaliar os preços de transferência.

Diante desse quadro, é certo que os preços de transferência de ativos intangíveis têm sido uma questão complexa e controversa no campo tributário internacional, principalmente devido à falta de consenso sobre a forma correta de avaliar e quantificar o valor desses ativos. As administrações fiscais preocupam-se, nesse sentido, com a possibilidade de as empresas manipularem os preços de transferência de ativos intangíveis para transferir lucros para jurisdições de baixa tributação, resultando em perda de receita tributária.

Nesse contexto, muitos países têm desenvolvido regras e diretrizes específicas para regulamentar os preços de transferência de ativos intangíveis, a fim de garantir a transparência, a equidade fiscal e a minimização dos riscos de evasão fiscal. A OCDE desempenha um papel importante na definição de diretrizes e melhores práticas para a determinação dos preços de transferência de ativos intangíveis.

No entanto, apesar dos esforços para estabelecer padrões internacionais, os preços de transferência de ativos intangíveis continuam sendo um assunto desafiador e sujeito a interpretações divergentes. A complexidade decorre da natureza intrínseca dos ativos intangíveis, que muitas vezes são únicos, difíceis de avaliar e cujo sucesso econômico é altamente volátil, sendo facilmente impactado pelo contexto econômico e mercadológico em que está inserido.

O presente trabalho se debruçará, portanto, sobre este tema, abordando, em seu primeiro capítulo, a temática dos preços de transferência, trazendo conceitos-chave, como o *arm's length*, bem como um apanhado geral acerca dos principais métodos previstos para a investigação dos preços de transferência. Far-se-á, além disso, e ainda neste contexto, uma breve análise comparativa entre o regime brasileiro e aquele previsto pela OCDE, diante da recente adequação do país às normas da referida organização.

No segundo capítulo, trataremos dos ativos intangíveis, apresentando seu conceito, suas principais características e, com isso, os principais desafios que tais ativos impõem à temática dos preços de transferência, quais sejam, a sua dificuldade de valoração e a trabalhosa identificação do seu proprietário, para fins de alocação dos lucros tributáveis.

Por fim, no terceiro capítulo, será tratada a temática dos preços de transferência envolvendo ativos intangíveis, fazendo-se uma análise dos principais desafios impostos às administrações fiscais nesse sentido, e as possíveis soluções previstas pela OCDE, nomeadamente através do Plano de Ação nº 8 do BEPS. Será identificado, além disso, qual método de investigação dos preços de transferência melhor se adequa aos ativos intangíveis, com considerações e críticas a seu respeito.

1. PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA NA OCDE E NO BRASIL: CONCEITO, MÉTODOS E ASPECTOS IMPORTANTES

1.1. O conceito de preços de transferência

Observa-se, na atualidade, uma forte integração econômica entre os Estados, possibilitada não só pelo fenômeno da globalização, que derruba as barreiras geográficas e alfandegárias, mas também pelos constantes avanços tecnológicos, que inovam, quase que diariamente, as formas de se fazer negócios e permitem uma movimentação de ativos cada vez mais rápida e menos burocrática. Tal conjuntura proporciona, como é óbvio, a internacionalização dos negócios, contribuindo para um aumento no número de grupos econômicos multinacionais (*multinational enterprises* – MNE's), na medida em que facilita a realização de transações em escala global¹.

Na esfera fiscal, isso significa a possibilidade de transferência dos lucros auferidos entre entidades inseridas em um mesmo grupo econômico, de modo que tais lucros sejam realocados a entidades relacionadas, situadas em jurisdições fiscais nas quais os encargos tributários incidentes sobre os rendimentos empresariais sejam menores.

Essa transferência, como se pode inferir, se dá de maneira indevida, por meio da manipulação dos preços de transferência. Assim, ao transacionarem bens ou serviços, as entidades relacionadas buscam manipular o preço praticado em tais transações, fugindo dos preços praticados no mercado, de modo que os rendimentos obtidos por uma das entidades, situada em jurisdição fiscal de maior tributação, seja embutido no preço e, assim, implicitamente transferido para outra entidade, situada em jurisdição fiscal de menor tributação, escapando, assim, ao encargo fiscal ao qual estaria sujeita, não fosse pela transferência indevida de lucros².

¹ MARQUES, T. A., Guimarães, T. M., & Peixoto, F. M. “A concentração acionária no Brasil: análise dos impactos no desempenho, valor e risco das empresas.” *Revista de Administração Mackenzie*, (2015), pp. 100-133.

² SOUZA, B. N. “Os Preços de Transferência e Intangíveis no Contexto de um Suposto Sistema Tributário Internacional”. *Revista Direito Tributário Atual*, [S. l.], n. 29, (2013) pp. 97-98.

As transações realizadas entre entidades relacionadas diferem, por natureza, daquelas realizadas entre empresas não relacionadas em um ponto essencial: a convergência de interesses. Quando duas entidades não relacionadas – e, com isso, deve-se entender entidades que não fazem parte de um mesmo grupo econômico – efetuam uma transação, como a de compra e venda, os seus interesses são divergentes. Isso porque, aquela que compra um bem, quer comprá-lo pelo menor preço possível e, aquele que o vende, quer vendê-lo pelo maior preço possível – dentro das possibilidades do mercado, é claro –, uma vez que o objetivo-fim da atividade empresarial é a obtenção de lucro.

Por outro lado, quando as entidades envolvidas em uma dada transação são relacionadas, não há divergência de interesses, uma vez que, abstraindo-se de uma análise microeconômica de cada estrutura societária individualizada, e levando-se em consideração o patrimônio do grupo econômico, o interesse de ambas as entidades é que o grupo econômico de que fazem parte aufera lucro. Não há benefício, portanto, na prática dos preços de mercado no âmbito das transações relacionadas, o que abre margem para a manipulação destes visando à obtenção de lucro, contribuindo para a erosão das bases tributárias dos países envolvidos na operação³.

Surge, diante disso, a necessidade de controle e fiscalização dos preços de transferência, de modo a preservar as bases tributárias e impedir a indevida realocação de lucros entre jurisdições. Nesse sentido, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) tem um papel fundamental, ao propor diretrizes a serem adotadas e incorporadas ao ordenamento jurídico, não só dos seus Estados-membro, mas de qualquer Estado que assim queira⁴, no que concerne à política fiscal internacional.

Destaca-se, a este propósito, que Portugal é membro fundador da OCDE, tendo adotado suas recomendações quanto à temática dos preços de transferência e as

³ SOUZA, B. N. “Os Preços de Transferência e Intangíveis no Contexto de um Suposto Sistema Tributário Internacional”. *Revista Direito Tributário Atual*, [S. l.], n. 29, (2013) p. 98.

⁴ Vale lembrar, a título de exemplo, que embora o Brasil ainda não seja membro da OCDE, A Lei nº 9.430/96, que trata da temática dos preços de transferência no país, foi baseada na abordagem da OCDE, conforme consignado em sua exposição de motivos: BRASIL. Câmara dos Deputados. Exposição de Motivos do Projeto de Lei nº 2448 de 1996. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1132081&filename=Dossie+-PL+2448/1996 p. 115. Acesso em: 28/05/2023.

incorporado em seu Código do Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (CIRC), sobretudo em seu artigo 63º.

Com relação aos preços de transferência, a OCDE estabeleceu que, sendo observada transação interestatal entre entidades com relação especial⁵, cujo preço diverja daquele praticado nas condições normais do mercado, ou seja, por entidades não relacionadas, caberá o ajuste de tais preços pela autoridade tributária, de modo a substituir o preço manipulado com vistas à redução da carga tributária por aquele que deveria ser efetivamente atribuído à transação, considerando-se, para tanto, o preço normalmente utilizado no mercado, em transações não controladas⁶.

Nesse sentido, diante da probabilidade de que as entidades relacionadas manipulem os preços de transferência, vez que não se submetem às pressões do mercado, se faz necessária a aplicação de regras que visem evitar tal prática evasiva. Para tanto, (i) as entidades relacionadas devem ser tratadas como independentes; (ii) as disposições contratuais entre tais partes só devem ser consideradas caso estejam de acordo com a substância econômica da transação e (iii) os preços devem ser comparados com aqueles praticados por entidades independentes, nas condições normais do mercado⁷.

Importante mencionar que os ajustes ao lucro tributável, realizados pela autoridade tributária, quando são observados preços de transferência desalinhados com o padrão do mercado, podem ocasionar dupla tributação. Suponha-se que as empresas A e B, integrantes de um mesmo grupo econômico e domiciliadas em jurisdições fiscais diferentes, realizem uma transação, na qual a empresa A transfira, por meio dos preços de transferência adulterados, seu lucro para a empresa B, localizada em jurisdição fiscal de baixa tributação.

Ao aplicar as regras dos preços de transferência e constatar a transferência indevida de lucros, a autoridade tributária do país onde A está localizada ajustará o preço de tal transação, de modo a tributar a empresa A pelo lucro desviado. Ocorre, no

⁵ O CIRC, em seu art. 63º, nº 4, prevê as hipóteses em que se considera que haja relação especial entre duas entidades, determinando que essa relação será observada quando houver o exercício de poder, direto ou indireto, de uma delas sobre as decisões de gestão da outra.

⁶ OCDE. Convenção Modelo (2017). Art. 9. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/treaties/articles-model-tax-convention-2017.pdf> Acesso em: 04/06/2023.

⁷ RIBEIRO, J. S. (org.); Bianco, J. F.; Santos, R. T. “Transfer Pricing Dispute Resolution in Brazil” in “Preventing and Resolving Tax Treaties and Transfer Pricing Disputes”. *Escola de Direito da Universidade do Minho* (2018), pp. 106-107.

entanto, que o país onde está localizada a empresa B poderá já ter tributado o mesmo rendimento, indevidamente transferido pela empresa A, ou mesmo pode discordar do ajuste realizado pelo país onde A se encontra estabelecida⁸. Com isso, é gerado o risco de dupla tributação internacional.

De modo a solucionar tal problemática, o art. 9º, parágrafo segundo, da Convenção Modelo OCDE⁹, bem como o art. 63, nº 13 e 14 do CIRC, propõem a realização de ajustes correlativos pela autoridade tributária do segundo Estado – ou seja, aquele que não realizou o primeiro ajuste – de modo a excluir da matéria coletável a porção do rendimento que fora incluída na tributação da empresa situada no primeiro Estado por meio do ajuste dos preços de transferência.

Convém destacar, entretanto, que os preços de transferência nem sempre são definidos pelas entidades relacionadas de maneira abusiva, com vistas à prática de evasão fiscal. É plenamente possível que os preços de transferência sejam por elas adotados por motivos de ordem contratual, comercial ou concorrencial, e não necessariamente fiscal. Apesar disso, ainda que se constate não haver manipulação dos preços de transferência, estando estes desalinhados com o preço de mercado (o preço *arm's length*, que será visto a seguir), caberá o controle e ajuste por parte da autoridade tributária¹⁰.

Feito este panorama geral sobre os preços de transferência, passamos a analisar como a autoridade tributária define o preço padrão do mercado, a ser utilizado como base comparativa para a investigação dos preços de transferência, bem como quais são os métodos utilizados para a determinação de tais preços.

⁸ TING, A.. “Intangibles and the Transfer Pricing Reconstruction Rules: A Case Study of Amazon” *British Tax Review, Issue 3* (2020), p. 321.

⁹ Convenção Modelo OCDE 2017 art. 9, §2º: “Where a Contracting State includes in the profits of an enterprise of that State — and taxes accordingly — profits on which an enterprise of the other Contracting State has been charged to tax in that other State and the profits so included are profits which would have accrued to the enterprise of the first-mentioned State if the conditions made between the two enterprises had been those which would have been made between independent enterprises, then that other State shall make an appropriate adjustment to the amount of the tax charged therein on those profits. In determining such adjustment, due regard shall be had to the other provisions of this Convention and the competent authorities of the Contracting States shall if necessary consult each other.”

¹⁰ ZILVETI, F. A. (coord.); Ferraz, R. (editor); Ribeiro, J. S. “Gestão Centralizada de Tesouraria (Cash Pooling) e Preços de Transferência” in “Revista Direito Tributário Atual”. *Instituto Brasileiro de Direito Tributário*, Volume 35 (2016), p. 252.

1.2. O princípio *arm's length*

O princípio *arm's length* foi adotado pela OCDE como diretriz norteadora da atuação das autoridades tributárias quando se trata de preços de transferência, sendo utilizado por aproximadamente 124 países¹¹. Seu objetivo é garantir a equidade e a transparência nas transações internacionais, consagrando sempre as práticas do mercado competitivo como o padrão a ser seguido, de forma que as entidades relacionadas, subsidiárias ou entidades pertencentes a um mesmo grupo econômico devam adotar os mesmos critérios utilizados por entidades independentes na definição do preço de suas transações.

Tal princípio busca evitar, assim, que as entidades relacionadas promovam a transferência de bens a preços artificiais, visando à obtenção de uma vantagem fiscal indevida, com a redução da carga tributária¹². Quando duas entidades relacionadas transacionam, como já visto, não há a divergência de interesses, que é determinante para a adoção das práticas comuns de mercado, de modo que podem vir a ser praticados preços que não condizem com a realidade do mercado. Diante disso, o princípio *arm's length* exige que, nas transações realizadas entre partes relacionadas, os preços sejam estabelecidos como se partes independentes fossem.

Em outras palavras, a relação entre as entidades deve ser desconsiderada, e o preço adotado deve ser o mesmo praticado no mercado em transações semelhantes não controladas, ou seja, transações realizadas por entidades sem qualquer vínculo.

De modo a garantir a aplicação do princípio *arm's length*, muitos países determinam que as empresas relacionadas demonstrem documentalmente que suas transações intragrupo foram realizadas em conformidade com os preços praticados no mercado em condições normais de livre concorrência. Essa documentação de preços de transferência permite que as autoridades fiscais tenham uma base mais precisa para

¹¹ EY (2019), EY Worldwide Transfer Pricing Reference Guide. Ernst & Young Global Limited, (p.2). Disponível em: https://www.ey.com/en_gl/tax-guides/worldwide-transfer-pricing-reference-guide-2020
Acesso em: 24/05/2023.

¹² EDEN, L. "The Arm's Length Standard Is Not the Problem". *Bloomberg Tax – Tax Management International Journal* (2019). p.2.

avaliar a adequação dos preços praticados¹³. No ordenamento jurídico português, esta previsão está contida no art. 63, n.º 6 e 7 do CIRC.

Embora o princípio *arm's length* ainda tenha grande importância no âmbito da tributação internacional, sua inadequação a certas transações vem se mostrando cada vez mais latente, o que tem gerado críticas. Isso porque, a depender da espécie de transação e do bem transacionado, encontrar transações comparáveis e dados confiáveis de mercado pode ser desafiador, ou mesmo impossível. Além disso, a equiparação entre multinacionais e empresas independentes para fins de aplicação do princípio pode levar a incongruências.

Essas dificuldades práticas observadas na aplicação do princípio *arm's length*, como a inexistência de situações comparáveis, favorecem a manipulação dos preços de transferência. Nesse sentido, nos países em desenvolvimento, por exemplo, a aplicação do *arm's length* é prejudicada pelo número mais limitado de empresas no mercado interno, e a conseqüente reduzida quantidade de operações passíveis de serem utilizadas como base comparativa. Tal cenário, aliado a uma autoridade tributária com menos investimento e preparo técnico, coaduna para a ocorrência de evasão fiscal por meio da prática da manipulação dos preços de transferência, o que, em última análise, contribui para a perpetuação do subdesenvolvimento destes Estados, pela erosão de suas bases tributárias.

Outra crítica que se faz ao princípio diz respeito à incomparabilidade entre as empresas multinacionais e aquelas que atuam no âmbito de um Estado. O *arm's length* pretende considerar cada entidades participante de um grupo econômico de maneira individualizada, à luz do princípio *separate entity*¹⁴, entendendo que as transações realizadas por cada uma delas, individualmente, devem guardar semelhança com aquelas realizadas por empresas independentes. É certo, entretanto, que essa semelhança objetivada pela OCDE é uma mera ficção, e gera incongruências.

As características intrínsecas a uma empresa que faz parte de um grupo econômico multinacional as distanciam muito daquelas que atuam em apenas um Estado. A escala de negócios e transações é muito maior para uma multinacional, de

¹³ OCDE. “*Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation – Actions 8-10: 2015 Final Reports*”, Paris: OECD Publishing, (2015), p. 11.

¹⁴ SOUZA, B. N. “Os Preços de Transferência e Intangíveis no Contexto de um Suposto Sistema Tributário Internacional”. *Revista Direito Tributário Atual*, [S. l.], n. 29, (2013), p. 102.

modo geral. Evidencia esse quadro o fato de que uma nova filial de uma multinacional já estabelecida no mercado tem vantagens não observadas por novas empresas independentes. Diante disso, a comparação entre ambas e a tributação dos lucros por elas obtidos sob os mesmos parâmetros iria de encontro com a igualdade pretendida pelo *arm's length*.

Ao considerar o lucro individualizado de cada entidade integrante de um mesmo grupo econômico, o princípio *arm's length* deixa de levar em conta que parte dos lucros é obtida pela sinergia entre as entidades¹⁵, isto é, caso fossem independentes, tais entidades não teriam os mesmos lucros que obtém ao integrar um grupo econômico, pois parte de tais lucros resultam justamente dos chamados *synergistic profits*, ou seja, lucro proveniente da atuação em conjunto das empresas que formam o grupo econômico.

A desconsideração de tais lucros contribui para o entendimento de que as entidades que fazem parte de um mesmo grupo econômico são inseparáveis umas das outras. Não se pode pretender que o isolamento das mesmas, para fins de tributação à luz do princípio *arm's length*, não vá gerar inconsistências práticas, uma vez que as condições e características que diferenciam uma multinacional de uma empresa independente somente podem ser desconsideradas hipoteticamente – tal como as condições de ar e pressão, nos experimentos científicos – mas, na realidade, existem e produzem efeitos.

Além disso, o *arm's length* tem sua aplicação e eficácia limitados quando se trata de certas transações. As transações que envolvem ativos intangíveis, como será melhor explorado adiante, bem como ativos e serviços altamente especializados, não são facilmente comparáveis, uma vez que, pelo caráter único do bem transacionado, é difícil, ou até mesmo impossível encontrar transações satisfatoriamente comparáveis dentro do mesmo mercado. Assim, a correta determinação do preço de mercado fica inviabilizada pela inexistência de transações envolvendo ativos comparáveis.

Outro desafio à aplicação do *arm's length* a determinadas transações – especialmente àquelas que envolvem ativos intangíveis – é a falta de informações

¹⁵ BRAUNER, Y. “Changes? BEPs, Transfer Pricing for Intangibles, and CCAS” *University of Florida. Levin College of Law Legal Studies. Research Paper Series Paper No. 16-14*, (2016), p. 8-9.

detalhadas acerca do intangível transacionado¹⁶. Para que a autoridade tributária possa aferir se determinada transação é comparável a outra, para fins de determinar o preço de mercado a ser utilizado como parâmetro, é necessário que tenha acesso a informações sobre a transação e sobre o intangível transacionado. Ocorre que, mesmo quando as empresas possuem tais dados documentados, não os disponibilizam, uma vez que as informações sobre ativos intangíveis podem ser sigilosas, por razões concorrenciais, como no caso dos segredos comerciais, por exemplo.

Embora seja sutil, não se pode deixar de mencionar que o preço praticado por empresas independentes nem sempre será o preço de mercado, uma vez que razões concorrenciais ou regulatórias, por exemplo, podem levar uma empresa a praticar, ainda que temporariamente, preços mais altos ou mais baixos do que o padrão do mercado. A título de exemplo, uma nova empresa no mercado pode praticar preços consideravelmente mais baixos do que aquele praticado por uma empresa já consolidada no mercado, por razões concorrenciais. Ainda que tais divergências possam ser temporárias e não se demonstrem muito latentes, importa lembrar que existem fatores que influenciam nos preços de mercado, os quais podem os afastar de sua normalidade, assim tida como parâmetro para aplicação do princípio *arm's length*¹⁷.

Diante de todas as críticas atribuídas ao princípio *arm's length*, surge como alternativa à sua aplicação o método chamado *formulary apportionment*. Tal método consiste no estabelecimento de fórmulas predeterminadas, gerais e abstratas que, levando em consideração dados como a receita, a folha de salários, os riscos assumidos, os investimentos feitos, dentre outros, determina a distribuição proporcional do lucro entre as entidades integrantes do grupo econômico¹⁸.

Ao contrário do princípio *arm's length*, que preza pela separação das entidades de maneira a isolar os lucros obtidos por cada uma delas, o *formulary apportionment* busca determinar qual a unidade global tributável, a qual será tributada pelo lucro global do grupo. Após essa determinação, são aplicadas as fórmulas, com o objetivo de

¹⁶ BRAUNER, Y. "Value In The Eye Of The Beholder: The Valuation Of Intangibles For Transfer Pricing Purposes" *University of Florida. Levin College of Law Legal Studies. Research Paper Series Paper No. 2008-09*, (2008), p. 106.

¹⁷ BRAUNER, Y. "Value In The Eye Of The Beholder: The Valuation Of Intangibles For Transfer Pricing Purposes" *University of Florida. Levin College of Law Legal Studies. Research Paper Series Paper No. 2008-09*, (2008), p. 98.

¹⁸ OCDE. "Transfer Pricing Guidelines For Multinational Enterprises And Tax Administration.", Paris: OECD Publishing, (2022) pp. 34-35.

distribuir os lucros dentre as empresas integrantes do grupo, na medida da sua contribuição para a obtenção do mesmo.

Trata-se de método dependente de grande cooperação internacional, uma vez que se faz necessário, para sua implementação, consenso global acerca de quais elementos devem integrar a fórmula, bem como para definir uma base tributável única para as multinacionais, além da adoção de um sistema único de contabilidade. Por essas razões, inclusive, entende a OCDE ser inviável a instalação deste método.

1.3. Outros conceitos relevantes à temática

No âmbito da tributação internacional, há dois critérios que norteiam a definição da competência para tributar o rendimento: a fonte do rendimento e a residência do sujeito passivo. O critério da residência do contribuinte determina que a competência para tributar a universalidade dos rendimentos de uma empresa é do Estado onde a mesma se encontra estabelecida. Trata-se de critério pautado na subjetividade, uma vez que se baseia na residência do sujeito passivo, sendo irrelevante a origem do rendimento a ser tributado. Já o critério da fonte do rendimento tem seu foco na origem do rendimento a ser tributado, sendo, por isso, um critério objetivo. De acordo com esse critério, o rendimento deve ser tributado no local onde foi produzido, ainda que não se trate do mesmo local onde a empresa esteja estabelecida.

O critério da residência do sujeito passivo permite uma tributação mais simples, com menos abertura para a ocorrência de dupla tributação, ou mesmo da dupla não tributação, uma vez que centraliza a totalidade dos rendimentos obtidos por uma empresa na tributação por apenas um Estado. Por outro lado, a utilização do critério da fonte do rendimento denota uma maior complexidade fiscal, vez que promove a descentralização da tributação dos rendimentos da empresa, a qual tem sua tributação pulverizada em tantos Estados quantos tal empresa tenha obtido rendimentos.

Outro importante princípio da tributação internacional, que guarda forte relação com a temática dos preços de transferência é o chamado *separate entity*. A adoção deste princípio implica a separação das empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico, de modo que cada uma seja tributada individualmente, pelos rendimentos por elas

obtidos. O que se busca com este princípio é uma maior isonomia na tributação, bem como que seja evitada a dupla tributação, razão pela qual a adoção do princípio é recomendada pela OCDE¹⁹.

1.4. Os métodos de determinação dos preços de transferência

A OCDE prevê, em suas *guidelines*, cinco métodos para a determinação dos preços de transferência: (i) preço comparável de mercado (*comparable uncontrolled price* – CUP); (ii) custo majorado (*cost plus method* – CPM); (iii) preço de revenda menos lucro (*resale price method* – RPM); (iv) fracionamento do lucro (*profit split method* – PSM) e (v) margem líquida (*transactional net margin method* – TNMM).

Todos estes métodos foram recepcionados pelo ordenamento jurídico português, e se encontram previstos no art. 63º, nº 3 a) do CIRC. Além disso, o mesmo diploma legal prevê, em seu art. 63º, nº 3, b), que outros métodos podem ser adotados quando não puderem ser utilizados os métodos previstos, em razão do “*carácter único ou singular das operações ou à falta ou escassez de informações e dados comparáveis fiáveis relativos a operações similares entre entidades independentes*”.

Feitas estas considerações, passamos ao conceito e características e cada um dos métodos previstos.

1.4.1. Método do preço comparável de mercado (CUP)

O método do preço comparável de mercado (*comparable uncontrolled price* – CUP) corresponde à expressão máxima do princípio “*arm’s length*”. Ele propõe uma comparação entre o preço praticado em operações realizadas entre entidades vinculadas e aquele praticado nas operações similares, porém realizadas nas condições concorrenciais de mercado²⁰. Este método é recomendado pelas *Guidelines* da OCDE e,

¹⁹ OCDE. “*Transfer Pricing Guidelines For Multinational Enterprises And Tax Administration.*”, Paris: OECD Publishing, (2022) p. 31.

²⁰ OCDE. “*Transfer Pricing Guidelines For Multinational Enterprises And Tax Administration.*”, Paris: OECD Publishing, (2022) pp. 97-100.

no ordenamento jurídico português, encontra-se previsto no art. 8º da Portaria nº 268/2021 e no art. 63, nº 3 a) do CIRC.

Este método figura como um dos mais confiáveis no que toca à aferição dos preços de transferência à luz do princípio *arm's length*, na medida em que faz uma comparação direta com transações semelhantes realizadas entre empresas independentes, identificando com menor margem de erro o efetivo rendimento obtido pela empresa vinculada na operação analisada e, com isso, o rendimento ficticiamente transferido por meio de tal operação.

Por outro lado, sua aplicação encontra barreiras práticas em grande parte dos casos. Isso porque, para que o método do preço comparável de mercado possa ser aplicado de maneira eficaz, é imprescindível que se esteja diante de transações comparáveis, o que significa que suas características – seja quanto à natureza do bem envolvido, quanto à sua quantidade, ou mesmo quanto a questões secundárias, como o transporte do bem e o oferecimento de serviço pós-venda – devem guardar grande nível de semelhança, sob pena de quedar-se inócua a análise.

É certo que não raro haverá diferenças entre as operações, ainda que se trate de um mesmo bem, mas o problema se impõe quando as diferenças são tamanhas que se perde o grau de comparabilidade necessário à aplicação do método. Havendo, a título de exemplo, diferenças no que toca à quantidade do bem transacionado, ou mesmo quanto à realização da entrega do bem pelo vendedor, essas podem ser facilmente contornadas por meio de ajustes a serem feitos pela autoridade tributária em busca de nivelar o grau de semelhança das operações. Entretanto, quando são verificadas divergências de difícil ajuste e que causam um considerável impacto no preço da operação, como por exemplo diferenças consideráveis entre os bens transacionados, a aplicação do método poderá não ser adequada.

1.4.2. Método do custo majorado (CPM)

O método do custo majorado (*cost plus method* – CPM) parte da análise dos custos de produção do bem ou serviço transacionado entre empresas vinculadas, aos

quais se soma uma margem de lucro compatível com o mercado²¹. Essa margem de lucro, também chamada de *markup*, tem como objetivo aferir a justa remuneração que a empresa que vende o bem ou serviço obterá, levando em consideração o tipo de ativo e os riscos por ela assumidos na transação, para chegar o preço de transferência. A depender do setor de atividade ou do grau de complexidade da operação, essa margem de lucro pode ser fixa ou variável. O resultado deste somatório constituirá, de acordo com esse método, o preço de mercado da transação sob análise, o qual deverá ser utilizado como base de comparação com o preço efetivamente praticado na operação. Além de previsto pelas Guidelines da OCDE, este método encontra respaldo no art. 10º da Portaria nº 268/2021 e no art. 63, nº 3 a) do CIRC.

Justamente por se basear nos custos de produção suportados pela empresa que vende o bem, esse método tem maior grau de eficácia quando se trata de bens corpóreos que sofreram processo de transformação, como a fabricação ou a montagem. É importante, nesse sentido, que a empresa produtora forneça dados detalhados sobre o ativo transacionado e sobre os custos envolvidos na sua produção, de forma a permitir uma correta definição do preço comparável de mercado para o referido bem.

Embora este método se demonstre razoavelmente simples de ser aplicado a um conjunto de ativos – aqueles cujos custos de produção são facilmente aferidos – quando se trata de setores onde há significativo valor intangível envolvido, como no ramo da alta tecnologia ou na prestação de serviços especializados, baseados em know-how, a definição do *markup* – consequentemente a aplicação deste método – é consideravelmente comprometida pelas complexidades que envolvem a valoração de intangíveis, como será melhor visto adiante.

1.4.3. Preço de revenda menos lucro (RPM)

O preço de revenda menos lucro (*resale price method* – RPM) é um método que busca averiguar por quanto um bem comprado de uma empresa relacionada é revendido a uma empresa independente. Seu objetivo, portanto, é garantir que o preço de transferência corresponda ao preço de revenda do bem transacionado, descontando-se

²¹ OCDE. “*Transfer Pricing Guidelines For Multinational Enterprises And Tax Administration.*”, Paris: OECD Publishing, (2022) pp. 106-111.

uma margem de lucro compatível com a que seria auferida em situações normais de mercado²². Assim como no método do custo majorado, a definição dessa margem de lucro deve levar em consideração o risco assumido pela empresa revendedora na transação. Este método se encontra previsto no art. 9º da Portaria nº 268/2021 e no art. 63, nº3 a) do CIRC, além das Guidelines da OCDE.

O valor a ser utilizado como parâmetro corresponde ao preço de revenda do bem, subtraído dos custos incorridos pela empresa na produção e transação do produto, bem como os lucros que seriam por ela auferidos em sua decorrência. Tal valor, considerado o preço de mercado, é então comparado com o preço efetivamente praticado na operação.

Como seu nome denota, esse método tem maior âmbito de aplicação quando a operação investigada envolve a revenda de bens corpóreos. Para tanto, é importante que o produto mantenha a sua qualidade durante todo o procedimento, sendo necessário que a empresa revendedora ou distribuidora não promova transformações consideráveis, ou seja, capazes de alterar substancialmente o valor e as características do bem, antes da sua revenda.

Destaca-se a importância do tempo no que toca à aplicação deste método. Caso a venda primária e a revenda sejam separadas, no caso concreto, por um grande lapso temporal, a comparabilidade dos preços certamente será afetada por fatores variáveis, como as mudanças no mercado e as taxas de câmbio, dificultando uma comparação fidedigna.

Tal como no método do custo majorado, a aplicação do método de revenda menos lucro é prática quando se trata de ativos tangíveis, uma vez que se baseia no preço de revenda e na definição do lucro que, em se tratando deste tipo de ativos, é auferida mais facilmente. Sua aplicação se demonstra limitada, no entanto, quando se trata de transações que envolvem intangíveis, uma vez que não apenas a definição do lucro é dificultosa, mas a própria definição do valor de revenda, uma vez que a criação de valor pelos intangíveis pode não ser devidamente refletida no valor de revenda do ativo, diante da dificuldade de sua mensuração e da imprevisibilidade dos benefícios futuros.

²² OCDE. “*Transfer Pricing Guidelines For Multinational Enterprises And Tax Administration.*”, Paris: OECD Publishing, (2022) pp.101-105.

1.4.5. Método do fracionamento do lucro (PSM)

O método do fracionamento do lucro (*profit split method* – PSM) do lucro propõe a repartição dos lucros globais auferidos dentre as entidades participantes em transações controladas, especialmente naquelas de maior complexidade, realizadas em série ou em cadeia. Essa repartição é realizada a partir de uma análise funcional, que apurará as funções desempenhadas por cada uma das entidades no que toca à criação de valor para o ativo em questão, além dos ativos utilizados e dos riscos assumidos por cada uma delas²³. Este método é recomendado nas Guidelines da OCDE e encontra previsão legal no art. 11 da Portaria nº 268/2021 e no art. 63, nº 3 a) do CIRC.

A partir desta análise, e visando a uma alocação dos lucros mais justa, aplica-se o princípio *arm's length*, em um segundo momento, para que se compare tais atividades desempenhadas com aquelas desempenhadas por outras empresas em situações similares, determinando qual seria o lucro obtido por cada uma das empresas individualmente, caso não fossem relacionadas e, com isso, validar a repartição feita.

Trata-se de método que, ainda que não desconsidere a abordagem *arm's length*, a deixa em segundo plano, figurando o lucro obtido e a análise funcional como seus pilares principais. Em razão disso, é um método eficaz quando se fala em intangíveis de difícil valoração e de operações complexas, com elevado grau de integração, uma vez que sua aplicação não é impedida pela inexistência de transações similares no mercado e permite uma repartição de lucro entre várias entidades, em diferentes etapas de atuação, por realizar uma análise funcional detalhada.

Para que essa repartição de lucros seja condizente com as práticas de mercado, contudo, é imprescindível que a autoridade tributária tenha acesso a informações internas do grupo, como dados referentes ao processo de desenvolvimento do ativo, bem como aqueles referentes à sua proteção, manutenção, e todas as demais atividades desenvolvidas durante seu ciclo de vida, de modo que possa aferir o potencial lucro obtido em cada fração da transação.

²³ OCDE. “*Transfer Pricing Guidelines For Multinational Enterprises And Tax Administration.*”, Paris: OECD Publishing, (2022) pp. 128-136.

1.4.6. Método da margem líquida da operação (TNMM)

O método da margem líquida (*transactional net margin method* – TNMM) da operação promove uma comparação entre o lucro obtido por entidades relacionadas em transações controladas e aquele obtido por entidades independentes, em transações realizadas nas condições de mercado aberto. Assim, o valor de lucro excedente percebido pelas entidades relacionadas, em comparação com a margem normalmente auferida em transações comparáveis, será considerado preço de transferência manipulado²⁴. Este método está previsto nas Guidelines da OCDE e, no ordenamento jurídico português, encontra-se disposto no art. 12 da Portaria n° 268/2021 e no art. 63 n°3, a) do CIRC.

Por se basear na margem de lucro e não no efetivo preço da transação, esse método não depende de que as operações tenham um grau tão elevado de similaridade, como ocorre em grande parte dos métodos. Assim, as possibilidades de sua aplicação são mais amplas do que para os métodos tradicionais, baseados no *arm's length*. Além disso, é possível que, diante de diferenças entre as transações comparadas, sejam feitos os ajustes necessários a possibilitar a comparabilidade, o que amplia ainda mais o seu grau de aplicação.

Alguns dos pontos negativos da aplicação deste método, por outro lado, são a unilateralização da análise em apenas uma das entidades relacionadas, abordagem que pode levar a resultados inconsistentes no que toca à atribuição dos lucros e a dependência da disponibilização de dados confiáveis por parte das empresas.

1.5. Preços de transferência no Brasil e suas divergências com a OCDE

A temática dos preços de transferência no Brasil era regulada pela Lei n° 9.430/1996, em seus artigos 18 a 24. Tal diploma legal foi fortemente inspirado pelas recomendações da OCDE, muito embora o país não fosse membro integrante da organização. Apesar da forte influência da OCDE, a legislação brasileira acerca dos

²⁴ OCDE. “*Transfer Pricing Guidelines For Multinational Enterprises And Tax Administration.*”, Paris: OECD Publishing, (2022) pp. 113-116..

preços de transferência divergia em um ponto basilar da sua proposta: a não adoção do princípio *arm's length*.

Ao deixar de adotar o princípio *arm's length* como padrão para a definição dos preços de transferência, o Brasil acabou por se afastar não só das recomendações da OCDE, mas do mercado internacional de um modo geral²⁵, uma vez que essa opção legislativa trouxe um cenário de grande insegurança aos contribuintes, com grave risco de dupla tributação, como será visto mais adiante.

Em vez de determinar o preço de mercado em condições concorrenciais para o fim de apurar se uma determinada transação visa à redução dos encargos tributários por meio da transferência fictícia de lucros, a legislação brasileira adotou margens fixas de lucro para determinados tipos de transações²⁶. Desse modo, as transações sujeitas ao controle dos preços de transferência devem praticar preços que estejam em conformidade não com as condições concorrenciais do mercado, mas sim com os percentuais de margem de lucro pré-fixados pela legislação brasileira.

A opção por esta forma de tributação prestigiou o princípio da praticabilidade²⁷, em detrimento uma análise funcional e econômica das operações, adotando, com isso, uma postura mais conservadora frente à tributação das transações internacionais, de modo a garantir uma tributação mínima, independente de qualquer análise mais detida. Essa postura se justifica, até certo ponto, sob o argumento de que é mais difícil, para os países em desenvolvimento, aplicar o princípio *arm's length*, tendo em vista que sua aplicação depende de um mercado interno aquecido, que conte com um número razoável de transações comparáveis, além de demandar maior investimento a nível de expertise técnica da administração tributária.

Ocorre que, como mencionado, essa opção só se justifica até certo ponto. Ao rejeitar o princípio *arm's length*, pilar fundamental do modelo da OCDE, e adotar um regime de tributação que desconsidere as práticas de mercado²⁸, adotando margens

²⁵ ROCHA, S. A.; SCHOUERI, L. E.; TAVARES, R. J. S.; TORRES, H. T. “Manifesto À Declaração Conjunta Sobre Projeto de Preços de Transferência OCDE-Brasil, 2019.” *Revista Consultor Jurídico* (2019). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-25/opinio-seguranca-juridica-isonomia-relacao-brasil-ocde> Acesso em: 29/07/2023.

²⁶ BRASIL. Lei nº 9.430, de 27 de Dezembro de 1996. Art. 18º.

²⁷ DIAS JUNIOR, A. A. S. “Intangíveis e Preços de Transferência: Vedações e Necessidades do Controle.” *Revista Direito Tributário Internacional Atual n° 07*. São Paulo: IBDT (2020), p. 62.

²⁸ OLIVEIRA, Vivian de Freitas e Rodrigues. “Preço de transferência como norma de ajuste do imposto sobre a renda” São Paulo: Noeses, (2015), p. 61.

fixas, o regime de preços de transferência brasileiro acaba por afastar investimentos estrangeiros e isolar, em certa medida, o país do mercado internacional. Primeiramente, porque gera um risco de dupla tributação, uma vez que, em uma transação envolvendo o Brasil e outro país que adote o padrão *arm's length*, a título de exemplo, é possível que o preço de mercado a ser tributado neste país, também seja tributado no Brasil, por ultrapassar a margem de lucro pré-fixada.

Dificulta ainda mais este cenário o fato de que a Lei nº 9.430/1996 não prevê ajustes secundários ou correlativos, mas tão somente o ajuste primário²⁹. Significa dizer que, caso o segundo país envolvido na transação tribute determinado rendimento com base no preço *arm's length*, o Brasil não ajustará a matéria coletável para excluir tal rendimento da base de cálculo do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Jurídicas (IRPJ) ou da Contribuição Sobre o Lucro Líquido (CSLL) incidentes. Igualmente, o segundo país envolvido pode se recusar a realizar os ajustes secundários ou correlativos, por entender que preço de transferência definido pelo Brasil não corresponde ao preço de mercado. É certo, diante disso, que o cenário é de grande insegurança jurídica para o contribuinte.

Ainda acerca das margens fixas, a própria OCDE já se manifestou no sentido de que as mesmas trazem grande rigidez ao regime brasileiro dos preços de transferência, o que pode levar a uma subtributação ou a uma sobretributação³⁰. Isso porque as margens pré-estabelecidas podem ser muito inferiores ou superiores ao lucro efetivamente obtido – ou ficticiamente realocado – pelas empresas em determinada transação³¹. Assim, uma parcela deste lucro pode fugir à tributação – o que tornaria inócuo o regime de preços de transferência, que tem como objetivo impedir a erosão das bases tributáveis –, ou, em cenário oposto, sujeitaria o contribuinte a uma tributação maior do que a devida, e, portanto, com efeito confiscatório – o que, mais uma vez, afasta os investimentos

²⁹ RIBEIRO, J. S. (org.); Bianco, J. F.; Santos, R. T. “Transfer Pricing Dispute Resolution in Brazil” in “Preventing and Resolving Tax Treaties and Transfer Pricing Disputes”. *Escola de Direito da Universidade do Minho* (2018), p. 122.

³⁰ OCDE e Receita Federal do Brasil. “*Transfer Pricing in Brazil: Towards Convergence with the OECD Standard*”, Paris: OECD Publishing, (2019), p. 21.

³¹ RIBEIRO, J. S. (org.); Bianco, J. F.; Santos, R. T. “Transfer Pricing Dispute Resolution in Brazil” in “Preventing and Resolving Tax Treaties and Transfer Pricing Disputes”. *Escola de Direito da Universidade do Minho* (2018), p. 118.

estrangeiros, por infringir os direitos do contribuinte, além de ir de encontro ao princípio da livre concorrência³².

Passando à análise de outras divergências entre o regime brasileiro dos preços de transferência e o regime proposto pela OCDE, devemos iniciar pelo critério subjetivo. Enquanto a OCDE entende se estar diante de uma transação sujeita às regras dos preços de transferência quando há relação de controle entre as entidades nela envolvidas, o Brasil adotou, no art. 23 da Lei nº 9.430/96, critério subjetivo consideravelmente mais amplo, embora mais detalhado e exaustivo, o qual, justamente por essa razão, nos limitaremos a transcrever abaixo:

Art. 23. Para efeito dos arts. 18 a 22, será considerada vinculada à pessoa jurídica domiciliada no Brasil:

I - a matriz desta, quando domiciliada no exterior;

II - a sua filial ou sucursal, domiciliada no exterior;

III - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, cuja participação societária no seu capital social a caracterize como sua controladora ou coligada, na forma definida nos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976;

IV - a pessoa jurídica domiciliada no exterior que seja caracterizada como sua controlada ou coligada, na forma definida nos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976;

V - a pessoa jurídica domiciliada no exterior, quando esta e a empresa domiciliada no Brasil estiverem sob controle societário ou administrativo comum ou quando pela menos dez por cento do capital social de cada uma pertencer a uma mesma pessoa física ou jurídica;

VI - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que, em conjunto com a pessoa jurídica domiciliada no Brasil, tiver participação societária no capital social de uma terceira pessoa jurídica, cuja soma as caracterizem como controladoras ou coligadas desta, na forma definida nos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976;

VII - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que seja sua associada, na forma de consórcio ou condomínio, conforme definido na legislação brasileira, em qualquer empreendimento;

VIII - a pessoa física residente no exterior que for parente ou afim até o terceiro grau, cônjuge ou companheiro de qualquer de seus diretores

³² RIBEIRO, M. F. K.; SPACK, C. "Preços de Transferência e Preservação da Base Tributária Para o Desenvolvimento Econômico e Social". (2006), p. 6.

ou de seu sócio ou acionista controlador em participação direta ou indireta;

IX - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que goze de exclusividade, como seu agente, distribuidor ou concessionário, para a compra e venda de bens, serviços ou direitos;

X - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, em relação à qual a pessoa jurídica domiciliada no Brasil goze de exclusividade, como agente, distribuidora ou concessionária, para a compra e venda de bens, serviços ou direitos.

Conclui-se, diante disso, que a probabilidade de uma transação envolvendo entidade domiciliada no Brasil ser sujeita ao controle dos preços de transferência é, sob a égide da Lei nº 9.430/96, consideravelmente maior do que caso o país fosse membro da OCDE, uma vez que tal legislação adota um conceito amplo de vínculo entre as entidades. Isso demonstra, tal como a adoção de margens fixas, a postura mais conservadora adotada pelo país no que toca ao tema.

Outra diferença crucial diz respeito à não adoção, pela legislação brasileira, da regra do melhor método (*best method rule*). Tal regra determina que, no âmbito da OCDE, as Autoridades Tributárias devem definir o preço de transferência de uma dada transação a partir do método mais adequado a ela, ou o método que possibilite se chegar o mais perto possível do preço *arm's length*, ou seja, do preço de mercado observado em transações comparáveis não controladas. No Brasil, contudo, esta regra não foi adotada, de modo que os contribuintes são livres para escolher o método a ser utilizado³³ – com exceção das commodities, que têm métodos específicos³⁴ –, desde que o mesmo método seja utilizado ao longo de todo o ano-calendário.

Essa liberdade concedida ao contribuinte pode ser prejudicial, de acordo com a OCDE³⁵, uma vez que nem sempre o método por ele escolhido será adequado à transação sob análise, impondo condições inaplicáveis ao caso, ou exigindo dados específicos que não seriam exigidos por outro método. Além disso, a escolha do método pode ser baseada em um planejamento fiscal, adotando-se o método que levaria a uma

³³ OCDE e Receita Federal do Brasil. “*Transfer Pricing in Brazil: Towards Convergence with the OECD Standard*”, Paris: OECD Publishing, (2019), p. 65

³⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. “*Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro*” 3.ª ed. São Paulo: Dialética, (2013), p. 97.

³⁵ OCDE e Receita Federal do Brasil. “*Transfer Pricing in Brazil: Towards Convergence with the OECD Standard*”, Paris: OECD Publishing, (2019), p. 66.

menor tributação. Embora tal planejamento não seja ilícito, pode configurar perda de receita indesejada ao Brasil, e que não ocorreria caso não fosse facultada ao contribuinte tal escolha.

Poderia se dizer que a adoção de *safe harbours* pelo Brasil também figure como um ponto de divergência com o regime de preços de transferência proposto pela OCDE. Em termos simples, os *safe harbours* são condições impostas pela autoridade tributária de um país que garantem, às entidades que preencherem tais condições, um regime de preços de transferência simplificado, ou até mesmo a não sujeição ao controle dos preços de transferência³⁶. Seu objetivo, com isso, é facilitar a atuação da autoridade tributária, ao mesmo tempo em que garante uma maior segurança e previsibilidade aos contribuintes.

A OCDE tem uma preocupação com relação aos *safe harbours*, justificada acima de tudo, pela sua incongruência com o princípio *arm's length*. Explica-se: ao possibilitar um regime paralelo às regras gerais de preços de transferência, com normas simplificadas, o risco de que se fuja ao preço de mercado aumenta. Além disso, outro ponto de preocupação é o fato de que, caso apenas um dos Estados envolvidos na transação adote tais regras, é possível que a utilização de *safe harbours* leve a uma dupla tributação. Ocorre, entretanto, que, embora sua postura tenha sido historicamente contrária aos *safe harbours*, a OCDE vem alterando seu posicionamento acerca do assunto³⁷, adotando uma postura mais aberta, embora ainda cautelosa, em relação a tal instituto, de modo que, atualmente, a adoção de *safe harbours* pela legislação brasileira não se demonstra de todo contrária ao regime proposto pela OCDE.

1.6. A recente adequação do Brasil ao regime dos preços de transferência da OCDE

No ano de 2017, o Brasil manifestou seu interesse em integrar a OCDE. Embora o país coopere com a organização desde a década de 90, estando presente em diversos debates e tendo, inclusive, participado da criação do BEPS, alguns de seus posicionamentos – dentre os quais está o seu regime de preços de transferência previsto

³⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. “Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro” 3.^a ed. São Paulo: Dialética, (2013), p. 379.

³⁷ OCDE. “Transfer Pricing Guidelines For Multinational Enterprises And Tax Administration.”, Paris: OECD Publishing, (2022) pp. 203-204.

pela Lei nº 9.430/96 – acabaram por sobrestar sua adesão à organização, por se mostrarem em desalinho com as orientações emanadas pela OCDE.

Com este objetivo³⁸, o Brasil passou a trabalhar em conjunto com a OCDE, no sentido de revisar a sua política fiscal internacional e criar, assim, um planejamento para essa adesão. Nesse sentido, e no contexto dos preços de transferência, foi publicado, em dezembro de 2019, um relatório conjunto entre a OCDE e a Receita Federal do Brasil, analisando as divergências entre os regimes para determinar, então, pontos de adequação à proposta da OCDE.

Em razão das divergências já apontadas anteriormente, a conclusão a que se chegou, no âmbito deste relatório, foi a de que o regime de preços de transferência brasileiro oferecia grande insegurança ao contribuinte, possuindo diversas lacunas que possibilitariam uma dupla tributação, bem como perda de receita pelo país, além de favorecer tratamentos desiguais entre os contribuintes. Muitas dessas questões levantadas pela OCDE, como não poderia deixar de ser, são oriundas da não adoção do princípio *arm's length* pelo país.

Diante disso, foi publicada, em 29 de dezembro de 2022, a Medida Provisória nº 1.152/22, alterando substancialmente o anterior regramento dos preços de transferência no Brasil, previsto pela Lei nº 9.430/96, adequando-o às orientações da OCDE. Mais notavelmente, passou a adotar, em seu art. 2º, o princípio *arm's length*, e, com isso, abolindo as controversas margens fixas, ao consignar que “os termos e as condições de uma transação controlada serão estabelecidos de acordo com aqueles que seriam estabelecidos entre partes não relacionadas em transações comparáveis.”³⁹.

Tal medida provisória foi recentemente convertida na Lei nº 14.596, publicada em 14 de junho de 2023, ganhando, com isso, status legal no ordenamento jurídico brasileiro. Como regra de transição, diante das substanciais alterações no regime, foi determinado, pelo art. 47 da referida lei, que esta só entrará em vigor a partir do dia 1º

³⁸ Cabe esclarecer que, por se tratar a OCDE de uma organização que busca a cooperação entre os países com vistas ao seu desenvolvimento econômico, há uma série de outros assuntos, para além daqueles tratados no âmbito do Direito Fiscal, que precisam ser alinhados para que esse ingresso seja possível, tais como as questões ambientais, a educação e o combate à corrupção. Diante disso, a temática dos preços de transferência, embora seja o objeto do presente trabalho, configura apenas um passo para a adesão do Brasil, ou de qualquer outro país, à OCDE.

³⁹ BRASIL. Lei nº 14.596, de 14 de Junho de 2023. Art. 2º.

de janeiro de 2024, sendo facultado, contudo, aos contribuintes que assim optarem, aplicá-la desde já⁴⁰.

Devido à semelhança entre o novo regime de preços de transferência no Brasil e aquele proposto pela OCDE, e por não ser o escopo do presente trabalho, não elaboraremos, de maneira exaustiva, todas as alterações trazidas pela aludida lei. Destacamos, nesse sentido, que as principais divergências entre ambos os modelos, apontadas no capítulo anterior, foram eliminadas, denotando os esforços empreendidos pelo Brasil no seu objetivo de ingressar na OCDE.

Assim, para além da adoção do princípio *arm's length* e da consequente eliminação das margens fixas (art. 2º), destacamos algumas importantes alterações introduzidas pelo novo regramento dos preços de transferência brasileiro: (i) a revogação da liberdade de escolha, por parte do contribuinte, do método de preços de transferência a ser aplicado, passando-se a adotar a chamada *best method rule* (art. 11); (ii) a possibilidade de aplicação dos métodos baseados no lucro, ou seja, o método de fracionamento do lucro, aqui chamado de método da divisão do lucro (art. 11, V) e do método da margem líquida da operação, aqui chamado método da margem líquida da transação (art. 11, IV); (iii) a possibilidade de realização de ajustes secundários e correlativos (art. 17, I e II) e (iv) a adoção do conceito de intangíveis, intangíveis de difícil valoração, bem como da análise DEMPE, previstos pela OCDE dos quais trataremos adiante.

Há quem teça críticas à adesão do Brasil à OCDE⁴¹, nomeadamente no que concerne a uma possível perda de flexibilidade e autonomia política e econômica, deflagrada pela submissão do país às pautas estipuladas pela OCDE e seus países-membros, além das contribuições financeiras anuais ao orçamento da organização. Há de se reconhecer, contudo, que tal adesão terá como consequência uma maior abertura para investimentos estrangeiros no país, o que, por óbvio, terá um considerável impacto positivo em sua economia.

⁴⁰ BRASIL. Lei nº 14.596, de 14 de Junho de 2023. Arts. 45 e 47.

⁴¹ MARTINS, U. L. “Preços de Transferência Adotados no Brasil e o Padrão Internacional da OCDE: Reflexão Acerca de Possíveis Convergências”. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, v. 8, nº 1 (2022), p. 11.

2. OS ATIVOS INTANGÍVEIS – CONCEITO, VALORAÇÃO E PROPRIEDADE

2.1. O conceito de ativos intangíveis

As constantes mudanças observadas no mercado a nível global deixam cada vez mais nítida a importância do capital humano na criação de valor para as empresas. O que se observa hoje é a crescente personalização dos produtos e serviços e um mercado extremamente competitivo e volátil, que demanda inovações por parte das empresas, sob pena de uma rápida obsolescência e esquecimento.

Nesse cenário, os ativos intangíveis desempenham um papel fundamental na criação de valor e no destaque das empresas, especialmente para as multinacionais⁴², pois, mais do que nunca, os contributos humanos são essenciais para que seus produtos e serviços se mantenham relevantes na economia moderna⁴³. Observa-se, com isso, um crescente aumento no investimento, por parte das empresas, nesta espécie de ativos, e uma consequente redução nos investimentos em tangíveis, os quais já representam uma minoria dos ativos em diversas empresas⁴⁴.

Os ativos intangíveis são justamente os bens gerados pelo intelecto humano que se traduzem em direito de propriedade, do qual fluem benefícios econômicos. Trata-se, portanto, de ativos não monetários e sem substância física – o seu nome vem do latim *tangere*, que significa tocar, sendo, portanto, um ativo que não se pode tocar.

Tais ativos, segundo o normativo contabilístico (NCRF nº 6)⁴⁵, devem ser (i) identificáveis ou seja, a entidade que o detém deve poder dele dispor individualmente; (ii) controlados, de modo que seu proprietário possa limitar seu acesso e uso por terceiros, bem como reivindicar os direitos decorrentes da sua cessão; e, por fim, (iii) deve haver a expectativa de que deste ativo fruirão benefícios econômicos futuros, seja

⁴² BRAUNER, Y. “Changes? BEPs, Transfer Pricing for Intangibles, and CCAS” *University of Florida. Levin College of Law Legal Studies. Research Paper Series Paper No. 16-14*, (2016), p. 3.

⁴³ MACHADO, J. H., Galdi, F. C. “Ativos Intangíveis e Estrutura de Propriedade: Evidências no Mercado Brasileiro” *21st USP International Conference in Accounting, “Accounting and Actuarial Sciences improving economic and social development”*, (2021), p. 2.

⁴⁴ EDEN, L. “The Arm’s Length Standard Is Not the Problem”. *Bloomberg Tax – Tax Management International Journal* (2019), p. 8.

⁴⁵ CNC - Comissão de Normalização Contabilística. NCRF nº 06: Activos Intangíveis, pp. 5-9. Disponível em: https://www.cnc.min-financas.pt/siteantigo/SNC_projecto/NCRF_06_activos_intangiveis.pdf Acesso em: 29/05/2023.

a partir da sua própria exploração pelo proprietário, seja pelos direitos advindos da sua cessão para exploração de terceiros.

A OCDE, por sua vez, determina que os ativos intangíveis são aqueles que (i) não possuem substância física; (ii) não se confundem com ativos financeiros; (iii) estão sujeitos a controle; (iv) possuem relevância econômica, ou seja, são passíveis de gerar rendimentos futuros e (v) podem ser transferidos a partir de transações econômicas. Nota-se que, ao contrário das normas de contabilidade, a OCDE não entende que a identificabilidade, ou seja, a possibilidade de se dispor do intangível de maneira individualizada, seja um requisito para que se reconheça um ativo intangível⁴⁶.

Pode se dizer que a marca é o ativo mais importante para grande parte das empresas. Trata-se de ativo intangível responsável por identificar e distinguir uma empresa em meio às demais em um mesmo ramo de atuação, tornando-a única e reconhecível no mercado. Compreende a marca, assim, uma amplitude de fatores visuais, textuais, sonoros e fáticos capazes de permitir que os consumidores os associem a determinada empresa que, com isso, carregará sua boa reputação a novos produtos e serviços por ela ofertados.

As patentes são ativos intangíveis que correspondem a um título de propriedade que garante o direito à exploração exclusiva de determinada invenção ou descoberta única ao seu titular. Com isso, é garantido ao mesmo o direito de impedir que outras empresas reproduzam ou vendam produtos patenteados.

Outra espécie de ativo intangível é o chamado know-how. Trata-se do conjunto de informações e técnicas que, utilizadas em conjunto ou em sequência, permitem a obtenção do resultado que se pretende. Embora possa não ser protegido por patente, o know-how não é público, uma vez que aí se perderia o direito sobre ele incidente pelo titular. É dotado, portanto, de certo grau de confidencialidade, uma vez que sua detenção pode garantir, muitas vezes, vantagem competitiva.

Por fim, pode se mencionar o software, que nada mais são do que programas de computador. Embora muitos sejam comumente comercializados a preços tabelados, inclusive por meio de mídias físicas, os chamados “software de prateleira” – o que os

⁴⁶ OCDE. “*Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation – Actions 8-10: 2015 Final Reports*”, Paris: OECD Publishing, (2015), pp. 67-68.

aproxima, de certo modo, ao conceito de ativos tangíveis –, estes podem ser extremamente valiosos para as empresas, especialmente para aquelas do ramo da tecnologia, sendo, muitas vezes, protegidos por direitos autorais. Sua transação é geralmente feita através do licenciamento, modalidade na qual o proprietário do software concede autorização para que terceiros utilizem o mesmo, mediante o pagamento de uma licença.

Os intangíveis mencionados configuram tão somente um rol exemplificativo, uma vez que há diversos outros ativos que, embora não possuam substância física, são capazes de trazer benefícios econômicos aos seus detentores.

Apesar da sua intangibilidade, tais ativos, como não é raro de se observar nas práticas comerciais, podem ser transacionados. É comum que os ativos intangíveis sejam transacionados entre empresas de um mesmo grupo econômico, primeiro por seu caráter único e pessoal, segundo por razões concorrenciais, uma vez que dificilmente uma empresa cederia seu know-how, sua marca ou sua lista de clientes para uma empresa concorrente, do mesmo ramo de atuação.

A OCDE classifica os ativos intangíveis em dois grupos: os intangíveis comerciais e os intangíveis de marketing⁴⁷. Os intangíveis comerciais são aqueles oriundos de pesquisa e desenvolvimento, cujos fins são comerciais – e, portanto, figuram como foco central da OCDE no que toca aos preços de transferência⁴⁸ –, como as patentes, as fórmulas, os desenhos, dentre outros. Já os intangíveis de marketing não possuem natureza comercial, mas sim de reconhecimento de mercado, como as marcas, licenças e listas de clientes⁴⁹.

Há certas especificidades, no entanto, que tornam as transações envolvendo ativos intangíveis mais desafiadoras dos pontos de vista fiscal e contábil, especialmente no que concerne aos preços de transferência, ou seja, quando tais transações ocorrem entre empresas relacionadas.

⁴⁷ OCDE. “*Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation – Actions 8-10: 2015 Final Reports*”, Paris: OECD Publishing, (2015), pp. 69.

⁴⁸ SOUZA, B. N. “Os Preços de Transferência e Intangíveis no Contexto de um Suposto Sistema Tributário Internacional”. *Revista Direito Tributário Atual*, [S. l.], n. 29, (2013) pp. 106-107.

⁴⁹ DIAS JUNIOR, A. A. S. “Intangíveis e Preços de Transferência: Vedações e Necessidades do Controle.” *Revista Direito Tributário Internacional Atual* n° 07. São Paulo: IBDT (2020), p. 56.

Nesse sentido, como se verá em maiores detalhes adiante, a dificuldade de aplicação do princípio *arm's length*, a dificuldade na valoração dos ativos intangíveis, bem como a muitas vezes dificultosa identificação da propriedade dos intangíveis figuram como desafios impostos às autoridades fiscais no que toca às transações entre empresas relacionadas envolvendo este tipo de ativos.

2.2. A valoração de ativos intangíveis

A valoração dos ativos intangíveis é tarefa árdua, por uma série de fatores, muitos deles intrínsecos à própria natureza deste tipo de ativos. A OCDE define que são intangíveis de difícil valoração (HTVI – *hard to value intangibles*) aqueles que (i) não possuem intangíveis comparáveis de confiança no mercado e (ii) são caracterizados pela imprevisibilidade quanto aos seus benefícios econômicos futuros⁵⁰.

As dificuldades na valoração de intangíveis se impõem desde a sua criação. Uma vez que frutos do intelecto humano, os ativos intangíveis são, geralmente, criados a partir do processo de pesquisa e desenvolvimento (P&D ou R&D – *research and development*)⁵¹. Tais atividades, contudo, nem sempre culminam na criação de um ativo, uma vez que a pesquisa pode ser inconclusiva, ou mesmo chegar a resultados desfavoráveis, que impeçam seja atingido o resultado pretendido, qual seja, o desenvolvimento de um ativo⁵².

Assim sendo, é certo que se tratam de investimentos de grande risco⁵³, uma vez que os valores empregados nos processos de P&D, diante do risco de não serem sucedidos da criação de um ativo, podem não trazer qualquer retorno à empresa, seja na forma de criação de valor no desenvolvimento da atividade empresarial (intangíveis de marketing), seja na forma de lucros com a comercialização ou licenciamento (intangíveis comerciais).

⁵⁰ OCDE. “*Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation – Actions 8-10: 2015 Final Reports*”, Paris: OECD Publishing, (2015), pp. 109-110.

⁵¹ SOUZA, B. N. “Os Preços de Transferência e Intangíveis no Contexto de um Suposto Sistema Tributário Internacional”. *Revista Direito Tributário Atual*, [S. l.], n. 29, (2013) pp. 106-107.

⁵² Deloitte. “BEPS Action 8: Transfer Pricing Aspects of Intangibles” (2014). Disponível em: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-uk-beps-action-8.pdf>
Acesso em: 07/07/2023.

⁵³ BRAUNER, Y. “Value In The Eye Of The Beholder: The Valuation Of Intangibles For Transfer Pricing Purposes” *University of Florida. Levin College of Law Legal Studies. Research Paper Series Paper No. 2008-09*, (2008), p. 91.

Da mesma maneira, ainda que seja efetivamente criado um ativo a partir do processo de P&D, não há qualquer garantia ou certeza quanto aos benefícios econômicos futuros que dele fluirão. E mais: é comum que tais atividades de P&D levem anos para que se chegue a um resultado e à efetiva criação de um ativo intangível⁵⁴, o que implica o aumento dos custos incorridos no processo de desenvolvimento do ativo e, conseqüentemente, os riscos assumidos pela, ainda que tais custos sejam contabilmente caracterizados como despesas⁵⁵.

Importa notar, entretanto, que nem sempre que o processo de P&D deixe de culminar no desenvolvimento de um ativo intangível, ele terá sido infrutífero⁵⁶. Por se tratar de uma atividade desenvolvida pelo intelecto humano, não há dúvidas de que o conhecimento obtido no processo de P&D, ainda que este seja considerado, em termos práticos, sem êxito, poderá influenciar, de maneira positiva, em projetos futuros, podendo levar à criação de um intangível de maneira mais rápida e menos custosa.

Diante da imprevisibilidade do sucesso econômico de um intangível, é comum que as empresas atribuam seu valor tomando como base os seus custos de produção. Essa nem sempre é a solução mais adequada, contudo, podendo levar a incongruências, uma vez que nem sempre um ativo cuja produção foi mais custosa ou demorada terá um maior sucesso econômico, quando comparado a um intangível fruto de processo de P&D menos custoso ou mais célere.

Por outro lado, entende-se a lógica por trás de tal conclusão, uma vez que seria economicamente desvantajoso para uma empresa vender um ativo a um preço menor do que os custos nos quais incorreu para a sua produção. Apesar disso, seria igualmente desvantajoso para uma empresa comprar um ativo por um preço mais alto do que os possíveis benefícios econômicos a serem obtidos com a sua exploração. É certo, diante disso, que não se pode desconsiderar uma análise do sucesso econômico dos ativos intangíveis, por mais desafiadora que ela seja⁵⁷.

⁵⁴ SOUZA, B. N. “Os Preços de Transferência e Intangíveis no Contexto de um Suposto Sistema Tributário Internacional”. *Revista Direito Tributário Atual*, [S. l.], n. 29, (2013) pp. 106-107.

⁵⁵ DIAS JUNIOR, A. A. S. “Intangíveis e Preços de Transferência: Vedações e Necessidades do Controle.” *Revista Direito Tributário Internacional Atual* n° 07. São Paulo: IBDT (2020), p. 55.

⁵⁶ BRAUNER, Y. “Value In The Eye Of The Beholder: The Valuation Of Intangibles For Transfer Pricing Purposes” *University of Florida. Levin College of Law Legal Studies. Research Paper Series Paper No. 2008-09*, (2008), p. 111.

⁵⁷ TING, A.. “Intangibles and the Transfer Pricing Reconstruction Rules: A Case Study of Amazon” *British Tax Review, Issue 3* (2020), p. 308.

Para que a valoração de um intangível seja adequada à realidade econômica, ela deve partir de uma previsão dos benefícios econômicos que dele fluirão, estipulando, se possível, um critério temporal para a obtenção de tais benefícios, ou seja, realizar uma estimativa quanto ao momento a partir do qual se poderá obter tais benefícios, bem como quanto ao momento em que tais benefícios serão reduzidos ou cessados. Partindo desta análise, deverão, em um segundo momento, ser descontados os valores referentes aos custos de produção do ativo, bem como aos riscos assumidos⁵⁸.

A dificuldade desta valoração vem do fato de que a venda dos intangíveis é realizada, geralmente, no início de sua vida útil, momento em que a previsibilidade quanto ao seu desempenho econômico, e até mesmo quanto ao sucesso de seu desenvolvimento, ainda é baixa⁵⁹. Isso se dá porque, sendo transacionados nesta fase, a tributação incidente sobre tal transação será menor, ao passo que, transacionando ativos intangíveis mais maduros, já prontos para a exploração econômica e que contem com dados suficientes para uma boa previsibilidade de desempenho no mercado, o valor da transação será elevado e, conseqüentemente, a tributação sobre ela incidente.

A esse respeito, chama-se “*ex ante*” o valor atribuído a um intangível neste primeiro momento, durante o seu desenvolvimento, no qual a previsibilidade quanto ao seu sucesso é baixa. A partir do momento em que o desenvolvimento do intangível é finalizado com sucesso, é atribuído a ele um novo valor, chamado “*ex post*”, o qual será, via de regra, mais elevado que o valor “*ex ante*”, por já considerar o sucesso do intangível⁶⁰.

A comparação entre tais valores é utilizada, para a investigação dos preços de transferência. Deste modo, caso a autoridade tributária identifique discrepâncias entre o valor “*ex ante*” e o valor “*ex post*” que não sejam justificáveis pela imprevisibilidade quanto ao sucesso do desenvolvimento do ativo, quanto ao seu desempenho econômico

⁵⁸ BRAUNER, Y. “Value In The Eye Of The Beholder: The Valuation Of Intangibles For Transfer Pricing Purposes” *University of Florida. Levin College of Law Legal Studies. Research Paper Series Paper No. 2008-09*, (2008), p. 114.

⁵⁹ BRAUNER, Y. “Value In The Eye Of The Beholder: The Valuation Of Intangibles For Transfer Pricing Purposes” *University of Florida. Levin College of Law Legal Studies. Research Paper Series Paper No. 2008-09*, (2008), p. 115.

⁶⁰ OCDE. “*Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation – Actions 8-10: 2015 Final Reports*”, Paris: OECD Publishing, (2015), p. 77.

ou quanto aos riscos assumidos na sua produção, considerará que houve manipulação dos preços de transferência⁶¹, procedendo, com isso, aos reajustes devidos.

Além da imprevisibilidade quanto ao seu desempenho econômico, outro fator que dificulta a valoração dos ativos intangíveis é o seu caráter único e exclusivo, o que torna difícil, quando não impossível, a localização de transações envolvendo ativos comparáveis no mercado⁶². Ao contrário dos ativos tangíveis, em relação aos quais, de maneira geral, se encontram ativos comparáveis no mercado com facilidade, possibilitando a determinação do seu preço de mercado (*arm's length*), os intangíveis, por serem frutos da inovação e do intelecto humano, não são facilmente comparáveis com outros intangíveis. Tais ativos, por natureza, são únicos. Pode haver inúmeros bens corpóreos com as mesmas características, mas não há marcas, invenções ou desenhos industriais que se possam comparar de maneira direta e efetiva. Isso abre margem para uma maior variação dos preços e, com isso, facilita a manipulação dos mesmos, uma vez que não há um padrão de mercado a ser seguido⁶³.

Nesse sentido, importa mencionar que, em razão da possibilidade de gerar vantagens concorrenciais a quem os detém, é comum que os ativos intangíveis sejam secretos e legalmente protegidos⁶⁴. Nesse cenário, torna-se ainda mais desafiadora a aplicação do princípio *arm's length*, pois (i) é mais difícil a obtenção de dados acerca das transações envolvendo intangíveis, uma vez que sigilosas e (ii) justamente pela vantagem concorrencial, é mais comum que tais ativos sejam transacionados entre entidades relacionadas, o que implica a escassez de transações não controladas no mercado, capazes de serem utilizadas como parâmetro.

Não é raro, também, que um intangível esteja conectado a outro ativo, seja ele tangível ou intangível, de modo que a sua criação de valor venha da sinergia entre tais ativos⁶⁵. Desta forma, o isolamento do intangível poderá modificar consideravelmente o

⁶¹ TING, A.. "Intangibles and the Transfer Pricing Reconstruction Rules: A Case Study of Amazon" *British Tax Review*, Issue 3 (2020), p. 325.

⁶² BRAUNER, Y. "Value In The Eye Of The Beholder: The Valuation Of Intangibles For Transfer Pricing Purposes" *University of Florida. Levin College of Law Legal Studies. Research Paper Series Paper No. 2008-09*, (2008), p. 107.

⁶³ SOUZA, B. N. "Os Preços de Transferência e Intangíveis no Contexto de um Suposto Sistema Tributário Internacional". *Revista Direito Tributário Atual*, [S. l.], n. 29, (2013) pp. 97-98.

⁶⁴ BRAUNER, Y. "Changes? BEPs, Transfer Pricing for Intangibles, and CCAS" *University of Florida. Levin College of Law Legal Studies. Research Paper Series Paper No. 16-14*, (2016), p. 3.

⁶⁵ BRAUNER, Y. "Value In The Eye Of The Beholder: The Valuation Of Intangibles For Transfer Pricing Purposes" *University of Florida. Levin College of Law Legal Studies. Research Paper Series Paper No. 2008-09*, (2008), p. 89.

seu valor, comprometendo a identificação do lucro atribuível a cada um deles de maneira separada. Destaca-se, acerca do tema, que a OCDE não entende que a identificabilidade – ou seja, a possibilidade de que um intangível seja transacionado individualmente – seja um requisito para a identificação de um intangível⁶⁶. Diante disso, a OCDE acolhe a existência de intangíveis inseparáveis de outros ativos, o que sem dúvidas se impõe como uma dificuldade à sua valoração.

Por fim, quanto à sua depreciação, os intangíveis não obedecem aos padrões previstos pelas normas contábeis. Ao se transacionar um intangível recém-desenvolvido, não se pode prever os benefícios futuros que dele fruirão. Um intangível pode criar mais valor com o passar do tempo, como normalmente acontece com as marcas, por exemplo, ou pode se depreciar rapidamente. Justamente por sua natureza imaterial, eles estão sujeitos a fatores muito mais variáveis e imprevisíveis do que o simples efeito que o tempo exerce sobre a matéria física dos ativos tangíveis.

2.3. A identificação da propriedade sobre os ativos intangíveis

Algumas características dos intangíveis dificultam a identificação do seu proprietário para fins de alocação dos lucros. Tratam-se de ativos sem substância física e, portanto, dotados de alta mobilidade, sendo facilmente transferíveis. Mais do que isso: ao contrário dos ativos tangíveis, que só podem estar em um lugar em determinado tempo, um mesmo intangível pode estar localizado em diversas jurisdições ao mesmo tempo, sendo utilizado por múltiplas pessoas simultaneamente.

Nota-se, diante disso, que a mera detenção de um ativo intangível não pode ser o critério para a definição do seu proprietário. Até mesmo porque os intangíveis são comumente envolvidos em questões contratuais complexas, como as licenças de uso, que tornariam tal critério dúbio.

A análise da propriedade à luz da criação e desenvolvimento do ativo também não geraria resultados menos confusos. Não é raro que o processo de P&D seja realizado de maneira conjunta por diversas entidades, com a divisão dos custos e dos

⁶⁶ OCDE. “*Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation – Actions 8-10: 2015 Final Reports*”, Paris: OECD Publishing, (2015), pp. 67-68.

riscos envolvidos no desenvolvimento do intangível – os chamados *cost sharing agréments*⁶⁷ – Com isso, torna-se dificultosa a determinação da propriedade sobre tais ativos também sob o aspecto da criação e desenvolvimento.

Por fim, a mera propriedade legal ou contratual também se demonstra insuficiente, de acordo com a OCDE, uma vez que esta não garante qualquer recebimento de lucros provenientes da exploração de tal ativo⁶⁸. Ou seja, nem sempre o proprietário legal ou contratual de um ativo intangível será aquele que o explora economicamente e que, por isso, faria jus ao recebimento dos lucros provenientes dessa exploração.

Diante disso, a solução proposta pela OCDE é a determinação do proprietário do intangível por meio do critério econômico. Assim, os lucros serão distribuídos de acordo com o nível de participação das entidades envolvidas em cada uma das etapas englobadas pelo critério DEMPE (*development, enhancement, maintenance, protection and exploitation*)⁶⁹. Ou seja, parte-se de uma análise funcional acerca das etapas de criação de valor e exploração econômica do intangível, para determinar qual ou quais entidades – e, neste segundo caso, em que proporções – deve fazer jus ao recebimento dos lucros provenientes da transação de tal intangível.

⁶⁷ SOUZA, B. N. “Os Preços de Transferência e Intangíveis no Contexto de um Suposto Sistema Tributário Internacional”. *Revista Direito Tributário Atual*, [S. l.], n. 29, (2013) p. 108.

⁶⁸ OCDE. “*Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation – Actions 8-10: 2015 Final Reports*”, Paris: OECD Publishing, (2015), p. 76.

⁶⁹ OCDE. “*Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation – Actions 8-10: 2015 Final Reports*”, Paris: OECD Publishing, (2015), p. 73-82.

3. PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA DE ATIVOS INTANGÍVEIS: O ATUAL PANORAMA FISCAL E POSSÍVEIS SOLUÇÕES

3.1. O BEPS e a Ação de número 8

Diante das peculiaridades dos ativos intangíveis, vistas anteriormente, pode-se concluir que a abordagem dos preços de transferência, aplicada a transações que envolvem esta espécie de ativos, enfrenta uma série de desafios. Primeiramente porque a aplicação do princípio *arm's length*, pilar da investigação dos preços de transferência recomendada pela OCDE, é fortemente limitada pela escassez de transações comparáveis no mercado, uma vez que tais ativos, além de possuírem características únicas, são geralmente transacionados entre entidades relacionadas e sob condições sigilosas, em razão de sua proteção legal e de suas vantagens concorrenciais.

Em segundo lugar, porque tais ativos dependem de previsões futuras – e portanto incertas – quanto ao sucesso do seu desenvolvimento, bem como quanto ao seu desempenho econômico, tornando sua valoração tarefa árdua. Além disso, muitas vezes é difícil até mesmo definir quem é seu proprietário, uma vez que sua alta mobilidade, a possibilidade de sua exploração simultânea e o recorrente compartilhamento do seu processo de desenvolvimento, demandam uma detalhada análise funcional para tanto.

Não há dúvidas, diante do exposto, que as definições e orientações padrão da OCDE acerca dos preços de transferência não poderiam ser aplicados de maneira a trazer resultados efetivos quando se trata de ativos intangíveis. Isso porque suas características, por natureza, os diferenciam dos tangíveis, de modo que se fez necessária uma regulamentação dos preços de transferência própria para os ativos intangíveis.

Nesse sentido, a OCDE, por meio do seu projeto BEPS (*base erosion and profit shifting*), que visa o combate à erosão das bases tributárias e à transferência de lucros, propôs uma série de planos de ações para nortear a atuação dos Estados para a consecução deste objetivo. Dentre eles⁷⁰, o Ação nº 8, que trata especificamente dos preços de transferência envolvendo ativos intangíveis.

⁷⁰ Destaca-se que o projeto BEPS conta com um plano de 15 Ações, sendo quatro delas relevantes para a temática dos preços de transferência. Além da Ação nº 8, que trata especificamente dos ativos intangíveis,

A Ação nº 8 busca, de maneira geral, propor às autoridades tributárias uma atuação pautada na substância econômica das transações, em contraposição à forma legal e contratual, bem como na criação de valor enquanto medida para uma justa repartição dos lucros.

Nesse sentido, foram definidos como objetivos do referido plano de ação: (i) adotar um conceito amplo e claro acerca do que são os ativos intangíveis; (ii) assegurar que os lucros provenientes da transferência e uso dos intangíveis sejam alocados de acordo com a contribuição das entidades para a criação de valor e (iii) desenvolver regras e medidas especiais no que se trata dos preços de transferência dos intangíveis de difícil valoração.

O princípio da criação de valor, previsto pela Ação nº 8, determina que, para que se evite a transferência artificial de lucros, a tributação deve ser realizada no Estado onde foi gerado o valor do intangível transacionado. A determinação do Estado onde houve a criação de valor é feita, por sua vez, através de uma análise funcional de cada entidade envolvida na transação do intangível.

Trata-se da análise DEMPE, composta dos seguintes elementos: (i) desenvolvimento (*development*), nesta etapa, averigua-se qual entidade contribuiu de maneira mais expressiva para o processo de P&D que culminou na criação do ativo intangível; (ii) melhoria (*enhancement*): nesta etapa, analisa-se qual entidade desenvolveu as atividades capazes de atribuir valor adicional a um intangível já criado e em uso, como aprimoramentos e atualizações; (iii) manutenção (*maintenance*): envolve a análise de qual entidade realizou as atividades de preservação do intangível e de sua vida útil, para que, por meio destas, o ativo possa continuar gerando valor ao longo do tempo; (iv) proteção (*protection*): verifica-se qual entidade se empenhou na proteção do intangível, garantindo que não fosse indevidamente copiado ou explorado por terceiros, zelando pelo seu sigilo, bem como pela sua proteção legal, quando cabível; e (v) exploração (*exploitation*): analisa-se qual entidade explora economicamente o ativo, visando à obtenção de lucro.

temos a Ação de nº 9, que trata da alocação contratual de riscos e a consequente alocação de lucros indevidos; a Ação nº 10, que trata de transferência de lucro em transações controladas que não se enquadram na lógica de mercado; Já a Ação nº 13, embora não trate diretamente do tema dos preços de transferência, é de grande relevância para o assunto, uma vez que institui o Country-by-Country Report, relatório a ser apresentado anualmente pelas MNE's com informações detalhadas sobre a alocação de lucros e impostos pagos em cada um dos países nos quais atua.

Determinando, com base nos dados mantidos pelas entidades envolvidas na transação, a participação de cada uma delas nas diferentes atividades pertinentes ao ciclo de vida de um ativo intangível, de sua criação até o momento de sua transação, será possível aferir, de maneira mais precisa e justa, a qual proporção dos lucros decorrentes de tal transação fazem jus cada uma das entidades envolvidas. Dessa forma, os lucros devem ser tributados em maior grau pelo Estado no qual se situa a entidade com maior participação na criação de valor do intangível transacionado.

Importa notar que a análise DEMPE não é um método de determinação dos preços de transferência em si, mas apenas uma análise que permite concluir, de maneira mais objetiva, onde devem ser alocados os lucros a serem tributados. Com isso, a sua aplicação pode ser conjugada com a aplicação de algum dos métodos de determinação dos preços de transferência previstos pela OCDE.

3.2. Considerações acerca dos métodos mais adequados à determinação dos preços de transferência dos ativos intangíveis

Sendo assim, feita uma análise quanto ao Estado no qual devem ser alocados os lucros provenientes das transações envolvendo ativos intangíveis, partimos para a segunda etapa, a da determinação dos preços de transferência praticados na operação.

Embora a OCDE mantenha o princípio *arm's length* como pilar principal das suas recomendações à condução da análise dos preços de transferência, o que gera uma série de críticas, nomeadamente quando se fala de intangíveis⁷¹, ela reconhece as especificidades inerentes aos ativos intangíveis, que dificultam a adoção do princípio *arm's length* às transações que os envolvem⁷².

Diante disso, entende a OCDE que, em se tratando de ativos intangíveis, e sendo difícil a aplicação do princípio *arm's length*, o método do fracionamento do lucro pode ser a melhor alternativa⁷³. Isso porque, conforme exposto no primeiro capítulo do

⁷¹ BRAUNER, Y. "Changes? BEPs, Transfer Pricing for Intangibles, and CCAS" *University of Florida. Levin College of Law Legal Studies. Research Paper Series Paper No. 16-14*, (2016), p. 8.

⁷² OCDE. "Transfer Pricing Guidelines For Multinational Enterprises And Tax Administration.", Paris: OECD Publishing, (2017) pp. 247-248.

⁷³ OCDE. "Transfer Pricing Guidelines For Multinational Enterprises And Tax Administration.", Paris: OECD Publishing, (2017) pp. 296-297.

presente trabalho, o método do fracionamento do lucro não se baseia no exame de comparabilidade com as condições de mercado, possibilitando que os preços de transferência sejam definidos com base na contribuição de cada entidade parte da transação, por meio de uma análise funcional, mais uma vez, preconizando a substância econômica sobre a forma.

Essa análise funcional deve passar por alguns critérios, dentre os quais: (i) as funções desempenhadas por cada uma das entidades envolvidas no ciclo de vida do intangível; (ii) as motivações das entidades envolvidas na transação para engajar na mesma; (iii) as perspectivas, sobretudo econômicas, das partes quanto à transação; (iv) o oferecimento de vantagens competitivas pelo intangível, e a sua medida, dentre outros elementos que a autoridade tributária venha a entender cabíveis.

Por não depender de um exame comparativo de mercado, este método se demonstra, de fato, o mais adequado à solução dos desafios e controvérsias impostos pelos ativos intangíveis à temática dos preços de transferência.

Apesar disso, embora seja o mais adequado em comparação aos demais métodos de preços de transferência previstos pela OCDE, o método do fracionamento do lucro também encara desafios na sua aplicação. Diante da complexidade que cerca os intangíveis, a análise funcional pode ser dificultada, uma vez que, para uma justa repartição dos lucros entre as entidades envolvidas, é imprescindível a disponibilização de uma ampla gama de dados, por parte das mesmas, quanto ao processo de desenvolvimento do intangível, quanto os ativos utilizados no processo e quanto aos riscos assumidos por cada uma delas.

Também são feitas críticas quanto à relação entre este método e o princípio *arm's length*. Embora o método do fracionamento do lucro não dependa, para sua aplicação, de ativos similares em transações não controladas no mercado, ele ainda determina que seja avaliado, em sua segunda etapa, de que maneira tal transação seria realizada por entidades independentes, para então proceder com a repartição dos lucros. Ocorre que, como já mencionado, a singularidade dos intangíveis, bem como as especificidades que cercam todas as atividades DEMPE envolvidas no seu ciclo de vida, tornam praticamente impossível se vislumbrar que entidades independentes se envolveriam em transação comparável, o que atribui um certo trabalho imaginativo e, portanto, discricionário, por parte da autoridade tributária.

Apesar das críticas que possam – e devam – ser feitas ao método do fracionamento do lucro⁷⁴, este método se é o que melhor se afeiçoa, no atual cenário, ao caso dos intangíveis, uma vez que permite uma análise mais adequada às suas complexidades, bem como à sua criação de valor, considerando as cada vez mais recorrentes nuances cooperativas do seu desenvolvimento, além de levar em conta os riscos assumidos pelas entidades durante todo o processo, o que garante uma repartição dos lucros de maneira mais próxima da realidade econômica e, com isso, mais justa e equitativa.

E, cabe mencionar, é um método que proporciona tais vantagens sem se desvencilhar das diretrizes já estabelecidas pela OCDE, uma vez que, ainda que o coloque em segundo plano, o método do fracionamento do lucro ainda busca se adequar ao princípio *arm's length*. Para os mais críticos da postura da OCDE, especialmente quanto ao *arm's length*, este é um ponto negativo, enquanto que, para os seus defensores, o método do fracionamento do lucro corresponde à solução perfeita aos impasses trazidos pelos intangíveis à temática.

Nós ficamos algo no meio. Embora se reconheça que o método do fracionamento do lucro seja um avanço no que toca ao tratamento dos preços de transferência dos intangíveis, e que, no atual cenário, seja a melhor opção, há de se reconhecer também que sua aplicação é de certa complexidade, demandando que as empresas mantenham e disponibilizem dados detalhados acerca de todo o desenvolvimento e exploração do intangível, sem os quais a alocação do lucro não se fará confiável.

Além disso, o fato de tal método se submeter a uma análise de transações comparáveis, ainda que em segundo plano e mesmo diante do reconhecimento, pela própria OCDE, de que as características dos intangíveis, especialmente daqueles de difícil valoração, podem dificultar ou mesmo impedir tal análise comparativa, demonstra um certo desleixo. Ao que parece, em vez de adotar novos critérios específicos para atender às dificuldades encontradas na tributação dos intangíveis, optou-se por readaptar velhos conceitos e diretrizes a uma nova realidade.

⁷⁴ FISCHER, D. “Harmonização do Brasil ao padrão OCDE de preços de transferência” *Revista Consultor Jurídico*, (2020). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-25/diego-fischer-harmonizacao-brasil-padrao-ocde> Acesso em 14/08/2023.

Conclusão

Em meio a um cenário econômico caracterizado por forte integração entre os mercados em escala global, possibilitado, primordialmente, pelo veloz avanço da globalização e da tecnologia, as temáticas dos preços de transferência e dos ativos intangíveis, estarão, cada vez mais, em evidência. Não deixam dúvidas, a esse respeito, o constante aumento no número de grupos econômicos multinacionais – e a consequente alta no número de transações intercontinentais e intragrupo –, além da inegável importância dos ativos intangíveis na criação de valor para tais empresas.

Diante disso, é certo que a temática configura ponto de alerta para todas as empresas que se propõem a atuar no mercado global, as quais devem buscar adequar suas atividades, de maneira a garantir seu *compliance* com os regramentos de preços de transferência e prezar por uma gestão cuidadosa e bem documentada dos ativos intangíveis sob seu controle. Mais do que uma preocupação das empresas, contudo, o tema é preocupação das autoridades tributárias ao redor do globo, que veem suas bases tributárias erodidas por práticas de manipulação dos preços de transferência por parte das empresas, com vistas à evasão fiscal, por meio da transferência artificial de lucros.

Esse mecanismo é observado quando duas entidades relacionadas, localizadas em jurisdições fiscais diferentes, realizam uma transação entre si. Nestes casos, é comum que não sejam praticados os mesmos preços aplicáveis a transações realizadas entre entidades totalmente independentes, em condições concorrenciais de mercado. Não é raro, nesse sentido, que tais preços sejam manipulados, de forma que os lucros sejam realocados de uma entidade para a outra, estando a primeira situada em uma jurisdição fiscal com maior carga tributária sobre os rendimentos empresariais e, a segunda, em jurisdição de menor tributação.

Nesse contexto, a atuação da OCDE é de suma importância, tendo elaborado uma série de propostas visando o combate a tais práticas, sendo os mais importantes deles a Convenção Modelo OCDE e o projeto BEPS, os quais introduzem uma série de orientações adotadas e incorporadas ao ordenamento jurídico de diversos países. Destaca-se, nesse sentido, o Brasil, que até o presente ano de 2023, contava com um regramento de preços de transferência, introduzido pela Lei nº 9.430/96, totalmente divergente do modelo proposto pela OCDE mas, diante dos seus recentes esforços em

integrar a organização, acabou por adotar as suas recomendações, promovendo uma radical mudança no seu tratamento ao tema, introduzida pela Lei nº 14.596/23. Embora se façam críticas quanto a essa adesão, nomeadamente quanto à perda de autonomia política e econômica pelo país, entendemos que a atração de investimentos estrangeiros será extremamente benéfica.

As orientações da OCDE incluem a adoção do princípio *arm's length* como diretriz basilar, de acordo com o qual a verificação da ocorrência de manipulação dos preços de transferência deve partir de uma análise comparativa entre os preços praticados na transação controlada, e aqueles praticados no mercado, por entidades sem qualquer relação.

Quanto se trata de ativos intangíveis, no entanto, esse princípio se demonstra inadequado. Tais ativos são caracterizados por não possuírem substância física e por gerarem a expectativa, a quem os controla, de benefícios econômicos futuros, a partir de sua exploração. Além disso, eles são fruto do intelecto humano, sendo criados a partir do investimento em pesquisa e desenvolvimento e, muitas vezes, mantidos em sigilo, por razões legais e concorrenciais. Tais características dificultam sobremaneira e valoração dessa espécie de ativos, diante do seu caráter exclusivo, sem comparáveis diretos no mercado, e por depender de previsões quanto ao seu futuro desempenho econômico. Além disso, a identificação do seu proprietário de fato também é comprometida, pois não é raro que uma multiplicidade de entidades atuem em conjunto no seu desenvolvimento e exploração.

Esse cenário impõe grande desafio à temática dos preços de transferência, uma vez que a determinação do valor do ativo transacionado e a identificação do seu proprietário são imprescindíveis à determinação dos preços de transferência. Primeiro porque, sendo complexa a determinação do preço de um ativo e não sendo encontrados comparáveis diretos no mercado, a aplicação do princípio *arm's length* se demonstra, em termos práticos, impossível. Segundo porque a identificação do proprietário do ativo é fundamental para a correta alocação do lucro de maneira justa.

A OCDE propõe, nesse sentido, que seja realizada uma análise funcional, intitulada DEMPE, visando averiguar, em cada caso, quais entidades desempenharam, de maneira expressiva, as atividades de desenvolvimento, melhoria, manutenção, proteção e exploração do ativo transacionado. A partir dessa análise, os lucros poderão

ser distribuídos, posteriormente, de maneira proporcional à participação de cada uma das entidades envolvidas, para a criação de valor do ativo em questão.

Quanto ao método de preços de transferência mais adequado à hipótese dos ativos intangíveis, entendemos que o método do fracionamento do lucro se demonstre uma solução eficaz, permitindo, em conjugação com a análise DEMPE, a repartição dos lucros proporcionalmente à contribuição de cada entidade envolvida na transação para a criação de valor e, conseqüentemente, para a geração de tais lucros. Não se vislumbra, no atual cenário fiscal internacional, a existência de um método que permita se chegar a um resultado mais próximo do ideal *arm's length*, estabelecido pela OCDE, quando se trata de ativos intangíveis.

Isso porque, embora tal princípio não dependa de comparáveis para uma determinação bem sucedida dos preços de transferência – o que o torna um método eficaz quando se fala em intangíveis – ele também não nega vigência a tal princípio, utilizando-o como parâmetro em um segundo momento, como forma de validar a realocação estipulada a partir da análise funcional. Ademais, porque, ao se basear na criação de valor, em vez da comparação com transações não controladas, ele permite que se chegue, no contexto dos intangíveis, a um preço mais justo – e, por tal razão, espera-se, mais próximo do preço concorrencial – do que uma análise puramente baseada no *arm's length*, tal como o método CUP, uma vez que os intangíveis são, por natureza, únicos e incomparáveis.

Partilhamos, contudo, da ideia de que sempre há espaço para melhorias. O método do fracionamento do lucro pode se demonstrar, em certos casos, de aplicação complexa, e dependente da ampla disponibilização de dados por parte das empresas, o que pode impor dificuldade práticas. Além disso, sua adoção, ainda que em segundo plano, do princípio *arm's length* se demonstra mais como um reflexo da predileção da OCDE por este princípio – que embora seja totalmente adequado à maioria dos casos, demonstra-se infrutífero quando se trata de intangíveis – do que uma escolha intencional. Tal se justifica, no entanto, pelo fato de que o método não foi criado especificamente para intangíveis, sendo também aplicável a ativos tangíveis, para os quais é lógica a submissão ao *arm's length*.

Referências bibliográficas

BRASIL. Lei nº 9.430, de 27 de Dezembro de 1996.

BRASIL. Lei nº 14.596, de 14 de Junho de 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Exposição de Motivos do Projeto de Lei nº 2448 de 1996. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1132081&filename=Dossie+-PL+2448/1996 Acesso em: 28/05/2023.

BRAUNER, Y. “Changes? BEPs, Transfer Pricing for Intangibles, and CCAS” *University of Florida. Levin College of Law Legal Studies. Research Paper Series Paper No. 16-14*, (2016).

BRAUNER, Y. “Value In The Eye Of The Beholder: The Valuation Of Intangibles For Transfer Pricing Purposes” *University of Florida. Levin College of Law Legal Studies. Research Paper Series Paper No. 2008-09*, (2008).

CNC - Comissão de Normalização Contabilística. NCRF nº 06: Activos Intangíveis, Disponível em: https://www.cnc.min-financas.pt/_siteantigo/SNC_projecto/NCRF_06_activos_intangiveis.pdf Acesso em: 29/05/2023.

Deloitte. “BEPS Action 8: Transfer Pricing Aspects of Intangibles” (2014). Disponível em: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-uk-beps-action-8.pdf> Acesso em: 07/07/2023.

DIAS JUNIOR, A. A. S. “Intangíveis e Preços de Transferência: Vedações e Necessidades do Controle.” *Revista Direito Tributário Internacional Atual nº 07*. São Paulo: IBDT (2020).

EDEN, L. “The Arm’s Length Standard Is Not the Problem” *Bloomberg Tax – Tax Management International Journal* (2019).

EY (2019), EY Worldwide Transfer Pricing Reference Guide. Ernst & Young Global Limited, (p.2). Disponível em https://www.ey.com/en_gl/tax-guides/worldwide-transfer-pricing-reference-guide-2020 Acesso em: 24/06/2023.

FISCHER, D. “Harmonização do Brasil ao padrão OCDE de preços de transferência” *Revista Consultor Jurídico*, (2020). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-25/diego-fischer-harmonizacao-brasil-padrao-ocde> Acesso em 14/07/2023.

MACHADO, J. H., Galdi, F. C. “Ativos Intangíveis e Estrutura de Propriedade: Evidências no Mercado Brasileiro” *21st USP International Conference in Accounting, “Accounting and Actuarial Sciences improving economic and social development”*, (2021).

MARQUES, T. A., Guimarães, T. M., & Peixoto, F. M. – “A concentração acionária no Brasil: análise dos impactos no desempenho, valor e risco das empresas”, *Revista de Administração Mackenzie*, (2015).

MARTINS, U.L. “Preços de Transferência Adotados no Brasil e o Padrão Internacional da OCDE: Reflexão Acerca de Possíveis Convergências”. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, v. 8, n° 1 (2022).

OCDE. “Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation – Actions 8-10: 2015 Final Reports”, Paris: OECD Publishing, (2015).

OCDE. *Convenção Modelo* (2017).

OCDE. “*Transfer Pricing Guidelines For Multinational Enterprises And Tax Administration.*”, Paris: OECD Publishing, (2017)

OCDE. “Transfer Pricing Guidelines For Multinational Enterprises And Tax Administration.”, Paris: OECD Publishing, (2022).

OCDE e Receita Federal do Brasil. “Transfer Pricing in Brazil: Towards Convergence with the OECD Standard”, Paris: OECD Publishing, (2019).

OLIVEIRA, Vivian de Freitas e Rodrigues. “*Preço de transferência como norma de ajuste do imposto sobre a renda*” São Paulo: Noeses, 2015.

PORTUGAL. Código do Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (DL442-B/88), de 30 de novembro de 1988.

PORTUGAL. Portaria nº 268/2021, de 26 de novembro de 2021.

RIBEIRO, J. S. (org.), Bianco, J. F., Santos, R. T.. “Transfer Pricing Dispute Resolution in Brazil” in “Preventing and Resolving Tax Treaties and Transfer Pricing Disputes” *Escola de Direito da Universidade do Minho*. (2018).

RIBEIRO, M. F. K.; SPACK, C. “Preços de Transferência e Preservação da Base Tributária Para o Desenvolvimento Econômico e Social”. (2006).

ROCHA, S. A.; SCHOUERI, L. E.; TAVARES, R. J. S.; TORRES, H. T. “Manifesto À Declaração Conjunta Sobre Projeto de Preços de Transferência OCDE-Brasil, 2019.” *Revista Consultor Jurídico* (2019). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-25/opinioao-seguranca-juridica-isonomia-relacao-brasil-ocde> Acesso em: 29/07/2023.

SCHOUERI, Luís Eduardo. “*Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro*” 3.^a ed. São Paulo: Dialética, (2013).

SOUZA, B. N. – “Os Preços de Transferência e Intangíveis no Contexto de um Suposto Sistema Tributário Internacional”. *Revista Direito Tributário Atual*, [S. l.], n. 29, (2013).

TING, A.. “Intangibles and the Transfer Pricing Reconstruction Rules: A Case Study of Amazon” *British Tax Review, Issue 3*, (2020).

ZILVETI, F. A. (coord.); Ferraz, R. (editor); Ribeiro, J. S. “Gestão Centralizada de Tesouraria (Cash Pooling) e Preços de Transferência” in “*Revista Direito Tributário Atual*”. Instituto Brasileiro de Direito Tributário, Volume 35 (2016).