

# Preços de transferência em operações de alto risco

## A Ação 10 do Projeto Beps

LEANDRO TRIPODI

**Resumo:** A Ação 10 do projeto Base Erosion and Profit Shifting (Beps) (OCDE/G20) objetiva aprimorar os métodos de preços de transferência aplicáveis a operações intragrupo consideradas de alto risco. Se, por um lado, tratou de operações envolvendo serviços com baixa agregação de valor e *commodities*, essa Ação também levou à reforma das Diretrizes da OCDE sobre Preços de Transferência no que diz respeito ao método transacional do rateio de lucros. Por não ter adotado, até o momento, nenhum método de lucro transacional em sua legislação, pode-se dizer que o Brasil se encontra, além de isolado (inclusive no contexto do Mercosul), desprovido de ferramentas importantes no tratamento de operações complexas, praticadas por grupos multinacionais, capazes de erodir a base tributável do imposto de renda pessoa jurídica e deslocar lucros para o exterior, o que pode acarretar perda de receitas tributárias e de divisas para o País.

**Palavras-chave:** Tributação internacional. OCDE. Método do rateio de lucros. Imposto de renda. Empresas multinacionais.

### Transfer pricing rules in high risk transactions: Beps Project Action 10

**Abstract:** Action 10 of the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD/G20) Beps Project aims at the improvement of transfer pricing methods applicable to high risk intra-group transactions. Whereas it has focussed on low value-adding services and commodities transactions between associated enterprises, Action 10 also gave rise to a revamping of the OECD Transfer Pricing Guidelines where the transactional profit split method is concerned. Considering that Brazil has in its domestic legislation adopted no transactional profit transfer pricing methods, it is not amiss to state that, besides being isolated (even in the context of the Mercosul), the country cannot avail itself of important tools

Recebido em 17/6/19  
Aprovado em 18/9/19

for the treatment of complex transactions, performed by multinational groups, which are capable of eroding Brazil's corporate tax base and shifting profits to foreign jurisdictions, which may result in loss of tax revenue while also negatively affecting the country's balance of payments.

**Keywords:** International taxation. OECD. Profit split method. Corporate tax. Multinational enterprises.

## Introdução

O projeto Base Erosion and Profit Shifting (em tradução livre, Erosão da Base Tributável e Deslocação de Lucros), doravante Projeto Beps, simplesmente Beps ou Projeto, liderado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), foi criado em 2013 pelo Comitê de Assuntos Fiscais dessa mesma Organização com o fito de promover a cooperação internacional em matéria tributária para lidar com práticas, não necessariamente ilícitas, de empresas multinacionais (EMNs) capazes de causar perdas e/ou ineficiências alocativas arrecadatórias aos países nos quais desenvolvem atividades<sup>1</sup>.

Devido à complexidade de seu objeto, o Projeto Beps foi dividido em quinze Ações, que integram o chamado Pacote Beps e podem ser agrupadas de duas maneiras: a) em três pilares, cada um dos quais reflète a preocupação central que embasa a ação – Coerência, Substância e Transparência<sup>2</sup>; ou b) em quatro categorias, segundo as quais as ações são classificadas de acordo com uma noção de prioridade na sua implementação – Critérios Mínimos; Critérios Internacionais Reforçados; Abordagens Comuns e Melhores Práticas; e Reportamento Analítico e Mensuração do Beps. É importante notar que a sigla Beps é comumente empregada para designar o Projeto Beps, mas pode ser também utilizada para denotar as próprias estratégias de planejamento tributário insubstancial empregadas por grupos de EMNs a fim de erodir a base tributável

---

<sup>1</sup>Embora tenha representado um divisor de águas para a cooperação internacional em matéria tributária, é certo que o Beps ainda não se firmou como o arauto da era multilateral da tributação internacional. Como fatores que podem vir a refrear tal efeito, são apontadas, entre outros, uma certa involução – ou recalque – recente da cooperação multilateral em matéria comercial; a continuada prevalência do bilateralismo no campo do investimento; a dubiedade quanto ao foro internacional mais apropriado para albergar o tema da tributação e a dúvida quanto ao efetivo comprometimento das grandes potências para com a implementação do Projeto (KIM, 2015).

<sup>2</sup>Duas das ações, as Ações 1 (Economia Digital) e 15 (Instrumento Multilateral), são, porém, transversais em relação aos pilares mencionados.

em países com nível maior de tributação e deslocar lucros para países com nível menor de tributação.

O Grupo dos Vinte (G20), que inclui o Brasil e do qual a OCDE é parceira atuante e aconselhadora estratégica, também participa do Projeto, que se encontra atualmente na fase de implementação e conta com o envolvimento de 125 países, todos compreendidos no que se convencionou chamar de Marco Inclusivo (*Inclusive Framework*) do Beps. O Marco Inclusivo foi concebido, ao menos nominalmente, para envolver no Beps os países em desenvolvimento que não fazem parte do G20, visto que um esforço de cooperação internacional visando a evitar a deslocação de lucros para países com níveis menores de tributação seria praticamente inerte se não fosse nele incluído o maior número possível de países, em especial aqueles mais afeitos às chamadas práticas tributárias nocivas. Por outro lado, devido às suas vulnerabilidades, países em desenvolvimento – especialmente os menos desenvolvidos – são vítimas fáceis da competição tributária predatória (ou guerra fiscal) internacional, o que também justifica o seu envolvimento. Diversas organizações internacionais gozam do *status* de interlocutoras privilegiadas da OCDE e do G20 no âmbito do Beps, tais como a Organização das Nações Unidas (ONU), a Comissão Europeia (CE) e o Fundo Monetário Internacional (FMI).

A Ação 10 do Beps vincula-se ao pilar de Substância do Projeto. As Ações vinculadas a esse pilar voltam-se especialmente ao combate do abuso de forma<sup>3</sup> por parte de EMNs, com o fito de desvirtuar a aplicação de acordos bilaterais para evitar a dupla tributação (doravante, ADTs) – por meio da prática do chamado *treaty shopping*, às vezes contando com a intermediação de uma sociedade veículo ou de passagem (*conduit arrangements*) – ou de ludibriar as administrações tributárias nacionais, induzindo-as ao erro – por exemplo, malogrando a caracterização de estabelecimento permanente num determinado país ou realizando operações<sup>4</sup> intragrupais sem qualquer significação econômica, apenas a fim de deslocar lucros para países com menor tributação, subtributação, tributação favorecida ou até mesmo zero (ainda que o país de destino apenas ofereça um regime fiscal privilegiado, prática conhecida como *ring fencing*).

Para que uma operação demonstre ter substância na perspectiva do Beps, é necessário que faça sentido do ponto de vista da lógica empresarial e da racionalidade econômica, pois do contrário entende-se presente o

---

<sup>3</sup>Segundo a definição de Ribeiro (2015, p. 108), cristalina, além de muito conveniente para o seguimento deste estudo, no plano tributário, “a teoria do abuso de direito passa a incidir a partir do momento em que o contribuinte lança mão de um negócio jurídico, formalmente lícito, não visando, porém, adequar-se aos efeitos deste, mas apenas, ou fundamentalmente, à economia do imposto”.

<sup>4</sup>Neste trabalho, preferimos o termo *operações* como tradução de *transactions*, haja vista que *transação*, no direito brasileiro, tem o mesmo sentido que *settlement*, em inglês.

potencial de erosão da base e deslocação de lucros, ainda que tecnicamente não haja simulação jurídica tendente à elisão ou, de acordo com diferentes autores, evasão, elusão ou elisão abusiva fiscal. Além disso, requer-se que a alocação de riscos e retornos entre as EMNs participantes da operação, bem como sua capacidade financeira e sua conduta (ou performance funcional, como prefere a literatura oficial do Beps), considerada a função que cada uma desempenha no âmbito do grupo, correspondam às evidências produzidas quando da instauração de eventual procedimento fiscal. Isto é, exige-se que não haja descompasso entre papel e realidade, pois do contrário a realização de desconsiderações, requalificações e ajustes por parte das administrações tributárias envolvidas tende a se tornar inevitável.

Por outro lado, a Ação 10 está inserida na categoria de Critérios Internacionais Reforçados (*Reinforced International Standards*) do Beps, junto com as Ações 8 e 9 do Projeto, as quais também se referem aos preços de transferência. As Ações 8, 9 e 10 do Beps têm por denominador comum a preocupação – que também é uma preocupação do Projeto como um todo e, pode-se dizer, fundamento da própria doutrina dos preços de transferência – de atrelar o lucro (ou prejuízo) ao âmbito territorial onde se tem por agregado o valor, para que aí, e não em outro lugar, venha a ocorrer a sua tributação. Por isso, neste estudo, um mínimo de sobreposição da Ação 10 com as demais Ações do mesmo espectro será inevitável, uma vez que, além de contíguas, são intimamente correlacionadas.

## **1 Critério da aderência do valor econômico ao território do país onde é agregado como fundamento da tributação internacional dos lucros**

Desde a década de 1920 sedimentou-se a prevalência, no plano internacional, da ideia de territorialidade da tributação<sup>5</sup>, a qual tem por paradigma alinhar a localização jurídica do lucro, para fins tributários, com a localização geográfica da agregação de valor, isto é, com a locação física da atividade reditícia. O critério em comento exige que os estabelecimentos de um mesmo grupo sejam tratados como entidades separadas (segregadas, distintas, autônomas ou independentes, segundo o dizer de diferentes autores) para fins tributários, exigência que se encontra refletida no art. 7(2) do Modelo de Convenção Tributária sobre o Rendimento e o Capital da OCDE, independentemente da natureza jurídica de cada estabelecimento, o que resulta na incidência de ficções jurídicas em alguns casos.

---

<sup>5</sup> Ver o texto do Esboço de Modelo de Tratado da Liga das Nações, de 1928, cujo art. 5 combinava a abordagem territorial com uma espécie de *formulary apportionment*.

Porém, a ideia de que o Estado que exerce soberania sobre o território no qual o valor é agregado – isto é, o Estado fonte ou exportador de lucros – deve ser aquele que tributa o lucro da atividade realizada em seu território não é universalmente aceita. A ela opõe-se a ideia da tributação unitária ou em bases mundiais ou universais (TBU), também conhecida como *worldwide taxation*, que tem caráter marcadamente pessoal e extraterritorial e prestigia o exercício da jurisdição do Estado de residência, isto é, o Estado destinatário ou receptor dos lucros, no tocante à atuação transfronteiriça de seus nacionais<sup>6</sup>. Dizemos Estado de residência por ser esse o conceito aplicável no ramo tributário, pois em outros ramos do Direito o que dá fundamento ao poder extraterritorial do Estado é a nacionalidade como relação basilar de sujeição a um ordenamento jurídico, e não a residência, conforme o antigo adágio de que a lei persegue o nacional. Todavia, é certo que o alcance material do ordenamento jurídico tributário se baseia no conceito de fixação espacial da atividade ou do contribuinte ao âmbito de validade da lei, sendo-lhe a nacionalidade do pagador de impostos deveras indiferente<sup>7</sup>.

Na perspectiva da tributação unitária, o exercício do poder de tributar pelo Estado fonte é costumeiramente correspondido, mesmo na ausência de ADT, pelo Estado de residência com a imputação de um crédito ao contribuinte, em montante equivalente ao do imposto pago no Estado fonte, a fim de evitar a dupla tributa-

<sup>6</sup>Tôrres (2001, p. 89) anota que a TBU não é propriamente antagonista em relação à tributação territorial, porque “pressupõe” esta última, o que está correto e, por essa razão, esse doutrinador entende que melhor seria referir-se à TBU como “territorialidade com universalidade” por oposição à “territorialidade pura”.

<sup>7</sup>No âmbito do Direito Tributário dos EUA, a nacionalidade é levada a sério como critério de eleição do legislador para alcançar ativos de pessoas físicas situados no exterior, o que faz do sistema tributário desse país um exemplo quase único no cenário mundial.

ção<sup>8</sup>. Às vezes, apenas ficticiamente pago, como quando se verifica o gozo de benefício fiscal pelo contribuinte, concedido pelo Estado fonte, fenômeno denominado *tax sparing* e ocorrente na vigência de ADT.

Como se sabe, a partir de 1995 o Brasil adota a TBU<sup>9</sup>. A lei brasileira obriga a empresa controladora brasileira a registrar a renda do exterior como variação do valor do investimento em controlada ou como lucros disponibilizados ou, conforme o caso, apurados por coligada estrangeira – nos termos dos arts. 76 e ss. da Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014 (BRASIL, [2017a]). Isto é, a lei tributária brasileira abraçou o tratamento unitário dos grupos multinacionais brasileiros, por oposição ao tratamento atomístico ou individual, o que coloca o País em descompasso com o critério prevalente no cenário da tributação internacional dos lucros. Esse descompasso, *ad argumentandum*, pode induzir atritos na negociação e aplicação de ADTs, além de potencialmente acarretar outras desvantagens competitivas<sup>10</sup>.

Não que o modelo da TBU seja essencialmente problemático ou incompatível com o modelo territorial, o que é atestado pelo fato de a maioria dos países adotar, na verdade, um sistema híbrido, pois a) a tributação de coligadas

<sup>8</sup>Há outras variantes metodológicas conhecidas além do método do crédito (o método da isenção e o método das deduções), mas não convém aqui adentrar no detalhe, visto que constituiria desvio em relação ao tema principal.

<sup>9</sup>A partir da adoção dos arts. 25 a 27 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995 (BRASIL, [2019b]). Contudo, o Código Tributário Nacional (CTN) somente foi alterado, no particular, pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, a qual inseriu os §§ 1º e 2º no art. 43 do CTN (BRASIL, 2001).

<sup>10</sup>Ver, por exemplo, Fuck (2006), texto que trata da denúncia do ADT Brasil-Alemanha por este último país e atribui parte da motivação alemã à adoção da TBU pelo Brasil. Algumas das desvantagens competitivas acima aludidas encontram-se resumidas, didaticamente, em Territorial... (2012) – documento não atualizado após as reformas legislativas de 2017 realizadas nos Estados Unidos –, sem que necessariamente todas sejam pertinentes ao caso brasileiro.

e controladas estrangeiras neles estabelecidas guarda, em regra, caráter territorial; b) à tributação de lucros do exterior, ainda que unitária, em geral, correspondem créditos nacionais amistosa e bilateral ou unilateralmente concedidos; c) em alguns casos, a TBU se aplica somente a rendas de intangíveis ou provenientes de atividades com alta lucratividade; d) aplica-se uma variante da TBU limitada às companhias forâneas controladas (CFCs) situadas em paraísos fiscais; e e) vários dos países que preferem a tributação territorial adotam um pacote de medidas antiBeps, as quais recendem ao método unitário<sup>11</sup>. Todavia, a TBU não é a forma de tributação de lucros do exterior adotada pela maioria dos países desenvolvidos (hoje em dia, nem mesmo com a até então ponderável exceção dos Estados Unidos), nem aquela sancionada pela OCDE no âmbito do Beps.

Além disso, é unânime que a TBU desestimula a repatriação de lucros e estimula a inversão de controle (ou de investimento), mediante reorganização societária, forma de planejamento tributário internacional que deixa o Estado originário do grupo à mercê da perda de receitas, de divisas e, potencialmente, de empregos.

## **2 Estratégias para proporcionar a aderência do valor econômico ao território do país onde é agregado, para fins de tributação dos lucros**

Sem dúvida, a mais difundida estratégia com a finalidade de proporcionar a aderência do valor econômico ao território do país onde é agregado é a adoção de uma sistemática de

preços de transferência. A sistemática dos preços de transferência baseia-se na ideia de que os lucros não tendem a “fugir” de um país, a menos que exista uma comunhão de direitos e interesses entre EMNs envolvidas em operações intragrupais, com a concorrência da vontade dessas, para que ocorra a deslocação dos lucros. Afinal, é claro que uma empresa sem nenhuma relação de capital com outra, situada no exterior, não tem por que disfarçadamente remeter lucros (nem repassar prejuízos) a esta última: normalmente, as EMNs envolvidas em operações que provocam deslocação de lucros no plano internacional são o que se chama de entidades associadas, na linguagem da OCDE, ou pessoas vinculadas, na da legislação brasileira de preços de transferência, ou ainda partes relacionadas, expressão mais corrente na doutrina e que preferiremos empregar neste estudo. Isto é, trata-se de EMNs com laços societários suficientemente estreitos para que o proveito econômico que se busca maximizar possa ser compartilhado, ao fim e ao cabo, entre aqueles que detenham interesse em sua maximização.

O conceito de entidades associadas é definido, de forma abstrata, no art. 9 do Modelo de Convenção Tributária sobre o Rendimento e o Capital da OCDE, como as EMNs das quais uma participe na administração, no controle ou no capital da(s) outra(s), ou de cuja administração, controle ou capital participem idênticas pessoas, desde que seja possível diferenciar as condições comerciais e/ou financeiras aplicadas nas relações entre elas daquelas aplicadas entre partes não relacionadas – ou seja, de condições de mercado, ou de plena concorrência, ou comutativas, ou não tendenciosas, ou sem favoritismo, segundo o dizer de diferentes autores – ou simplesmente *arms length*. Por sua vez, o conceito de pessoas vinculadas encontra-se definido, de forma particularizada (e criticada, na doutrina, por sua abrangência), no art. 23, I a X, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro

<sup>11</sup> Como se vê, na praxis tributária internacional, misturam-se os elementos de conexão relevantes para a tributação: a) a nacionalidade, para tributar o nacional no exterior; b) a residência, para tributar o estrangeiro em território nacional, ou o próprio nacional em relação à sua atividade forânea; e c) o destino dos bens, serviços ou capitais, nos casos de tributação favorecida.

de 1996 (BRASIL, [2019c]), o qual deve ser lido combinadamente com os §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das S.A.) (BRASIL, [2019a]), bem como com os arts. 1.097 a 1.101 do Código Civil (BRASIL, [2019d]) e com o art. 83 da Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014.

A literatura sobre preços de transferência é rica, inclusive no Brasil, razão pela qual seria ocioso explorar aqui os fundamentos dessa sistemática. Cumpre apenas dizer que não se trata da única estratégia para proporcionar a aderência do lucro ao território no qual o valor é agregado. Como contraponto, a estratégia do *formulary apportionment* também pode ser utilizada com o mesmo objetivo e o é de maneira bem-sucedida, no plano doméstico, nos Estados Unidos, por exemplo. À diferença dos preços de transferência, o *formulary apportionment* consiste numa repartição dos lucros tributáveis entre as jurisdições interessadas de acordo com fórmulas previamente acordadas e fixas. Pode-se notar uma certa aproximação entre essa estratégia e a de preços de transferência nos métodos que a OCDE denomina de lucro transacional (*transactional profit methods*), se bem que descabe confusão entre tais abordagens, já que a segunda, como o nome diz, é *transacional*, ao passo que a primeira se baseia na aferição do lucro consolidado do grupo, prescindindo da utilização de preços de transferência e, conseqüentemente, afastando as dificuldades a ela inerentes, em particular, a de obtenção de informações confiáveis acerca de preços e condições de plena concorrência ou *arm's length*, dificuldade que será maior ou menor em função das condições do caso concreto e do método de preços de transferência a ser a ele aplicado<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Cumpre anotar que é indevida a caracterização da legislação brasileira de preços de transferência, fundada em presunções legais, como uma manifestação da estratégia

Embora aqui se fale, superficialmente, numa certa aproximação, a doutrina prevalente repudia qualquer relação entre a estratégia da OCDE e a da tributação com base no *formulary apportionment*, até porque o uso de fórmulas preestabelecidas foi cogitado, mas descartado, no âmbito do Beps. Mas há quem suspeite que, ao dar importância aos métodos de lucro transacional (o que ocorre, em grande parte, como consequência da Ação 10 do Beps), a OCDE esteja prenunciando a possibilidade de adotar o *formulary apportionment* como estratégia global para a tributação internacional dos lucros<sup>13 14</sup>. Segundo Tavares (2016, p. 28), embora os *standards* pós-Beps possam “até mesmo se assemelhar ou se aproximar de *global formulary apportionments* e [representar] flexibilização do ALP” (*arm's length principle*), eles “são, todavia, melhor compreendidos como uma evolução e sofisticação do sistema”. Certamente, a posição da OCDE não deve ser considerada inalterável, porém uma guinada estratégica de tamanha envergadura não se empreenderia, de fato, tacitamente, mas apenas após enfrentadas as objeções pertinentes e granjeado consenso entre as nações cooperantes.

Estratégias complementares, qualquer que seja a principal, devem ser adotadas. Dentre essas, destaca-se a promulgação de regras para combater a subcapitalização, normas antielisivas gerais, tais como a aferição ou teste de propósito principal (*Principal Purpose Test* (PPT), na sigla em inglês)<sup>15</sup> e da existência de estabelecimento permanente,

do *formulary apportionment*, pois deriva de um equívoco conceitual (SCHOUERI, 2013, p. 220).

<sup>13</sup> Possibilidade que Schoueri (2013) denominaria “método da divisão dos lucros mundiais por fórmulas predeterminadas”.

<sup>14</sup> Ver, por exemplo, Robillard (2015).

<sup>15</sup> É de notar, porém, que a adoção de regras antielisivas gerais, como um teste de “propósito negocial”, sem amparo em regra autorizativa expressa do ordenamento jurídico – que conta apenas com a norma de eficácia limitada do art. 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional (CTN) (BRASIL, [2013]) –, tem esbarrado em pesadas críticas na doutrina brasileira. Ver, por todos, Santos (2015).

este último, cada vez mais difícil de caracterizar na era da economia digital, pelo pouco que ela está ancorada em presença física. Tais estratégias complementares, em princípio, são compatíveis tanto com a sistemática dos preços de transferência quanto com o *formulary apportionment*.

### **3 O que se consideram operações de alto risco para fins da Ação 10 do Beps?**

Como dito, as Ações 8, 9 e 10 do Beps são dedicadas ao tema dos preços de transferência. Espera-se que os resultados dessas Ações provoquem modificações no plano das legislações domésticas, ocasionando a reformulação de parte do Direito Tributário internacional.

De certa forma, pode-se dizer que todas as operações visadas por essas Ações são de alto risco, porque a expressão se refere ao risco de erosão da base tributável por meio de planejamentos tributários insubstanciais praticados por grupos multinacionais. Tais operações têm em comum o fato de não serem consideradas aceitáveis do ponto de vista da lógica empresarial e da racionalidade econômica por indicarem, objetivamente, a busca não de eficiências alocativas ou de otimização da produção, mas de deslocação artificial de lucros e minoração – quando não completa frustração – da carga tributária. Trata-se de utilizar estratégias contábeis e negócios jurídicos simulados, com prejuízo tanto para o país que teria legítimo interesse e capacidade ativa para tributar – porque arrecadará menos, fato que desperta o instinto competitivo de cada país –, quanto para o conjunto dos países envolvidos – pois também a arrecadação é menor no total, comparativamente com uma operação em condições *arm's length*, fato que desperta o espírito de cooperação/coordenação internacional a fim de conter a perda de receitas tributárias no seu conjunto.

Porém, a OCDE (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, [2015]) considera que “alto risco” pode referir-se também ao risco inerente à própria operação, pois frequentemente algumas EMNs “assumem” (apenas no papel, é claro) riscos injustificáveis em operações intragrupais tão somente para embasar uma alocação de retornos não condizente com a decisão econômica razoável que partes não relacionadas presumivelmente teriam adotado em operação comparável – a se entender que empresas independentes não teriam feito operação do mesmo jaez, ou apenas muito dificilmente. Nesses casos, fica evidente tratar-se de uma alocação (e concentração) artificial de riscos e retornos, desenhada com o propósito de deslocar lucros também artificialmente, e “coincidentalmente” a parte que assume o maior risco (e à qual corresponde o maior prêmio, isto é, a maior fração dos retornos) encontra-se exatamente

situada em paraíso fiscal ou país com subtributação ou, quando menos, de menor tributação. Essa parte é (ironicamente, claro) denominada pela OCDE de “caixa postal de dinheiro” ou *cash box*, porque se limita a atuar como investidora ou mutuante formal, sem relevo operacional condizente com a atividade que, alegadamente, desempenha no âmbito do grupo, nem capacidade financeira para assumir os riscos que lhe são atribuídos a rigor dos instrumentos contratuais pertinentes à operação<sup>16</sup>.

Há ainda uma terceira acepção: “alto risco” pode referir-se a operações com potencial para causar prejuízos de larga escala à economia mundial, tais como as que, praticadas essencialmente por instituições financeiras, conduziram à crise econômica de 2007-2008, cujos efeitos contribuíram sobremaneira para o nascimento do Projeto Beps.

Como temas específicos, a Ação 10 ocupa-se de:

1. operações envolvendo *commodities*. A Ação 10 consagrou o chamado sexto método dos preços de transferência – uma variante mais praticável do método *Comparable Uncontrolled Price* (CUP)) –, o qual se baseia no uso de preços de *commodities* com cotações disponíveis em bases de dados dinâmicas, tais como bolsas de mercadorias; esse aspecto não interessa diretamente à presente análise, pois o Brasil já trabalha com métodos semelhantes de precificação de *commodities* em operações intragrupais<sup>17</sup>, e a Ação 10, no particular, baseou-se na experiência de países que já haviam adotado métodos de caráter similar;
2. pagamentos tipicamente empregados para deslocação de lucros no plano internacional, tais como taxas de administração (*management fees*) e despesas de escritório matriz (*head office expenses*), os quais correspondem a serviços intragrupais de baixa agregação de valor, cujo preço pode ser sobrestimado com relativa facilidade. Não lidaremos, tampouco, com esses pagamentos; pode-se dizer que, no particular, o Beps exige transparência quanto à informação relativa aos serviços intragrupais e aos respectivos preços, bem como a adequada precificação desses serviços; propõe-se, para esse fim, a adoção de uma margem fixa de 5% sobre os custos considerados como *arm's length*.

O que nos interessa na Ação 10 é a discussão sobre o método transacional do rateio de lucros (*transactional profit split method* ou simplesmente *profit split method*), visto que o Brasil ainda não adota esse método, nem outro

---

<sup>16</sup> Na literatura produzida pela OCDE, diz-se que essas EMNs são ricas em capital, mas de funcionamento pouco intensivo (*capital-rich, low-functioning*), devido ao caráter essencialmente formal de sua constituição.

<sup>17</sup> Trata-se dos métodos do Preço sob Cotação na Importação (PCI) e Preço sob Cotação na Exportação (PECEX), introduzidos pela MP 563, de 3 de abril de 2012, a qual foi convertida na Lei nº 12.715, de 17 de setembro de 2012 (BRASIL, [2012], [2015]), e inseriu, na Lei nº 9.430/1996, os arts. 18-A e 19-A (ver IN RFB nº 1.870, de 29 de janeiro de 2019 (BRASIL, 2019f), que alterou a IN RFB nº 1.312, de 28 de dezembro de 2012 (BRASIL, 2019e)).

que lhe seja equivalente ou possa suprir a sua não adoção. Trata-se de um método de elevada complexidade, que guarda remota semelhança com a estratégia do *formulary apportionment*, como já se disse, porém incide a) por transação e b) sem a adoção de qualquer fórmula fixa, exigindo análise caso a caso. É certo que o método enseja preocupações quanto à dificuldade e ao custo de sua aplicação tanto pelo contribuinte quanto pela administração tributária, mas essa ressalva não diminui a sua utilidade, nem a sua importância no contexto dos métodos dos preços de transferência.

A essência do método do rateio de lucros encontra-se na análise funcional do envolvimento de cada EMN quanto ao papel desempenhado na operação sob análise, aos riscos assumidos e aos retornos a cada uma delas alocados, de tal forma que a alocação de riscos e de retornos seja fidedigna à lógica empresarial e à racionalidade econômica, e não manipulada de forma a provocar a erosão da base e a deslocação – isto é, a remessa forçada ou disfarçada de lucros –, combatendo-se assim práticas tais como o *treaty shopping* e o *treaty abuse*, bem como o planejamento tributário insubstancial que lance mão de instrumentos híbridos descasados para a perseguição de oportunidades de dupla não tributação.

#### **4 Quais as medidas recomendadas pelo Beps para evitar a alocação artificial de riscos e retornos em operações intragrupais?**

Quando uma operação suspeita de Beps se encontrar delineada em termos da alocação artificial de riscos e retornos entre EMNs pertencentes a um mesmo grupo econômico, a situação reclamará um olhar em direção à realidade a fim de se buscar a essência econômica da operação, desconsiderando-se a estruturação meramente

formal que se lhe deu. Porém, a análise funcional da operação deverá levar em conta eventuais circunstâncias legítimas, tais como benefícios sinérgicos, economias de escala, práticas setoriais ou peculiaridades de estratégia empresarial que possam explicar uma eventual remuneração diferenciada, pois tais circunstâncias, quando se apresentam na prática, tornam a operação analisada incomparável a praticamente qualquer outra realizada sob condições de mercado. Em outras palavras, cada EMN deverá ter alocados para si os retornos que correspondam à sua efetiva contribuição para a obtenção do proveito econômico experimentado pelo grupo, independentemente do que houver sido formalmente acordado entre elas, sempre que discrepâncias relevantes e injustificadas forem identificadas.

Quatro são as providências recomendadas pelo Projeto Beps (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, [2015]) no âmbito da Ação 10, quando se afigurar o cenário descrito:

1. ajustar os preços de transferência à realidade econômica e à conduta das partes, ao invés de se apegar à literalidade dos instrumentos contratuais e das comunicações escritas ou outros atos praticados e/ou documentos trocados por elas;
2. observar a alocação contratual do risco tão somente na medida em que representar decisões de efetiva substância econômica;
3. atribuir não mais do que um retorno de risco zero (isto é, desprovido de prêmio de risco) às “caixas postais de dinheiro” do grupo, isto é, empresas que sejam mutuantes meramente formais e não se apresentem como efetivamente funcionais, por lhes faltar, se assim demonstrar a evidência do caso, tanto o controle do risco quanto a capacidade financeira para arcar com os ônus da operação; e
4. desconsiderar operações que se revelem claramente desprovidas de fundamento do ponto de vista da lógica empresarial e da racionalidade econômica.

Na prática, em relação à reforma e adaptação das legislações nacionais aos padrões pós-Beps, espera-se que as recomendações acima resultem em novos dispositivos da legislação de preços de transferência, tendo por finalidade, de um lado, combater a alocação exagerada de riscos, capital e retornos a uma parte relacionada, a fim de evitar a formação de “caixas postais de dinheiro”, e, de outro, desconsiderar operações intragrupo que, a julgar pela evidência, sejam estranhas à lógica empresarial e à racionalidade econômica – operações que, em outras palavras, não teriam ocorrido no mundo *arm's length* e que não se teriam manifestado a não ser entre partes relacionadas exatamente por conta da minoração de carga tributária que venham a proporcionar.

Esse seria o caso, por exemplo, de um grupo cuja EMN A, situada no país Ághape (de tributação favorecida ou, vulgarmente, um paraíso fiscal), sem ativos relevantes nem liquidez – isto é, desprovida de capacidade financeira e acesso a crédito e com exíguo quadro de funcionários –, fizesse empréstimos unicamente a outras subsidiárias do grupo (digamos, B, C e D, EMNs efetivamente funcionais e situadas respectivamente em Brabânia, Ceilônia e Dardanellos, países de tributação normal), acarretando a subcapitalização ou capitalização magra (*thin capitalisation*) destas últimas, a taxas superestimadas em relação ao mercado e sem gestão de riscos. Já que a mutuante A em nada contribui para a governança das mutuárias em decisões que possam importar significativa elevação ou mitigação do respectivo risco de crédito, nem impõe renegociações ou exerce direitos previstos em contrato, fica ao final evidenciada a participação societária indireta e disfarçada de um certo fundo de *equity* nas companhias B, C e D por intermédio de uma *offshore* (ou CFC) – nesse caso, A –, a qual se revela como mera sociedade de passagem.

Numa situação como essa, à falta de circunstâncias especiais que viessem a justificar um tratamento diferente, as recomendações da Ação 10 do Beps indicam as seguintes providências: a) atribuir um retorno de risco zero ao empréstimo realizado por A às EMNs relacionadas B, C e D (isto é, considerar que os juros devidos à empresa A, em virtude da operação, não serão superiores à taxa de uma aplicação segura)<sup>18</sup>; e b) desconsiderar – sempre para fins tributários, é bom lembrar – o negócio jurídico simulado (mútuo com pagamento de juros) e, conseqüentemente, tributar o negócio jurídico dissimulado (o qual se revela como de aporte de capital com remessa de lucros), considerando que este último esteja

---

<sup>18</sup>Note-se que a determinação do *quantum* dos juros devidos é questão espinhosa e controversa na doutrina e no Direito Comparado, mais ainda quando se tem em conta a legislação brasileira, ancorada na elaborada regra de custo do capital albergada no art. 22 e §§ da Lei nº 9.430/1996, que, como toda regra presuntiva, trata de forma idêntica situações elisivas e não elisivas ou, melhor dizendo, situações com e sem Beps.

clara e corretamente delineado, de acordo com a evidência do caso<sup>19</sup>.

Com relação ao exemplo apresentado, é importante acrescentar que a linha prioritária de análise gira em torno do cotejo com uma situação real sobre a qual houver informações disponíveis e dentro da qual se possa identificar um arranjo comparável, mas com consequências distintas por se tratar de operação não controlada (entre partes não relacionadas). De fato, é da essência da sistemática de preços de transferência a comparação entre operações controladas e não controladas, tanto diante de paradigmas externos (envolvendo apenas EMNs não relacionadas) quanto internos (envolvendo EMNs do grupo e outras que dele não façam parte), com base na qual se possa saber quais seriam o preço e/ou as condições *arm's length* no caso. Entretanto, nem sempre será possível proceder com base em comparações, pois uma vasta gama de operações não comparáveis ocorre dentro de grupos multinacionais dos mais diversos setores – de farmácia, biotecnologia, alimentos, eletrônicos, *software*, TI, finanças, serviços relacionados ao transporte internacional, *marketing*, desenvolvimento de produtos e moda, para citar apenas alguns –, todos mencionados na OCDE (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2018).

Por outro lado, o deslinde do caso não pode resultar em *bis in idem*, de tal forma que, no exemplo acima, os países Ághape, Brabânia, Ceilônia e Dardanellos necessitam exercitar a colaboração intergovernamental a fim de adotar solução

<sup>19</sup> Convém mencionar que a legislação brasileira adota outra presunção: a de que o mútuo realizado por coligada ou controlada no exterior em favor de empresa brasileira constitui distribuição disfarçada de lucros (ver art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e arts. 463 e 464 do RIR/2018, aprovado pelo Decreto nº 9.580, de 22 de novembro de 2018) (BRASIL, [2016b], 2018). Fica assim mais claro que as regras brasileiras carecem de aprimoramento à luz dos padrões pós-Beps, pois, a despeito de sua elogiada praticabilidade, tendem a violar o princípio *arm's length* e produzir pluritributação internacional.

coordenada, promovendo os ajustes primários e secundários ou correspondentes que venham a se revelar necessários, de tal forma que a carga tributária imposta ao grupo não exceda o que seria devido se a operação tivesse sido estruturada sem a prática de Beps (a fim de evitar a chamada dupla tributação econômica).

## 5 O método *profit split* ou do rateio de lucros<sup>20</sup>

O método do rateio de lucros (*profit split*) não é propriamente novo, visto que já se fala dele nas Diretrizes da OCDE sobre Preços de Transferência de 1995. Não se trata, portanto, de uma inovação introduzida pelo Projeto Beps, embora ele lhe tenha emprestado novo fôlego. Trata-se de um método notoriamente alheio à legislação brasileira de preços de transferência (até se pode dizer por ela vedado!), que, salvo norma de tratado, não pode ser aplicado pela autoridade fiscal brasileira – a Receita Federal do Brasil (RFB), por se tratar da aplicação da legislação federal do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ), bem como da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) – para lidar com grupos multinacionais estabelecidos no País que realizem operações nas quais seja possível identificar alocação artificial de riscos e retornos de uma forma não condizente com a lógica empresarial e a racionalidade econômica.

O mesmo método é, porém, adotado pela maior parte dos países sul-americanos, tais como Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, Peru, Uruguai e Venezuela, observando-se, portanto, descompasso do Brasil em relação às normas adotadas pelas outras nações integrantes do Mercosul, se bem que, no Equador e na

<sup>20</sup> Alguns doutrinadores, a exemplo de Schoueri (2013), preferem usar *divisão*, em lugar de *rateio*.

Venezuela, aos métodos de lucro transacional ainda é reservada aplicação residual (aplicação de *last resort*), o que importa em resultados muito parecidos com os que seriam obtidos no Brasil (SCHAFER; GASPARETTO; LUNKES; SCHNORRENBURGER, 2017). É bom lembrar que o Tratado de Assunção (Decreto nº 350, de 21 de novembro de 1991 (BRASIL, 1991)), em seu art. 1º, requer coordenação e harmonização de políticas (entre elas, a fiscal) e legislação nas áreas pertinentes entre os países do Mercosul, com o fim de proporcionar a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos nos respectivos territórios<sup>21</sup>.

Poder-se-ia alegar, porém, que o Brasil, dado o atual cenário legislativo, lança mão da tributação na fonte de remessas ao exterior a fim de coibir alocações artificiais de riscos e retornos em operações intragrupo. Porém, essa tributação não se presta ao objetivo de combater a erosão da base tributável e a deslocação de lucros, pois trata de forma idêntica operações entre partes relacionadas e não relacionadas. Além disso, considerando que há duas alíquotas aplicáveis ao Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) sobre as remessas ao exterior, 15% e 25%, as oportunidades de planejamento tributário tornam-se ainda maiores<sup>22</sup>. Isso sem falar nas remessas isentas ou sujeitas a alíquota diferenciada, na incidência do Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) e, quando for o caso, também na Contribuição de Intervenção sobre o Domínio Econômico (Cide), instituída pela Lei nº 10.168, de 29 de dezembro de 2000 (BRASIL, [2011]), bem como na variedade de alíquotas aplicáveis ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), quando incidir sobre a operação. Acrescente-se ainda a possibilidade de *treaty shopping* nos casos em que se encontrem vigorando ADTs para o País, mormente quando o respectivo ADT não contiver disposições tendentes à limitação de benefícios, dando ensejo a triangulações internacionais.

O método do rateio de lucros tem alguns pressupostos de aplicação, de acordo com a OCDE (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2018). Em particular, não se trata de um método recomendado na presença de operações paradigmas não controladas que possam indicar claramente quais as condições *arm's length* adequadas ao caso, nem na impossibilidade de determinação dos riscos efetivamente assumidos pelas EMNs do grupo, sendo exigível ainda que cada uma delas preste contribuição peculiar e relevante (*unique and valuable*

---

<sup>21</sup> Analistas políticos indicam que os fluxos intrablocos do Mercosul tendem a ser superados, dentro de alguns anos, pela nova estrutura de cooperação econômica da África (o African Continental Free Trade Agreement ou AfCFTA), podendo nosso mercado comum se tornar, portanto, o bloco econômico com menor fluxo intrablocos do mundo (ROSSI, 2019).

<sup>22</sup> É preciso lembrar ainda a incidência do PIS/Cofins-Importação em muitas operações, muito embora essa incidência tenha por fito apenas implementar a nacionalização dos produtos ou serviços importados.

*contributions*) à operação, em termos tanto das atribuições executadas quanto dos ativos (particularmente, intangíveis) fornecidos ou utilizados. Ademais, trata-se de um método transacional, por visar ao lucro de cada operação – ou transação –, e não ao lucro consolidado, quer do grupo ou de cada EMN. Tem ainda caráter fortemente relacional, de tal forma que somente se justifica aplicá-lo quando a atividade do grupo for suficientemente integrada e/ou interdependente e for verificada proximidade entre os objetos de cada uma das EMNs envolvidas na operação. Revela-se impróprio utilizar o método quando as EMNs atuarem de forma mais ou menos isolada ou se afigurar viável (e adequado) apreciar a contribuição de cada uma delas separadamente.

Ainda que seja o método mais adequado a casos envolvendo operações de alto risco entre partes relacionadas, não significa que seja um método de fácil aplicação, pois exige farto repertório de informações contabilmente convergentes e reduzidas à mesma base monetária sobre o grupo em análise, o que depende da implementação do pilar da Transparência do Beps. Esse pilar visa ao intercâmbio entre administrações tributárias de informações construídas com base nos relatórios país-a-país ou CbCR (*country by country reports*, na sigla em inglês<sup>23</sup>), entre outros documentos – por exemplo, os arquivos mestre e nacional (*master file e local file*), nenhum dos quais implementados pelo Brasil, mas importantes a título de documentação da estratégia global dos grupos multinacionais e para a equalização do patamar informacional de cada uma das administrações tributárias cooperantes<sup>24</sup>.

É importante ressaltar que a aplicação do método do rateio de lucros se apoia num critério não jurídico, mas econômico, de divisão dos lucros, de tal forma que não se afigura compatível com presunções legais – tais quais as que constituem atualmente a base da legislação brasileira na matéria –, mas requer o exercício de uma análise funcional com suporte na lógica empresarial e na racionalidade econômica, com referência, tanto quanto possível, às condições que seriam perseguidas por partes não relacionadas em operações comparáveis<sup>25</sup>. Talvez por isso a crítica, às vezes irrogada, de

---

<sup>23</sup> No Brasil, adotou-se a designação de Declaração País-a-País, ou DPP, instituída pela Instrução Normativa RFB nº 1.681, de 28 de dezembro de 2016 (BRASIL, [2017b]).

<sup>24</sup> No plano do intercâmbio de informações, o Brasil andou bem ao ratificar a Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária (Decreto nº 8.842, de 29 de agosto de 2016) (BRASIL, 2016a). Embora o compromisso ali estampado tenha sido não mais do que parcial, reflete uma tomada de posição importante do País a favor da colaboração intergovernamental em matéria de *enforcement* tributário.

<sup>25</sup> A referência às condições perseguidas por partes não relacionadas pode atuar tanto no sentido positivo de se aplicar, contextualizadamente, o paradigma de rateio de lucros que se saiba adotado por partes não relacionadas em operação comparável, quanto negativo, isto é, de se aplicar outro método de preços de transferência quando se o saiba utilizado em operações assemelhadas (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2018, p. 15).

que esse método seria subjetivo – intuitivo, estimativo ou hipotético –, longe de ser procedente, apenas revela a necessidade de melhor compreensão acerca do quão difícil pode ser a abordagem de planejamentos tributários insubstanciais complexos mediante o uso dos métodos tradicionais, os quais giram em torno apenas de preços de venda, custos e margens brutas de lucro<sup>26</sup>. Além disso, não há de se falar em subjetividade somente por se requerer a aplicação da lógica empresarial e da racionalidade econômica a uma certa operação: basta lembrar que essas apenas desvelam o conjunto de condições que seriam buscadas por uma parte qualquer que, agindo de forma independente no mercado, perseguisse unicamente o seu interesse, em lugar de priorizar o do grupo empresarial. Evidentemente, essa análise deverá ser contextualizada para cada caso concreto – de forma holística, no dizer da OCDE –, mas isso não significa que será subjetiva.

Embora não caiba, neste estudo, aprofundamento acerca do tópico da aplicação do método, cumpre dizer que são duas as modalidades segundo as quais poderá ser aplicado:

1. pela análise das contribuições de cada uma das EMNs para a operação em análise, aferidas com base na execução de atribuições e/ou na utilização ou fornecimento de ativos, rateando-se os lucros proporcionalmente à contribuição de cada uma delas para a operação; e
2. de forma residual, quando parte da operação puder ser paragonada (*benchmarked*) contra operações comparáveis realizadas entre partes não relacionadas, a respeito das quais informação confiável se encontre à disposição da autoridade tributária; nessa hipótese, deve-se estabelecer primeiramente uma remuneração condizente com a participação de cada EMN na operação, sendo a parcela remanescente do lucro (ou prejuízo) alocada mediante a análise de contribuições (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2018).

## Conclusão

Nominalmente, a Ação 10 do Beps trata de operações de alto risco – isto é, que demonstrem alta probabilidade de erosão da base tributável e

---

<sup>26</sup> Em resposta à crítica da subjetividade, Gregorio (2011, p. 393) aduz que a exigência à autoridade tributária de uma “fundamentação documentada” sobre a aplicação da legislação de preços de transferência é o melhor caminho para que se possibilite o ulterior controle judicial de sua atuação. Além disso, cumpre lembrar que a subjetividade é uma das premissas das Normas Internacionais de Relatório Financeiro (IFRS, na sigla em inglês, de International Financial Reporting Standards), adotadas no Brasil pela Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007 (BRASIL, 2007). O IFRS clama pela busca da essência econômica de cada operação, reconhecendo que o tratamento contábil das operações das empresas é adequado somente quando refletir o verdadeiro intuito das partes. Ver, nesse sentido, o item OB11 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC00) (2011), bem como Carvalho (2010, p. 374-375).

deslocação de lucros e/ou apresentem alocação de riscos e retornos operacionais não correspondentes à efetiva contribuição, em cada operação, das EMNs pertencentes a um certo grupo multinacional. Conforme o Beps se foi desdobrando, a Ação 10 convergiu para o tratamento das seguintes questões específicas: a) a prestação de serviços intragrupo de baixa agregação de valor; b) a precificação de *commodities* em operações com partes relacionadas, tendo a Ação 10 consagrado o chamado sexto método de preços de transferência, já adotado pelo Brasil; e c) a reformulação do método do rateio de lucros (*profit split method*), referido nos trabalhos da OCDE desde pelo menos 1995.

A discussão acerca da necessidade de adequação da legislação brasileira sobre preços de transferência já vai longe, com as opiniões se dividindo entre aqueles que decantam as vantagens (em especial, praticabilidade, simplicidade e certeza jurídica) e os que enumeram as desvantagens do atual modelo (em especial, desarmonia com o *arm's length*, inflexibilidade e particularismo). Embora seja difícil dar suporte a essa afirmação com dados da realidade econômica (os quais somente poderiam ser obtidos uma vez implantada eventual reforma), tampouco será fácil sustentar que o Brasil nada tem a ganhar com a adoção de um modelo mais alinhado com as recomendações internacionais. Afinal, o que pode ser mais vantajoso do que harmonizar nossa legislação com a de países com os quais mantemos estreitas relações de comércio e trocas de capitais? Ainda mais numa época em que o investimento estrangeiro procura previsibilidade e mitigação de custos de conformidade, os quais são catapultados pela falta de convergência normativa – algo que, no limite, poderia levar o Brasil a ser “punido” com desinvestimento e fuga de capitais, caso a sua legislação continue afastada dos padrões internacionais.

Em relação especificamente ao método do rateio de lucros, pode-se dizer que em tese o Brasil, por falta de previsão legal, encontra-se desarmado diante de operações que envolvam alocação artificial de riscos e retornos em operações intragrupo, pois sua caixa de ferramentas, em matéria de preços de transferência, apoia-se unicamente na apuração de preços de venda, custos e margens brutas de lucro, limitando-se assim aos métodos denominados tradicionais. Também não se diga que a tributação na fonte de remessas ao exterior poderia evitar a deslocação artificial de lucros nesse tipo de operação, visto que essa modalidade de tributação não é alternativa à estratégia de preços de transferência nem tem as qualidades necessárias para atacar o problema, que apresenta contornos muito mais sofisticados.

Assim, o estudo dos resultados da Ação 10 do Beps pode indicar (mais) um caminho para a maturação da legislação de preços de transferência no Brasil, de tal forma que o País, ao mesmo tempo em que se preocupa em demonstrar maior alinhamento com os padrões internacionais, também possa beneficiar-se de novas ferramentas para o tratamento de operações complexas em relação às quais os métodos tradicionais se mostram ineficazes, especialmente porque se reclama um escrutínio mais profundo do negócio (e não apenas dos negócios) de cada grupo multinacional. Com a adoção de métodos inspirados no tratamento de operações com intensa troca de capitais e nebulosa alocação de riscos, o Brasil daria um passo também no sentido de se preparar para o avanço irrefreável da economia digital, cujo advento traz, no plano tributário, desafios ainda difíceis até de prever.

É preciso dizer, por fim, que a adoção do método do rateio de lucros deverá trazer para o Brasil a necessidade de repensar os meios de resolução de controvérsias aplicáveis às questões

envolvendo preços de transferência, pois os métodos de lucro transaccional tendem a produzir uma espécie de contencioso que dificilmente se conseguirá enfrentar com os meios adotados pela legislação brasileira. Tal adoção atrairá a aplicação de métodos mais condizentes com as práticas de países desenvolvidos, (tais como a arbitragem tributária, na direção de um verdadeiro sistema multiportas) e o aprofundamento de padrões decorrentes da cooperação/coordenação internacional em matéria tributária, como os acordos de determinação prévia de preços (*advance pricing agreements*, entre nós também apelidados de acordos de preços antecipados ou APAs), os quais visam à eliminação de incertezas tanto para a administração tributária quanto para o contribuinte e à mitigação dos custos de administração e de conformidade.

Num cenário de crescente mobilidade internacional do capital e diante da propagação das cadeias globais de valor digitais e da deslocalização da produção, a política de erigir barreiras a fim de forçar uma substituição de importações pode estar datada, por deixar de produzir os efeitos esperados. Para não ficar para trás, é preciso especializar-se para melhor exportar, investindo conscientemente em educação e infraestrutura. Isso, porém, não será suficiente sem o redesenho de vários dos marcos jurídicos nacionais. Para atrair, é necessário reformar e reformular, minorar distorções, harmonizar a nossa legislação com a de outros países economicamente relevantes e mantê-la atualizada de acordo com as inovações produzidas pela comunidade internacional, da qual se deve participar ativamente.

## Sobre o autor

Leandro Tripodi é doutor em Direito Internacional e bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; cursa especialização em Direito Tributário na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, com financiamento da Receita Federal do Brasil, São Paulo, SP, Brasil; é analista tributário da Receita Federal do Brasil em São Paulo, SP, Brasil.  
E-mail: lndtrp2@gmail.com

## Como citar este artigo

(ABNT)

TRIPODI, Leandro. Preços de transferência em operações de alto risco: a Ação 10 do Projeto Beps. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 56, n. 224, p. 59-78, out./dez. 2019. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril\\_v56\\_n224\\_p59](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril_v56_n224_p59)

(APA)

Tripodi, L. (2019). Preços de transferência em operações de alto risco: a Ação 10 do Projeto Beps. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(224), 59-78. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril\\_v56\\_n224\\_p59](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril_v56_n224_p59)

## Referências

BRASIL. *Decreto nº 350, de 21 de novembro de 1991*. Promulga o Tratado para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai (TRATADO MERCOSUL). Brasília, DF: Presidência da República, 1991. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0350.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0350.htm). Acesso em: 19 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 8.842, de 29 de agosto de 2016*. Promulga o texto da Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária emendada pelo Protocolo de 1º de junho de 2010, firmada pela República Federativa do Brasil em Cannes, em 3 de novembro de 2011. Brasília, DF: Presidência da República, 2016a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/decreto/D8842.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8842.htm). Acesso em: 19 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 9.580, de 22 de novembro de 2018*. Regulamenta a tributação, a fiscalização, a arrecadação e a administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/decreto/D9580.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9580.htm). Acesso em: 19 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001*. Altera dispositivos da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp104.htm). Acesso em: 1º nov. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm). Acesso em: 20 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm). Acesso em: 19 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995*. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019b]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9249.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9249.htm). Acesso em: 1º nov. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996*. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019c]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9430.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9430.htm). Acesso em: 19 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997*. Altera a legislação tributária federal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2016b]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9532.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9532.htm). Acesso em: 19 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.168, de 29 de dezembro de 2000*. Institui contribuição de intervenção de domínio econômico destinada a financiar o Programa de Estímulo à Interação Universidade-Empresa para o Apoio à Inovação e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2011]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L10168.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10168.htm). Acesso em: 19 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019d]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 19 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007*. Altera e revoga dispositivos da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, e estende às sociedades de grande porte disposições relativas à elaboração e divulgação de demonstrações financeiras. Brasília, DF: Presidência da República, 2007. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Lei/L11638.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11638.htm). Acesso em: 19 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.715, de 17 de setembro de 2012*. Altera a alíquota das contribuições previdenciárias sobre a folha de salários devidas pelas empresas que especifica; institui o Programa de Incentivo à Inovação Tecnológica e Adensamento da Cadeia Produtiva de Veículos Automotores [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12715.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12715.htm). Acesso em: 19 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014*. Altera a legislação tributária federal relativa ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas – IRPJ, à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, à Contribuição para o PIS/Pasep e à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2017a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/Lei/L12973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L12973.htm). Acesso em: 19 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Medida Provisória nº 563, de 3 de abril de 2012*. Altera a alíquota das contribuições previdenciárias sobre a folha de salários devidas pelas empresas que especifica, institui o Programa de Incentivo à Inovação Tecnológica e Adensamento da Cadeia Produtiva de Veículos Automotores [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2012]. [Revogada]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Mpv/563.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Mpv/563.htm). Acesso em: 19 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Receita Federal. *Instrução Normativa RFB nº 1.312, de 28 de dezembro de 2012*. Dispõe sobre os preços a serem praticados nas operações de compra e de venda de bens, serviços ou direitos efetuadas por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, com pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior, consideradas vinculadas. [Brasília, DF]: Receita Federal, 2019e. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=39257>. Acesso em: 19 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Receita Federal. *Instrução Normativa RFB nº 1.681, de 28 de dezembro de 2016*. Dispõe sobre a obrigatoriedade de prestação das informações da Declaração País-a-País. [Brasília, DF]: Receita Federal, [2017b]. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=79444&visao=anotado>. Acesso em: 19 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Receita Federal. *Instrução Normativa RFB nº 1.870, de 29 de janeiro de 2019*. Altera a Instrução Normativa RFB nº 1.312, de 28 de dezembro de 2012, que dispõe sobre os preços a serem praticados nas operações de compra e de venda de bens, serviços ou direitos efetuadas por pessoa física ou jurídica [...]. [Brasília, DF]: Receita Federal, 2019f. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=98350>. Acesso em: 19 set. 2019.

CARVALHO, Nelson. Essência x forma na contabilidade. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel (org.). *Controvérsias jurídico-contábeis: (aproximações e distanciamentos)*. São Paulo: Dialética, 2010. v. 1, p. 371-380.

COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS. *Estrutura conceitual para elaboração e divulgação de relatório contábil-financeiro (CPC00-R1)*. [Brasília, DF]: CPC, 2011. Disponível em: <http://www.cpc.org.br/CPC/Documentos-Emitidos/Pronunciamentos/Pronunciamento?Id=80>. Acesso em: 1º nov. 2019.

FUCK, Luciano Felício. A denúncia da Convenção entre Brasil e Alemanha e os métodos para evitar a dupla tributação internacional. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário*, [Brasília, DF], v. 1, n. 2, p. 1-17, jul./dez. 2006. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/view/4464/2778>. Acesso em: 19 set. 2019.

GREGORIO, Ricardo Marozzi. *Preços de transferência: arm's length e praticabilidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. (Série Doutrina Tributária, v. 5).

KEEN, Michael. False profits. *Finance & Development*, [Washington, DC], v. 54, n. 3, p. 10-13, Sept. 2017. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2017/09/pdf/keen.pdf>. Acesso em: 19 set. 2019.

KIM, Jung-hong. A new age of multilateralism in international taxation?: focusing on the G20/OECD Beps Action 15 (multilateral instrument). *Seoul Tax Law Review*, [s. l.], v. 21, n. 2, p. 227-278, July 2015.

MORRIS, William. International tax reform: what will the future be? *Tax Journal*, [Surrey], 26 Sept. 2018. Disponível em: <https://www.taxjournal.com/articles/international-tax-reform-what-will-future-be-26092018>. Acesso em: 19 set. 2019.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Aligning transfer pricing outcomes with value creation, actions 8-10: 2015 final reports*. Paris: OECD, [2015]. (OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project). Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264241244-en.pdf?expires=1568995934&id=id&accname=ocid49029193&checksum=ACFB1337CD4FAA431DEAE82DEB5F44C6>. Acesso em: 20 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Revised guidance on the application of the transactional profit split method: inclusive framework on Beps: Action 10*. Paris: OECD, 2018. (OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project). Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/Beps/revised-guidance-on-the-application-of-the-transactional-profit-split-method-Beps-action-10.pdf>. Acesso em: 19 set. 2019.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. O dever de comunicar à fazenda pública o planejamento fiscal no Brasil. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 242, p. 96-114, nov. 2015.

ROBILLARD, Robert. Beps: is the OECD now at the gates of global formulary apportionment? *Intertax*, [s. l.], v. 43, n. 6-7, 2015.

ROSSI, Clóvis. A África se move, o Mercosul é zumbi. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 3 jun. 2019.

SANTOS, Ramon Tomazela. O desvirtuamento da teoria do propósito negocial: da origem no caso Gregory vs. Helvering até a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Dialética de Direito Tributário*, [São Paulo], n. 243, p. 126-145, dez. 2015.

SCHAFER, Joice Denise; GASPARETTO, Valdirene; LUNKES, Rogério João; SCHNORRENBERGER, Darci. Preço de transferência: legislação dos países da América do Sul e implicações nas importações de bens e serviços. *Revista de Contabilidade do Mestrado em Ciências Contábeis da Uerj*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 3-19, maio/ago. 2017. Disponível em: <http://www.atena.org.br/revista/ojs-2.2.3-06/index.php/UERJ/article/view/3264/2530>. Acesso em: 19 set. 2019.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de transferência no direito tributário brasileiro*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2013.

TAVARES, Romero J. S. *Política tributária internacional: OCDE, Beps e G20: implicações para o Brasil*. Brasília, DF: Confederação Nacional da Indústria, 2016.

TERRITORIAL vs. worldwide taxation. *Senate RPC*, [Washington, DC], Sept. 19, 2012. Disponível em: <https://www.rpc.senate.gov/policy-papers/territorial-vs-worldwide-taxation>. Acesso em: 19 set. 2019.

TÔRRES, Heleno. *Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.