

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

DIREITO INTERNACIONAL I

SANDRA REGINA MARTINI

WILSON DE JESUS BESERRA DE ALMEIDA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito internacional I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Sandra Regina Martini ; Wilson de Jesus Beserra de Almeida Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-431-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Responsabilidade. 3. Tributação. 4.

Processo de integração. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO INTERNACIONAL I

Apresentação

O Grupo de Trabalho de Direito Internacional I, abordou temas gerais do direito internacional e, particularmente, no XXVI COMPEDI, foi desenhado a partir de temas como Saúde mental no trabalho humanitário analisando o outro pela visão do direito fraterno até a Lavagem de dinheiro e cooperação internacional e a responsabilização das instituições financeiras”.

Entre as “Drogas ilícitas e sua possível legalização no Brasil” e o “Non-Refoulement como obrigação Jus Cogens típica”, a soberania é analisada e comparada sempre no contexto isento do sentido acadêmico. Neste contexto ainda surgiram análises críticas a processos contemporâneos de integração regional como o “Parlandino” nas suas perspectivas presentes e futuras frente a frente com “O processo de integração e novas formas de regulação comum da governança na União Européia.

Os conceitos de “trabalho decente e trabalho digno” em confronto com as normas internacionais que vedam o retrocesso do direito do trabalho foram apresentados como uma esperança de que haja alguma volta aos temas e as ações que protegem os trabalhadores em um mundo que prima pela liberalização das normas e conquistas dos trabalhadores e a valorização da redução de custos de produção para que produtos e serviços baratos possam chegar a todos os cantos do planeta.

A tributação das empresas multinacionais levada a cabo pela harmonização, por um lado e, a defesa de seus interesses, por outro, foi tratada e está em harmonia, dentro do GT, com temas como Formulary Apportionment e preços de transferência no contexto do planejamento tributário.

Por fim, mas não menos importante, “ a posse de armas nucleares por estados revisionistas” esteve lado a lado com “o direito ao desenvolvimento e o papel do comércio internacional. Há então, o “Construtivismo como ferramenta de análise para explicar a reconfiguração do “Poder Sobre” da soberania estatal contemporânea” que foi analisada em contexto semelhante a outro importante tema, como seja, “Feminicídio” como mero simbolismo.

Profa. Dra. Sandra Regina Martini (UNIRITTER/UFRGS)

Prof. Dr. Wilson JB Almeida (UCB)

**PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA VERSUS FORMULARY APPORTIONMENT -
ANÁLISE DAS MUDANÇAS PROPOSTAS PELO G20 E OCDE NAS REGRAS DE
PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA PARA RESOLVER O PROBLEMA DA
TRIBUTAÇÃO DAS EMPRESAS MULTINACIONAIS**

**TRANSFER PRICING VERSUS FORMULARY APPORTIONMENT - ANALYSIS
OF CHANGES PROPOSED BY THE G20 AND OECD IN TRANSFER PRICING
RULES TO ADDRESS THE TAXATION PROBLEM OF MULTINATIONAL
CORPORATIONS**

Paulo Antônio Machado da Silva Filho ¹

Resumo

O presente artigo científico busca apresentar as principais mudanças buscadas no cenário global por meio da iniciativa do G20 e da OCDE no que se refere ao planejamento internacional tributário agressivo pelas regras de preços de transferência. Além de analisar as mudanças advindas do Projeto BEPS, no que se refere às regras de preços de transferência, o artigo busca apresentar de maneira singela a alternativa do formulary apportionment. A necessidade de mudanças por meio de uma cooperação global é fundamental para uma melhoria das regras de tributação internacional das empresas multinacionais.

Palavras-chave: Cooperação jurídica internacional, Ocde, G20, Preços de transferência, Formulary apportionment

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to present the main changes sought in the global scenario through the G20 and OECD initiative regarding international tax planning aggressive by transfer pricing rules. In addition to analyzing the changes arising from the BEPS Project, with regard to transfer pricing rules, the article seeks to present in a simple way the alternative of the formulary apportionment. The need for change through global cooperation is key to improving the international taxation rules of multinational corporations.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: International legal cooperation, Oecd, G20, Transfer prices, Formulary apportionment

¹ Doutorando em Direito Público com linha de pesquisa em Direito Tributário pela PUC-MG; Mestre em Direito Empresarial com linha de pesquisa em Direito Tributário pela Faculdade de Direito Milton Campos

Introdução

A transferência de rendimentos de forma artificial, em transações transfronteiriças, vem sendo objeto de um projeto capitaneado pelo G20 e pela OCDE, na tentativa de combater planejamentos internacionais tributários agressivos. Trata-se o Projeto BEPS, cuja sigla significa erosão da base tributária e transferência de lucros (*base erosion and profit shifting* em inglês). O Projeto BEPS é uma iniciativa global para combater o planejamento tributário agressivo realizado principalmente por empresas multinacionais, e, através de planos de ação busca uma atualização das normas tributárias internacionais. Na realidade, corresponde a uma maneira de implementar uma cooperação internacional entre os Estados Soberanos na tentativa de combate à uma elisão tributária abusiva por meio de planejamentos tributários agressivos.

Dentro as medidas do Projeto BEPS, encontramos aquelas direcionadas especificamente para os preços de transferência, onde o foco está em três pontos específicos: bens intangíveis, transferência de capital e riscos, e, contratos de alto risco com entidades do mesmo grupo econômico (respectivamente os Planos de Ação 8, 9 e 10). Soma-se a estes planos de ação, o Plano de Ação 13, onde se encontram normas específicas a respeito da documentação que as empresas multinacionais deverão apresentar para as autoridades tributárias dos Estados Soberanos.

Juntamente com as mudanças de preços de transferência, o Projeto BEPS apresenta outros planos de ação voltados para áreas de extrema importância, como abuso de tratados, economia digital, regras de tributação de controladas no exterior, regras sobre estabelecimento permanente, resolução de conflitos, tratado multilateral entre outros. Uma ideia geral do Projeto BEPS é uma abordagem mais holística dos problemas, no sentido de que, somente através do conjunto de mudanças será possível o alcance dos objetivos de combate à erosão da base tributária e da transferência de lucros de maneira abusiva por parte das grandes empresas multinacionais.

Em contrapartida a tais medidas, parte da doutrina internacional entende que, com relação especificamente a questão de preços de transferência, imprescindível seria uma mudança mais drásticas para fins de tributar as empresas multinacionais como um todo, através da metodologia da *formulary apportionment*, já utilizada no passado e por alguns estados membros dos Estados Unidos da América, como é o caso do Estado da Califórnia.

O presente trabalho acadêmico busca aprofundar essas questões, apresentando inicialmente uma visão específica do Projeto BEPS no que se refere aos preços de

transferência. Em seguida analisará a via alternativa da *formulary apportionment*, e, ao final, buscará apresentar os pontos positivos desta metodologia de tributação dos grupos multinacionais.

1. A tributação através da metodologia de preços de transferência

Sendo bastante direto, pode-se traçar algumas principais considerações sobre a metodologia de tributação por meio de preços de transferência das empresas multinacionais. Em uma explicação rápida, podemos falar que, por esta metodologia, as empresas pertencentes a uma multinacional são tributadas de forma separada, e, as transações entre elas devem ser consideradas como se estas empresas fossem autônomas, buscando, dessa maneira, evitar a transferência de lucros entre elas. Essa ideia de considerar as empresas de um mesmo grupo independentes, é conhecida, dentro da metodologia dos preços de transferência, como *arm's length principle* ou *arm's length standard*, o que significaria, em uma tradução literal “distância de um braço”.

Os preços de transferência estão previstos nos tratados internacionais para se evitar a dupla tributação da renda (artigo 9º). Contudo, a forma de aplicação não, havendo regras distintas de cada país. O grande problema nas formas de estipular o preço de transferência é que todos os métodos utilizados acabam passando por uma subjetividade, notadamente no que se refere à estipulação do que seria a situação similar para fazer a comparação. Para aqueles que criticam a metodologia de preços de transferência, provavelmente, a maior das críticas é exatamente a falta de similar, e, cabe ressaltar, pelos dados coletados é possível chegar a essa conclusão.

Segundo AVI-YONAH (2015), as empresas multinacionais, usualmente, estão estruturadas de modo que a empresa mãe (ou matriz) é a controladora das empresas subsidiárias, fazendo com que os rendimentos tributários são divididos entre as diversas empresas do grupo. Desse modo, para se obter uma correta tributação desses rendimentos são usadas as regras de preços de transferência. Em suas palavras, AVI-YONAH (2015, p. 28) assim apresenta a questão: “Modern multinationals usually operate through a structure in which the parent company controls directly or indirectly hundreds of subsidiaries, and taxable income needs to be divided among them. That is the task of transfer pricing”.

2. O Projeto BEPS e os Planos de Ação 8, 9, 10 e 13

Recentemente tornou-se público que empresas multinacionais estariam cada vez mais utilizando de planejamentos tributários agressivos para evitar ou diminuir a carga tributária. Esse fato foi constatado tanto pela mídia como pelas autoridades tributárias de diversos países, e, casos como o da Apple, Google, Starbucks, entre outros, viraram notícias em todo o mundo. Essas empresas multinacionais, entre outras, estariam utilizando planejamentos tributários agressivos, através de reestruturações societárias, técnicas de preços de transferência, entidades e instrumentos híbridos, além de paraísos fiscais.

A doutrina especializada, bem como órgãos como a OCDE e grupos de países, como o G20, entendem que uma das principais razões para que isto venha ocorrendo é que o sistema tributário internacional teria suas normas, basicamente presentes em tratados internacionais tributários para se evitar a dupla tributação da renda, defasadas. Isto porque, a atual estrutura normativa do sistema tributário internacional seria baseada em ideias criadas por volta de 1920, ainda na época da Liga das Nações. Naquela época o comércio internacional e as operações comerciais transfronteiriças não eram tão evoluídas como nos dias atuais. Com a evolução das transações transfronteiriças, e, com o aumento das mesmas, conjuntamente com a evolução tecnológica e aumento de bens intangíveis e comércio eletrônico, notadamente as normas internacionais tributárias não conseguiram acompanhá-las.

Dentro desse cenário, o G20 requereu que a OCDE propusessem mudanças nas normas internacionais tributárias que combateriam o aumento da erosão da base tributável das empresas multinacionais, assim como a transferência de lucros. A erosão da base tributável (*base erosion*) e a transferência de lucros (*profit shifting*) ganhou, no cenário internacional, a abreviatura *BEPS*, e o trabalho da OCDE, no combate a tais práticas, ficou conhecida como o *BEPS Project*, ou Projeto BEPS, em português.

O Projeto BEPS seria um conjunto de planos de ação, propostos pelo G20 com a OCDE, para o combate de práticas de erosão da base tributável e transferência / alocação de lucros pelas empresas multinacionais. Esses planos de ação são vistos como medidas gerais e específicas para combater práticas tributárias indesejáveis que buscam a diminuição da base tributável das empresas multinacionais principalmente através da transferência de lucros.

Dentro dessas medidas, pode-se destacar uma posição da OCDE no sentido de conclamar que os países membros, assim como os não membros troquem mais informações e trabalhem de maneira cooperativa ao invés de uma maneira competitiva para tributar as empresas multinacionais.

Dentro dos planos de ação do BEPS, destacam-se aqueles voltados para as regras de preços de transferência. Seriam os planos de ação 8, 9, 10 e 13.

O Sumário Executivo do relatório final de 2015 a respeito dos planos de ação 8 a 10 do BEPS deixam claro que, com o aumento exponencial das transações intra-grupo, as regras de preços de transferência são usadas de modo a distorcer a alocação dos rendimentos com o local onde a atividade comercial é realizada.

As regras de preços de transferência são usadas para fins tributários para determinar as condições (e os preços) nessas transações dentro dos grupos econômicos das empresas multinacionais em diversos países. O problema referente a utilização de tais regras de forma desvirtuada é focado nos planos de ação 8 a 10 do Projeto BEPS, buscando alinhar as regras de preços de transferência com a criação de valores.

A principal regra dos preços de transferência é o princípio do *arm's length*. Nos tratados internacionais tributários, essa regra está presente no artigo 9(1), tanto na Convenção Modelo da OCDE como na Convenção Modelo da ONU.

Soma-se a isto, o fato de que a OCDE tem trabalhado com preços de transferência através de seus órgãos, como pode-se perceber dos relatórios até então publicados, em 1979, com revisões em 1995 e em 2010, e, chamados de *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, ou simplesmente *Transfer Pricing Guidelines*.

Segundo a OCDE, destacado novamente no sumário executivo do relatório final de 2015: “O princípio requer que transações entre empresas associadas sejam precificadas como se as empresas fossem independentes, operando a uma ‘distância de um braço’ e envolvendo em transações comparáveis sob condições similares e circunstâncias econômicas” (tradução livre da seguinte passagem: “*The principle requires that transactions between associated enterprises are priced as if the enterprises were independent, operating at arm's length and engaging in comparable transactions under similar conditions and economic circumstances*”).

O trabalho está focado em três áreas chaves.

O Plano de ação 08 está focado nos preços de transferência de intangíveis, que é apontado como uma área onde ocorre erosão da base tributável e transferência de lucros.

O Plano de Ação 09 está relacionado com os contratos de transferência de riscos, uma vez que a transferência de lucros para onde se encontra os riscos dos negócios pode corresponder a um local onde a atividade não é realizada. Além disso, no Plano de Ação 09 também está sendo trabalhado a questão de retornos de financiamentos promovidos por membros ricos do grupo empresarial multinacional, onde os fundos não correspondem ao nível de atividade realizada pela empresa que tomou o fundo.

O Plano de Ação 10 tem como foco as áreas de alto risco, incluindo operações que não seriam interessantes comercialmente para empresas do grupo, operações que desviariam os lucros das atividades economicamente relevantes do grupo multinacional e operações que neutralizariam alguns tipos de pagamentos efetuados entre os membros do grupo econômico, como é o caso de pagamento de comissões de gestão e despesas com a sede. Essas operações teriam o único objetivo de reduzir a base tributável.

Um ponto importante é que para os membros da OCDE que estão no grupo trabalho sobre preços de transferência da OCDE, os apontamentos realizados através dos planos de ação 8 a 10 do Projeto BEPS serão considerados como emendas às orientações do grupo de trabalho.

O Sumário Executivo deixa claro que para atingir uma resolução para os problemas levantados seria importante que a orientação revisada realizasse uma cuidadosa delimitação das atuais transações envolvendo as empresas associadas através da análise das relações contratuais entre as partes, combinado com a condução e atuação destas. Assim, a atuação das empresas irá substituir ou complementar os arranjos contratuais, caso esses sejam incompletos ou não coincidam com a realidade. Tudo isto seria feito, também, com a aplicação do correto método de precificação buscando evitar a transferência de rendimentos onde não haja contribuição para a sua obtenção. Ainda segundo o relatório final de 2015, em seu sumário executivo, isto iria acarretar uma correta alocação dos rendimentos onde estes são realizados através das atividades empresariais. É importante também destacar que no caso de falta de um propósito negocial (*commercial rationality*), as orientações continuariam a ser no sentido de desconsideração dos arranjos realizados para fins de transferência dos rendimentos.

Existem dois pontos importantes destacados com relação aos intangíveis e aos riscos. O Sumário Executivo define risco como o efeito da incerteza nos objetivos do negócio (*risks are defined as the effect of uncertainty on the objectives of the business*).

Neste sentido, é possível vislumbrar situações onde, por determinação contratual, o risco é assumido por membros do grupo econômico que na realidade não possuem qualquer controle do risco, ou mesmo que não possuem capacidade financeira para assumir tal risco, com o exclusivo propósito de transferência de lucros.

A solução apresentada pelo relatório é que os riscos contratualmente assumidos por uma parte que, na realidade, não pode exercer relevante ou específico controle definido sobre os riscos, ou que não tem a capacidade financeira de assumir o risco, irá acarretar que o risco será transferido para a parte que exerce tal controle e que possui a capacidade financeira para assumir o risco.

Com relação aos intangíveis, as orientações deixam claro que a propriedade em si não acarreta o retorno na sua exploração. O retorno, ou melhor, os rendimentos, serão considerados para aquela parte do grupo econômico que realmente assuma o risco ou que controle economicamente riscos significativos e contribuição de ativos, o que será averiguado por meio de uma apurada delimitação e análise das transações. Ou seja, o rendimento irá seguir a contribuição dada pela parte do grupo econômico para a sua obtenção. Soma-se a isto que orientações específicas deixam claro que a análise para a alocação dos rendimentos não será influenciada por meio da utilização, por parte dos grupos econômicos, de relações contratuais específicas ou de contratos de repartição de custos, como os *cost contribution arrangements*.

A terceira situação revista pelas orientações contidas nos Planos de Ação 8 a 10 do Projeto BEPS refere-se quando um membro do grupo econômico, que possui capital, realiza financiamentos mas realiza poucas atividades. O foco nesse plano de ação é quando a empresa que está financiando não assume qualquer risco, ou quando a empresa que está recebendo o financiamento é uma empresa solvente. Nestas situações não será considerada a transferência de rendimentos.

Outro ponto das orientações é no sentido de assegurar que os métodos de precificação irão alocar os rendimentos nas atividades econômicas mais importantes. Com isso não será mais possível transferir lucros ou benefícios de sinergia realizados pelo grupo para membros que não contribuíram. Um exemplo é o benefício de descontos quando membros do grupo fazem um pedido muito grande de bens. Somente os membros do grupo que fizeram esse pedido é que poderão utilizar dos benefícios decorrentes do desconto.

Como já visto em outras partes do Projeto BEPS, os Planos de Ação 8 a 10 também estão buscando uma análise holística, deixando claro haver uma ligação com os demais planos de ação. O sumário executivo apresenta como exemplo as situações em que uma entidade, pertencente a um grupo econômico, é utilizada como uma “caixa de dinheiro” (“*cash boxes*”). Com relação às orientações revisadas sobre preços de transferência, essas entidades, consideradas como entidades ricas em capital, estariam enquadradas nas situações descritas no Plano de Ação 10. Com isto, o financiamento feito por estas entidades a outras entidades do mesmo grupo não poderiam ser consideradas como situações de risco para fins de transferência de rendimentos. Da mesma forma, ressalta o sumário executivo, para estas situações outros planos de ação também estariam apresentando orientações, como seriam os casos dos planos de ação 04 (que trata da dedutibilidade de juros), o plano 06 (que trata a respeito do abuso de tratados), e o plano de ação 3 (que trata das regras CFC).

Com relação a visão holística, apontada como orientação geral para os planos de ação do BEPS, o próprio sumário executivo dos planos de ação 8 a 10 destacam a questão da transparência analisada especificamente para os preços de transferência no plano de ação 13. O Plano de Ação 13, trata da documentação necessária para a análise apontadas nas orientações sobre preços de transferência. Através dos relatórios contry-by-contry será possível um melhor levantamento da alocação de lucros em grupos econômicos realizada por meio de abuso nos métodos de preços de transferência. O Plano de Ação 13, além da documentação necessária para a análise dos preços de transferência, também discute a respeito da aplicação de preços de transferência em comodites e em serviços de baixo valor agregado entre empresas do mesmo grupo econômico.

O interessante na conclusão do sumário executivo dos planos de ação 8 a 10 é a conclusão de que, tratando o Projeto BEPS dos meios necessários para que métodos de preços de transferência não sejam usados para a transferência de lucros e erosão da base tributável, ajustando os rendimentos onde eles há uma real criação de valores, e, adicionalmente, tratando da questão do papel de empresas com muito capital e sem funcionalidade em grupos econômicos, conseqüentemente não haverá necessidade para desenvolver medidas especiais desvinculadas do princípio do *arm's lenght* no combate a tributação de empresas multinacionais.

Posteriormente às medidas e revisão de orientações propostas nos planos de ação do Projeto BEPS, serão realizadas novas medidas voltadas ao método de divisão de lucros (*profit Split*), e de transações financeiras, por meio de grupos de trabalho organizados pelo G20.

Para BRAUNER (2014, p. 96), preços de transferência agressivos correspondem ao “coração pulsante” dos planos de erosão da base e alocação de lucros, posto que as transações das empresas multinacionais acabam por “mover” intangíveis de jurisdições onde a tributação é elevada para jurisdições de baixa tributação. Isto já teria sido objeto de preocupação da legislação norte americana no passado que apresentou diversas mudanças na legislação tributária para combater tais medidas. A solução dada pelos planejamentos tributários foi o uso de *cost sharing* para exportar os direitos de intangíveis que sofriam tributação, para países de baixa tributação (como por exemplo a Irlanda). BRAUNER (2014, p. 97) destaca tal planejamento:

Cost sharing is a safe-harbor regime that shields qualified taxpayers from regulatory scrutiny, primarily from the application of the United States' partnership taxation rules and the normal transfer pricing rules.¹²⁴ Cost sharing is still a regime unique to the United States' transfer pricing rules, both in its scope and its "generosity" to taxpayers. Its origins and purpose are unclear,¹²⁵ yet its effect is enormous,

allowing thousands of United States MNEs to avoid repatriation and tax payment on trillions of dollars of their foreign profits.

Once these intangibles were parked in the low-tax jurisdiction, the MNEs would structure their business worldwide in a manner that would maximize the profits shifted to these low-tax jurisdictions at the expense of the countries where they operated using multiple schemes.²⁷ These are the notorious BEPS schemes that are now exposed through the BEPS project and related media exposure. These sophisticated tax-planning schemes all rely on the simple use of transfer pricing—the cost sharing opportunity and the bias inherent in the arm’s length-based rules in favor of MNEs. This bias is particularly pronounced for MNEs with a larger intangible component in their businesses.

BRAUNER (2014, p. 98) destaca que existe uma relação entre intangíveis e o projeto BEPS. Ademais, a questão mais crítica seria utilizar o terceiro princípio do projeto BEPS, exposto no início de seu trabalho, para solucionar a questão de preços de transferência relacionados com intangíveis. Isto porque a questão da fórmula do *arm’s length* deveria ser deixada de lado para que se pudesse procurar por uma solução nova para o problema. O próprio relatório do plano de ação do BEPS deixa claro que os intangíveis são de difícil mensuração. Assim, o plano de ação apresenta uma posição de aceitar medidas além do *arm’s length* para medir os intangíveis, sem contudo possibilitar a sua substituição: *It clearly refuses to accept consideration of a replacement for the arm's length-based system, yet the above openness must signal a step in the right direction.*

Outro ponto observado por BRAUNER (2014, p. 98) é que os trabalhos realizados pela OCDE referentes a intangíveis já teria começado a aceitar a ideia de divisão da competência tributária na busca de uma solução: *To complete this picture, the intangibles project already seems to have leaned towards accepting a more central role for a profit split methodology that is already formulary to a large extent.*

Dentro da questão dos preços de transferência, o plano de ação 09 trata dos “riscos e capital” (*Risks and Capital*) onde BRAUNER (2014, p. 100-101) aponta ser o capital outra “calcanhar de Aquiles” do problema de preços de transferência. Sobre o capital, destaca que a OCDE já teria feito algum estudo ao analisar o artigo 7 de sua Convenção Modelo. Desse modo, o autor afirma que a OCDE terá dificuldades em resolver este problema com a simples utilização da técnica de *arm’s length*. Com relação ao risco, BRAUNER (2014, p. 101) afirma que poderá ser necessário uma relação com o princípio do valor criado, sendo que o risco deverá ser incorporado a este. Dessa forma, para o risco deveria ser repensado os métodos utilizados e a utilização de medidas inovadoras, o que estaria de acordo com os princípios primeiro e terceiro do BEPS expostos no início de seu trabalho.

O plano de ação 10 trata especificamente de outras transações de alto risco (*other high-risk transactions*), e, em tais situações BRAUNER (2014, p. 101) adverte que somente

poderia ocorrer com partes relacionadas, não sendo, portanto, necessária a utilização do princípio *arm's length*.

Já o plano de ação 13 do Projeto BEPS é basicamente direcionado à documentação que as empresas multinacionais devem reportar aos governos no que se referem a transferência de lucros dentro de seu grupo econômico empresarial.

O sumário executivo deixa claro que, objetivando alcançar o seu objetivo, foram estabelecidos abordagens padronizadas em três níveis.

O primeiro seria uma apresentação de um documento máster (*master file*) para todos os governos que demonstrariam os operações negociais em nível global do grupo econômico e a metodologia de preços de transferência utilizada.

O segundo seria um “documento local” específico para cada país, onde seria identificado o material relacionado com as transações das partes, os valores em cada transação, bem como a análise de preços de transferência utilizada pela empresa multinacional.

O terceiro seria um relatório país por país disponível anualmente para e por cada uma das jurisdições onde há negócios feitos pelas empresas multinacionais. Nesse terceiro relatório, as empresas multinacionais também apresentariam os montantes de receitas e lucros advindos de seus negócios, bem como os impostos pagos e computados. Outros fatores como número de empregados, capital, ganhos retidos, ativos tangíveis em cada jurisdição, também devem ser relatados. Nesse terceiro relatório haveria também a apresentação das entidades que o grupo faz negócios bem como a identificação de cada uma de suas atividades realizadas.

O sumário executivo deixa claro que com a apresentação desses três níveis de documentação será possível avaliar as atividades das empresas bem como fazer com que elas articulem de maneira consistente suas metodologias de preços de transferência, e, com isto, identificar quando há operações artificiais. É relatado, outrossim, que alguns países pretendem pedir informações adicionais nos relatórios país-por-país, como pagamento de juros, royalties e serviços intra-grupos, e, que tais países seriam os mercados emergentes como é o caso do Brasil, Argentina, China, Colômbia, Índia, México, África do Sul e Turquia. Em razão das posições diversas com relação à documentação a ser apresentada, o sumário executivo deixa claro que novas modificações e uma análise do que for implementado será feito em 2020, para futuras melhorias e inclusão de novas informações e dados, caso necessário.

Um ponto importante é que os relatórios *master* e local devem ser entregues a cada uma das autoridades tributárias onde o grupo econômico possui entidades. Já o relatório país-

por-país deverá ser entregue na jurisdição da residência fiscal da entidade matriz final e, por meio de trocas de informações, esse relatório será disponibilizado entre as autoridades tributárias. Ademais, segundo o sumário executivo do relatório final de 2015 do Plano de Ação 13, o relatório país-por-país começará a ser entregue a partir de janeiro de 2016 com a possibilidade de mudanças, como apontado alhures, em 2020; e, as empresas multinacionais que deverão apresentar tal relatório serão aquelas onde a receita anual consolidada do grupo chega a 750 milhões de euros.

BRAUNER (2014, p. 103) destaca a seguinte passagem do plano de ação 13, onde é demonstrado o seu objetivo:

Develop rules regarding transfer pricing documentation to enhance transparency for tax administration, taking into consideration the compliance costs for business. The rules to be developed will include a requirement that MNE's provide all relevant governments with needed information on their global allocation of the income, economic activity and taxes paid among countries according to a common template.

Apesar do requerimento de envio de documentos, que são inclusive necessários para uma auditoria, BRAUNER (2014, p. 104) destaca que há, neste plano de ação, duas importantes inovações. A primeira seria uma padronização dos relatórios de informações sobre preços de transferência, e, a segunda, seria um relatório dos países a respeito das operações das empresas multinacionais. Estas duas inovações são objeto de um rascunho de discussão lançado. Os relatórios padronizados seriam chamados de “master file” e “local file”:

The discussion draft includes a recommendation to standardize a core transfer-pricing report that it calls the "master file," together with a "local file." 45 The master file will include all the obviously needed information about the overall structure and operations of the MNE, its intangibles and its financial and tax positions, and will be available to all of the countries where the MNE operates and which may have a tax claim over such MNE's income. The local file will include information about the relevant local entity or entities of the INE, information about local transactions, and relevant financial information. This file will be available in a standard format, yet with localized information only, in each relevant jurisdiction. Then, each country may presumably be able to require additional reporting beyond the standard to complement the local file.

BRAUNER (2014, p. 104-105) afirma que esta padronização, além de ajudar aos contribuintes, também ajudará as autoridades tributárias para analisar os documentos. Isto iria, inclusive, reduzir os custos de compliance.

Com relação aos relatórios de países por países, BRAUNER (2014, p. 105) elogia a iniciativa, afirmando que não somente é bom para o compliance, mas também para legitimar a confiança do público, em geral, no regime tributário internacional:

Country-by-country reporting is important not only for the substantive reasons of improving compliance and enforcement, but also for the important legitimacy benefits it brings with it. Restoring the confidence of the public in the international tax regime must be a key goal of the BEPS project, thus the importance of legitimacy.

Importante destacar que BRAUNER (2014, p. 105) adverte sobre a importância dos relatórios país por país serem transparentes e abertos ao público, demonstrando uma preocupação no fato de que esta transparência não estar tão clara.

Nota-se, desse modo, que as propostas do Projeto BEPS para as alterações das regras de preços de transferência são muito mais no sentido de aprimorá-las do que necessariamente de criar uma nova metodologia no combate a transferência de lucros pelas empresas multinacionais, o que, de certa forma, cria bastante discussão no que se refere

3. A tributação por meio do *formulary apportionment* em comparação a tributação por meio dos preços de transferência

Uma outra forma de tributar as empresas multinacionais seria através da metodologia de tributação do *formulary apportionment*. Neste sentido, AVI-YONAH (2015, p. 28) afirma que:

In theory, it is possible to treat the entire multinational as a single entity and either tax it on a consolidated basis (with the parent paying the entire tax but with a credit for foreign taxes on the subsidiaries) or apportion the group's income among different jurisdictions by a formula, which essentially ignores the separate status of the various corporations within the group.

O primeiro método apresentado por AVI-YONAH (2015) seria o *unity taxation*, onde o grupo multinacional seria tributado como um todo pela empresa mãe como contribuinte, utilizando-se créditos tributários decorrentes da tributação de suas subsidiárias em outras jurisdições soberanas. Já pelo *formulary apportionment*, seria utilizada uma fórmula de alocação de lucros, e, seria utilizado por alguns estados membros dos Estados Unidos da América. Não obstante tais a defesa na utilização de tais métodos em nível global, fato é que

as regras de preços de transferência, tratando as empresas subsidiárias como entidades independentes é utilizado largamente desde 1924.

O método do *formulary apportionment* é defendido não somente pelo professor de Michigan Reuven S. Avi-Yonah, mas por uma gama de tributaristas especializados em tributação internacional que apontam diversos problemas com relação à metodologia dos preços de transferência, entre os quais o principal seria uma falta de situação similar para comparar os preços utilizados pelos grupos multinacionais em suas operações internas. Juntamente com Kimberly A. Clausing, Reuven S. Avi-Yonah defendem a adoção do *formulary apportionment* em diversos artigos científicos, destacando, neste presente trabalho, o artigo “*Reforming Corporate Taxation in a Global Economy: A Proposal to Adopt Formulary Apportionment*”, escrito em 2007. AVI-YONAH e CLAUSING (2007) propõe a tributação das empresas multinacionais americanas baseada em uma fração de seu rendimento mundial correspondente ao faturamento de vendas em solo americano:

We propose a system of formulary apportionment for taxing the corporate income of multinationals firms. Under our proposal, the U.S. tax base for multinational corporations would be calculated based on a fraction of their worldwide income. This fraction would simply be the share of their worldwide sales that are destined for costumers in the United States.

Segundo AVI-YONAH e CLAUSING (2007, p. 12) o método do *formulary apportionment* define uma unidade de negócios onde está baseada a empresa controladora que exerce controle legal e econômico de suas subsidiárias, sendo tratada como um único contribuinte calculando a sua base tributável por meio da subtração de seus gastos globais no que se refere aos seus rendimentos também globais, por meio de um sistema contábil global e deixando de levar em consideração a distinção legal de suas subsidiárias. Ainda com relação à proposta desenvolvida pelos autores, a fórmula de rateio dos rendimentos, entre as diversas empresas do grupo econômico, seria baseada nos rendimentos auferidos pelas vendas realizadas em cada jurisdição.

AVI-YONAH (2015, p. 80-81) defende que essa metodologia seria a melhor solução para se evitar a dupla tributação dos rendimentos bem como a dupla não tributação, em comparação a metodologia dos preços de transferência, segundo a qual, teria vários entre os quais, cinco deles vale o destaque no presente trabalho.

O primeiro dos problemas enfrentados pelas regras de preços de transferência é que a aplicação do princípio *arm's length* seria fictício, posto que os grupos multinacionais, ao organizarem suas estruturas com empresas do mesmo grupo e não com empresas

independentes estariam, notadamente, evitando uma relação com empresas que não possuem relação alguma. Ao utilizar o princípio *arm's length* para atribuição de lucros haveria uma clara ficção da realidade econômica do grupo econômico que é o que se busca evitar nesta forma de estruturação dos grupos multinacionais. Assim, e segundo AVI-YONAH (2015, p. 73): “*it does not make sense to attribute profits and expenses to individual jurisdictions using separate-entity accounts*”, ou seja, não tem sentido buscar uma tributação de maneira fictícia.

O segundo problema estaria no fato de que as regras de preços de transferência criam situações totalmente artificiais, o que se infere dos problemas enfrentados pelas Administrações Tributárias de vários países, onde se observa que empresas multinacionais estariam flagrantemente criando situações artificiais para alocar os seus lucros em empresas do grupo estabelecidas em paraísos fiscais.

O terceiro problema auferido pelas regras de preços de transferência corresponde a total complexidade de suas regras. Segundo AVI-YONAH (2015, p. 75):

As Taylor notes, observers have described the system as “a cumbersome creation of stupefying complexity” with “rules that lack coherence and often work at cross purposes”. Astshuler and Acherman note that observers testifying before the President’s Advisory Panel of Federal Tax Reform found the system “deeply, deeply flawed”, noting that “it is difficult to overstate the crisis in the administration of the international tax system of the United States”. Current transfer pricing rules have spawned a huge industry of lawyers, accountants and economists whose professional role is to assist multinational companies in their transfer pricing planning and compliance.

Observa-se que a crítica a este problema vai além das regras de preços de transferência, relatando ainda uma verdadeira criação de uma indústria voltada para o planejamento tributário por meio de preços de transferência.

O quarto problema dos preços de transferência apontados por AVI-YONAH (2015) seria uma consequência de baixa arrecadação por parte dos Estados Soberanos no que se refere a tributação das empresas multinacionais justamente por possuírem uma tributação elevada em comparação àquelas jurisdições onde os lucros são alocados de maneira artificial por meio de regras de preços de transferência.

Por fim, o quinto problema é justamente no fato de que é possível encontrar situações comparáveis para a aplicação das regras de preços de transferência, voltando ao problema da ficção na tributação por meio dessas regras. AVI-YONAH (2015, p. 77) ainda afirma que por mais que as regras de preços de transferência fizessem sentido a oitenta anos atrás, a realidade atual é outra, com os avanços tecnológicos advindos desde o final da segunda guerra mundial. Segundo AVI-YONAH (2015, p. 77):

Such approach might well have made sense 80 years ago, when the legislative language underlying today's ALS for income tax purposes was first developed. At that time, although multinational groups existed, available transportation and communications technology did not permit close centralized management of geographically dispersed groups. Therefore, members of multinational groups functioned largely as independent entities, and benchmarking their incomes or transactions based on uncontrolled comparables probably made good sense.

Em contrapartida, a adoção do método do *formulary apportionment* traria, primeiramente, uma simplificação no que se refere a tributação das empresas multinacionais.

Através de uma cooperação internacional na adoção dessa metodologia de tributação, seria possível uma redução da dupla tributação da renda (propósito inicial dos tratados internacionais tributários para evitar a dupla tributação das rendas e incentivas as transações transfronteiriças).

Analisando os reformas propostas pelo Projeto BEPS, notadamente com relação às regras de preços de transferência, AVI-YONAH e XU (2016, p. 17) destacam que a OCDE já teria analisado a proposta alternativa de tributação por meio do *formulary apportionment*, contudo, o órgão internacional, segundo os autores, se recusa a mudar o sistema de preços de transferência. Segundo os autoras, a recusa na mudança estaria muito mais ligada a uma familiaridade com o atual sistema de preços de transferência do que necessariamente com algum tipo de análise técnica, não havendo uma pesquisa científica neste sentido. Não obstante, vale a constatação tanto de Avi-Yonah, como de Brauner no sentido de que as mudanças apresentadas pelo Projeto BEPS, no que se referem às regras de preços de transferência seriam por demais singelas e uma mudança radical (agora já segundo Avi-Yonah [2016, p.17]) seria uma melhor solução.

Considerações finais

É fato que, na atual situação que se encontra, as regras de preços de transferência não correspondem a uma efetiva forma de tributação das empresas multinacionais. As reformas apresentadas pelo Projeto BEPS, principalmente quando vistas em uma maneira holística de resolução dos problemas de erosão da base tributária e transferência de rendimentos podem ajudar em um primeiro momento nos problemas enfrentados pelo atual sistema tributário internacional.

Não obstante tais expectativas, não se pode deixar de concordar que o enfrentamento do problema da base tributável e da transferência dos rendimentos, especificamente com

relação às normas de preços de transferência, não está seguindo uma linha de mudança de paradigma buscando uma solução diversa. Na realidade, o que se busca é tão somente a implementação de melhoras nas orientações da OCDE sobre preços de transferência, cuja última alteração ocorreu em julho de 2010.

Logicamente que tais alterações irão refletir em melhoras no cenário atual, contudo, a carência de uma mudança mais radical, na metodologia de tributação das empresas multinacionais, como seria o caso de implementação do *formulary apportionment*, levanta um questionamento sobre uma efetiva solução dos problemas enfrentados hoje em dia, posto que as críticas atuais sobre a metodologia de preços de transferência remanescem.

Apesar de não ser ainda certo de que o *formulary apportionment* seria a melhor solução para o caso, porque resta um aprofundamento nesta pesquisa, pode-se constatar, desde já, que o Projeto BEPS, no que se refere às mudanças nas regras de preços de transferência, não irão solucionar os problemas apontados alhures pela doutrina especializada. Portanto, imagina-se que as atuais reformas que estão sendo feitas e estudadas não serão definitivas, já que alguns problemas permanecerão.

Referências

ARNOLD, Brian, MCINTYRE, Michael J. **International Tax Primer**, 2nd edition. The Hague: Kluwer Law International, 2002.

ARNOLD, Brian J., WILSON, James R. **Aggressive International Tax Planning by Multinational Corporations: The Canadian Context and Possible Responses**. University of Calgary. The School of Public Policy – SPP Research Papers. Volume 7. Issue 29. Setembro 2014.

AVI-YONAH, Reuven S. **Advanced Introduction to International Tax Law**, Edward Elgar Publishing Limited, 2015.

AVI-YONAH, Reuven S. CLAUSING, Kimberly A. **Reforming Corporate Taxation in a Global Economy: A Proposal to Adopt Formulary Apportionment**. Discussion Paper 2007-2008 June 2007. The Brookings Institution, Junho 2007.

AVI-YONAH, Reuven S.; XU, Haiyan. **Evaluating BEPS** (January 15, 2016). U of Michigan Public Law Research Paper No. 493. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2716125> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2716125>

BRAUNER, Yariv, **What the BEPS?**. Florida Tax Review. Volume 16 (2014) p. 55-115

OECD. **Action Plan on BEPS**. OECD, Julho 2013.

OECD. **Addressing Base Erosion and Profit Shifting**. OECD, Fevereiro 2013.

OECD. Actions 8-10 Transfer Pricing – Intangibles, Risks & Capital, High-Risk Transactions – Final Report 2015 OECD, Outubro 2015.

OECD. Action 13 Transfer Pricing Documentation – Final Report 2015 OECD, Outubro 2015.