TEXTO PARA DISCUSSÃO

2969

DESAFIOS TRIBUTÁRIOS DECORRENTES DO INGRESSO DO BRASIL NA OCDE: LUCROS NO EXTERIOR, PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA, SUBCAPITALIZAÇÃO E DIVULGAÇÃO OBRIGATÓRIA DE PLANEJAMENTOS TRIBUTÁRIOS

ALEXANDRE EVARISTO PINTO

ipea
Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

TEXTO PARA DISCUSSÃO

2969

Rio de Janeiro, fevereiro de 2024

DESAFIOS TRIBUTÁRIOS DECORRENTES DO INGRESSO DO BRASIL NA OCDE: LUCROS NO EXTERIOR, PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA, SUBCAPITALIZAÇÃO E DIVULGAÇÃO OBRIGATÓRIA DE PLANEJAMENTOS TRIBUTÁRIOS

ALEXANDRE EVARISTO PINTO[1]

1. Professor da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo (FEA/USP); doutor em direito econômico, financeiro e tributário pela USP; e doutorando em controladoria e contabilidade pela USP; e conselheiro julgador do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf) e do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN). *E-mail*: alexandre.pinto@usp.br.

Governo Federal

Ministério do Planejamento e Orçamento
Ministra Simone Nassar Tebet

ipea **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**

Fundação pública vinculada ao Ministério do Planejamento e Orçamento, o Ipea fornece suporte técnico e institucional às ações governamentais – possibilitando a formulação de inúmeras políticas públicas e programas de desenvolvimento brasileiros – e disponibiliza, para a sociedade, pesquisas e estudos realizados por seus técnicos.

Presidenta
LUCIANA MENDES SANTOS SERVO

Diretor de Desenvolvimento Institucional
FERNANDO GAIGER SILVEIRA

Diretora de Estudos e Políticas do Estado, das Instituições e da Democracia
LUSENI MARIA CORDEIRO DE AQUINO

Diretor de Estudos e Políticas Macroeconômicas
CLÁUDIO ROBERTO AMITRANO

Diretor de Estudos e Políticas Regionais, Urbanas e Ambientais
ARISTIDES MONTEIRO NETO

Diretora de Estudos e Políticas Setoriais, de Inovação, Regulação e Infraestrutura
FERNANDA DE NEGRI

Diretor de Estudos e Políticas Sociais
CARLOS HENRIQUE LEITE CORSEUIL

Diretor de Estudos Internacionais
FÁBIO VÉRAS SOARES

Chefe de Gabinete
ALEXANDRE DOS SANTOS CUNHA

Coordenador-Geral de Imprensa e Comunicação Social (substituto)
JOÃO CLAUDIO GARCIA RODRIGUES LIMA

Ouvidoria: http://www.ipea.gov.br/ouvidoria
URL: http://www.ipea.gov.br

Texto para Discussão

Publicação seriada que divulga resultados de estudos e pesquisas em desenvolvimento pelo Ipea com o objetivo de fomentar o debate e oferecer subsídios à formulação e avaliação de políticas públicas.

© Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – **ipea** 2024

Pinto, Alexandre Evaristo
Desafios tributários decorrentes do ingresso do Brasil na OCDE : lucros no exterior, preços de transferência, subcapitalização e divulgação obrigatória de planejamentos tributários / Alexandre Evaristo Pinto. – Rio de Janeiro: Ipea, 2024.
70 p. – (Texto para Discussão ; n. 2969).

Inclui Bibliografia.
ISSN 1415-4765

1. Lucros no Exterior. 2. Preços de Transferência. 3. Subcapitalização. 4. Divulgação Obrigatória. 5. Planejamento Tributário. 6. OCDE. I. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. II. Título.

CDD 336.2

Ficha catalográfica elaborada por Elizabeth Ferreira da Silva CRB-7/6844.

Como citar:
PINTO, Alexandre Evaristo. **Desafios tributários decorrentes do ingresso do Brasil na OCDE** : lucros no exterior, preços de transferência, subcapitalização e divulgação obrigatória de planejamentos tributários. Rio de Janeiro : Ipea, fev. 2024. 70 p. (Texto para Discussão, n. 2969). DOI: http://dx.doi.org/10.38116/td2969-port.

JEL: F3; F38; H2; H26.

As publicações do Ipea estão disponíveis para *download* gratuito nos formatos PDF (todas) e EPUB (livros e periódicos).

Acesse: https://repositorio.ipea.gov.br/.

As opiniões emitidas nesta publicação são de exclusiva e inteira responsabilidade dos autores, não exprimindo, necessariamente, o ponto de vista do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada ou do Ministério do Planejamento e Orçamento.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados nele contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

SUMÁRIO

SINOPSE

ABSTRACT

1 INTRODUÇÃO 6

2 DAS REGRAS DE LUCROS NO EXTERIOR 7

2.1 Da evolução histórica das diretrizes de lucros no exterior da OCDE 7

2.2 Da evolução histórica da legislação de lucros no exterior no Brasil 10

2.3 Dos desafios de compatibilização entre a legislação brasileira e as diretrizes da OCDE 16

2.4 Considerações 17

3 DAS REGRAS DE PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA 18

3.1 Da evolução histórica das diretrizes de preços de transferência da OCDE 18

3.2 Da evolução histórica da legislação de preços de transferência no Brasil 21

3.3 Dos desafios de compatibilização entre a legislação brasileira e as diretrizes da OCDE 32

3.4 A MP nº 1.152/2022 e a maior convergência ao padrão da OCDE 35

3.5 Considerações 38

4 DAS REGRAS DE SUBCAPITALIZAÇÃO 40

4.1 Da evolução histórica das diretrizes de subcapitalização da OCDE 40

4.2 Da evolução histórica da legislação de subcapitalização no Brasil 45

4.3 Considerações 51

5 DAS REGRAS DE DIVULGAÇÃO OBRIGATÓRIA DE PLANEJAMENTOS DA OCDE 53

5.1 Da evolução histórica das diretrizes de divulgação obrigatória de planejamentos tributários da OCDE 53

5.2 Da evolução histórica da legislação de divulgação obrigatória de planejamentos tributários no Brasil 54

5.3 Considerações 60

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS 61

REFERÊNCIAS 64

SINOPSE

Este trabalho tem como objetivo principal avaliar os desafios a serem enfrentados pelo Brasil para o ingresso como membro pleno da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) no que tange à legislação tributária relativa a lucros no exterior, preços de transferência, subcapitalização e divulgação obrigatória de planejamentos tributários. Nesse sentido, procede-se à análise histórica das normas relativas a cada um desses institutos segundo a OCDE e também acerca das normas brasileiras. As conclusões apontam as incompatibilidades entre o modelo brasileiro e o modelo da OCDE, em maior ou menor medida.

Palavras-chave: lucros no exterior; preços de transferência; subcapitalização; divulgação obrigatória; planejamento tributário; OCDE.

ABSTRACT

The main objective of this work is to assess the challenges to be faced by Brazil to become a full member of the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) in terms of tax rules related to controlled foreign companies, transfer pricing, thin capitalization, and mandatory disclosure. In this sense, a historical analysis of the OECD rules is carried out, highlighting their main characteristics. A historical analysis of the Brazilian rules is also carried out, demonstrating their main features. The conclusions point to incompatibilities between the Brazilian model and the OECD model.

Keywords: controlled foreign companies; transfer pricing; thin capitalization; mandatory disclosure; tax planning; OECD.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como proposta principal avaliar os desafios tributários a serem enfrentados pelo Brasil no que tange à sua legislação dos seguintes institutos: lucros no exterior, preços de transferência, subcapitalização e divulgação obrigatória de planejamentos tributários, tendo em vista o objetivo de o país se tornar membro pleno da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE).

A OCDE foi instituída em 1961, como sucessora da Organização para a Cooperação Econômica (OECE), que havia sido criada com a finalidade de auxiliar os países na recuperação econômica após a Segunda Guerra Mundial (Chahad e Santos, 2018a).

Nessa linha, a OCDE se enquadra como uma daquelas organizações que possui uma finalidade específica. No caso, trata-se de uma organização destinada à cooperação econômica (Sousa, 2009).

Por sua vez, Pinto (2000) afirma que a OCDE possui um misto de *think tank*, por lidar com a formulação de estratégias e coordenações de posições entre os países-membros, e de *rule maker*, por suas decisões e recomendações.

Assim, a OCDE acaba por promover uma série de boas práticas institucionais e de governança que visam a uma maior facilitação do comércio e ao fomento dos investimentos, sempre com vistas ao desenvolvimento econômico (Chahad e Santos, 2018a). Ou, como se infere do lema da organização, melhores políticas para vidas melhores.[1]

Entre as práticas recomendadas, várias dizem respeito a questões de ordem tributária, tais como tributação da renda, tributação do consumo, tributação das pequenas e médias empresas etc.

É importante ressaltar que a aproximação da OCDE com o Brasil e outros países emergentes também é interessante para a organização internacional, na medida em que ela acompanha a vanguarda das discussões econômicas internacionais. Desse modo, por outro lado, o Brasil terá oportunidade de trocar experiências, discutir políticas públicas e as práticas recomendadas pela OCDE. Entretanto, não se pode esquecer que a adesão implica a adoção de determinadas práticas da OCDE, o que se torna fundamental que os textos normativos e sua adequação ao contexto e ao ordenamento brasileiro sejam avaliados de forma cautelosa (Cozendey, 2007).

1. "*Better policies for better lives*".

Retomando a relação entre Brasil e OCDE no âmbito tributário, Godinho (2018) assevera que há contatos da Receita Federal com o Centro da OCDE para Política e Administração Fiscal (Centre of Tax Policy and Administration – CTPA) desde 2009, de forma que o Brasil entrou no Fórum Global sobre Transparência e Troca de Informações Tributárias, assim como foram retiradas diversas reservas que o Brasil tinha na interpretação do art. 26 da Convenção Modelo da OCDE sobre Tributação da Renda e do Capital.

O passo decisivo dessa aproximação se deu com a adesão do Brasil à Declaração da OCDE sobre Erosão da Base Tributária e Direcionamento de Lucros, em 2013, e consequente participação no desenvolvimento do plano de ação sobre erosão de base e transferência de lucros (*base erosion and profit shifting* – Beps) (Godinho, 2018).

Braga (2021) assinala que há algumas incompatibilidades entre as políticas tributárias brasileiras e as recomendações da OCDE, ressaltando as diferenças no que tange à legislação de preços de transferência e às normas que tratam da tributação sobre o consumo.

A fim de se alcançar o objetivo final deste *Texto para Discussão*, para cada um dos seguintes institutos, dos lucros no exterior, de preços de transferência, subcapitalização e de divulgação obrigatória de planejamentos tributários, as seguintes etapas são cumpridas: i) a análise histórica das diretrizes da OCDE; ii) a análise histórica da legislação brasileira; e iii) os desafios de compatibilização entre a legislação brasileira e as diretrizes da OCDE.

2 DAS REGRAS DE LUCROS NO EXTERIOR

2.1 Da evolução histórica das diretrizes de lucros no exterior da OCDE

Até a primeira metade do século XX era comumente adotado nos países o critério de territorialidade da tributação da renda, de modo que os lucros auferidos por empresas no exterior só eram tributados no país de seus sócios quando de sua efetiva distribuição (Bianco, 2007). No início da década de 1960, todavia, houve proposta de lei ao Congresso Nacional norte-americano para alteração do sistema, com a consequente tributação dos lucros auferidos pelas pessoas jurídicas no exterior controladas por sócios residentes nos Estados Unidos (Bianco, 2007).

A medida visava evitar o diferimento ou não pagamento de tributos pelos sócios norte-americanos, no entanto, houve grande pressão contrária à aprovação do referido projeto de lei, uma vez que as grandes corporações americanas alegavam que essa tributação faria com que elas tivessem uma desvantagem competitiva frente aos seus concorrentes internacionais.

Diante de tal pressão, houve a aprovação da lei em 1962, mas com uma distinção entre o diferimento legítimo e o ilegítimo de tributação dos lucros no exterior. Desse modo, a tributação imediata dos lucros, ainda que não houvesse distribuição aos sócios, ocorreria nos casos de pessoas jurídicas controladas por sócios norte-americanos, localizadas em países de tributação favorecida, engajadas em operações com partes relacionadas e que auferiam rendas passivas, como dividendos, juros, aluguéis e *royalties*, sendo que nos demais casos somente haveria tributação quando houvesse distribuição dos lucros ou dividendos (Bianco, 2007). Assim, ao longo das décadas seguintes, diversos outros países adotaram normas visando evitar o diferimento da tributação dos lucros de controladas no exterior, entre os quais Austrália, Finlândia, Dinamarca, Reino Unido, Nova Zelândia, França, Alemanha e Espanha (Bianco, 2007).

O documento *OECD Report on Controlled Foreign Company Legislation* aponta como objetivo das normas acerca das empresas estrangeiras controladas (*controlled foreign corporations* – CFC) a eliminação dos benefícios do diferimento da tributação da renda oriunda de fontes no exterior (OECD, 1996). Em outras palavras, as normas CFC visam combater a evasão fiscal, desestimulando que haja migração de certos tipos de renda para países com menor tributação.

O relatório *Harmful Tax Competition: an emerging global issue* traz algumas recomendações para a legislação doméstica dos países, entre as quais que os países que não possuem normas CFC devem considerar adotá-las, assim como os países que já as possuem devem garantir que elas sejam aplicadas de maneira consistente para coibir práticas fiscais danosas (OECD, 1998).

A instituição de normas CFC como forma de combate de práticas fiscais danosas surge explicitamente quando rendas passivas são alocadas em pessoas jurídicas localizadas em países com baixa tributação.

O tema das normas CFC surge novamente com a ação 3 do Plano Beps Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, que propugna seis grandes blocos de sugestões para as normas sobre o tema.

Em primeiro lugar, a ação 3 do Plano Beps propõe a definição ampla de CFC, para que ela possa alcançar não só as situações de controle societário mas também as situações de influências significativas, assim como abranger não somente as pessoas jurídicas como também entes despersonalizados, a fim de evitar que a norma CFC não seja aplicada por uma entidade que altere a sua forma legal de constituição (OECD, 2015a).

No segundo bloco de sugestões, a referida ação do Beps recomenda que as normas CFC se apliquem apenas quando as alíquotas efetivas a que estão submetidos os lucros no exterior sejam inferiores às alíquotas efetivas do país do sócio (OECD, 2015a).

Com relação ao terceiro bloco de sugestões, a ação 3 do Plano Beps propugna que somente algumas rendas devem estar sujeitas às normas de lucros no exterior e tais regras devem trazer uma definição de quais são as rendas sem seu âmbito de aplicação (OECD, 2015a).

No que tange ao quarto bloco de sugestões, há a recomendação de que os prejuízos de controladas no exterior deverão ser compensados com lucros da mesma ou de outras controladas no exterior (OECD, 2015a).

No quinto bloco de sugestões, a ação 3 do Plano Beps recomenda que a legislação nacional determine quais contribuintes terão os seus lucros de investidas atribuídos a eles, bem como se fixem os momentos de tributação, tratamento tributário a ser aplicado e alíquota cabível (Santos, 2017).

Por fim, no tocante ao sexto bloco de sugestões, recomenda-se que as normas CFC não impliquem uma dupla tributação da renda, de modo que tal situação deve ser mitigada ou eliminada (OECD, 2015a).

Santos (2017) destaca que a ação 3 é uma das mais tímidas do Plano Beps e se limita a trazer melhores práticas para elaboração de uma legislação de lucros no exterior, sendo que esse fato se justifica uma vez que os Estados Unidos têm adotado nos últimos anos medidas para suavizar a aplicação das suas próprias regras CFC, de modo a garantir a competitividade e expansão de suas multinacionais.

Em linhas gerais esse é o cenário das recomendações da OCDE aos países no que tange à regulamentação das normas de lucros no exterior.

2.2 Da evolução histórica da legislação de lucros no exterior no Brasil

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, a tributação dos lucros, rendimentos e ganhos de capital auferido no exterior por filiais, sucursais, controladas e coligadas surge com a edição do art. 25 da Lei nº 9.249/1995.[2]

2. Lei nº 9.249/1995: "Art. 25. Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano.

§ 1º Os rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na apuração do lucro líquido das pessoas jurídicas com observância do seguinte:

I - os rendimentos e ganhos de capital serão convertidos em reais de acordo com a taxa de câmbio, para venda, na data em que forem contabilizados no Brasil;

II - caso a moeda em que for auferido o rendimento ou ganho de capital não tiver cotação no Brasil, será ela convertida em dólares norte-americanos e, em seguida, em Reais;

§ 2º Os lucros auferidos por filiais, sucursais ou controladas, no exterior, de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil serão computados na apuração do lucro real com observância do seguinte:

I - as filiais, sucursais e controladas deverão demonstrar a apuração dos lucros que auferirem em cada um de seus exercícios fiscais, segundo as normas da legislação brasileira;

II - os lucros a que se refere o inciso I serão adicionados ao lucro líquido da matriz ou controladora, na proporção de sua participação acionária, para apuração do lucro real;

III - se a pessoa jurídica se extinguir no curso do exercício, deverá adicionar ao seu lucro líquido os lucros auferidos por filiais, sucursais ou controladas, até a data do balanço de encerramento;

IV - as demonstrações financeiras das filiais, sucursais e controladas que embasarem as demonstrações em reais deverão ser mantidas no Brasil pelo prazo previsto no art. 173 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

§ 3º Os lucros auferidos no exterior por coligadas de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil serão computados na apuração do lucro real com observância do seguinte:

I - os lucros realizados pela coligada serão adicionados ao lucro líquido, na proporção da participação da pessoa jurídica no capital da coligada;

II - os lucros a serem computados na apuração do lucro real são os apurados no balanço ou balanços levantados pela coligada no curso do período-base da pessoa jurídica;

III - se a pessoa jurídica se extinguir no curso do exercício, deverá adicionar ao seu lucro líquido, para apuração do lucro real, sua participação nos lucros da coligada apurados por esta em balanços levantados até a data do balanço de encerramento da pessoa jurídica;

IV - a pessoa jurídica deverá conservar em seu poder cópia das demonstrações financeiras da coligada.

§ 4º Os lucros a que se referem os §§ 2º e 3º serão convertidos em reais pela taxa de câmbio, para venda, do dia das demonstrações financeiras em que tenham sido apurados os lucros da filial, sucursal, controlada ou coligada.

§ 5º Os prejuízos e perdas decorrentes das operações referidas neste artigo não serão compensados com lucros auferidos no Brasil.

§ 6º Os resultados da avaliação dos investimentos no exterior, pelo método da equivalência patrimonial, continuarão a ter o tratamento previsto na legislação vigente, sem prejuízo do disposto nos §§ 1º, 2º e 3º.

§ 7º Os lucros serão apurados segundo as normas da legislação comercial do país de domicílio" (Brasil, 1995).

A partir da leitura da exposição de motivos da referida lei, Schoueri (2003) aponta que a adoção do princípio da universalidade de tributação da renda em substituição ao princípio da territorialidade refletiu a preocupação do legislador em combater a evasão fiscal por meio da tributação do lucro de filiais, sucursais ou controladas constituídas no exterior em países com a tributação mais baixa do que a do Brasil. Todavia, ainda que o objetivo fosse combater à evasão fiscal, não havia possibilidade de tributação de lucros no exterior nos termos do Código Tributário Nacional sem que eles tivessem sido distribuídos para a pessoa jurídica brasileira, uma vez que o fato gerador do imposto de renda é a aquisição de disponibilidade jurídica ou econômica de renda (Schoueri, 2003).

Considerando esse cenário legislativo, em que a Lei nº 9.249/1995 contrariava o Código Tributário Nacional, a Receita Federal editou a Instrução Normativa SRF nº 38/1996,[3] que determinou que a tributação dos lucros no exterior somente ocorreria no momento da disponibilização dos lucros no exterior. Posteriormente, houve a edição da

3. Instrução Normativa SRF nº 38/1996: "Art. 2º Os lucros auferidos no exterior, por intermédio de filiais, sucursais, controladas ou coligadas serão adicionados ao lucro líquido do período-base, para efeito de determinação do lucro real correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados.

§ 1º Consideram-se disponibilizados os lucros pagos ou creditados à matriz, controladora ou coligada, no Brasil, pela filial, sucursal, controlada ou coligada no exterior.

§ 2º Para efeito do disposto no parágrafo anterior, considera-se:

I - creditado o lucro, quando ocorrer a transferência do registro de seu valor para qualquer conta representativa de passivo exigível da filial, sucursal, controlada ou coligada, domiciliada no exterior;

II - pago o lucro, quando ocorrer:

a) o crédito do valor em conta bancária em favor da matriz, controladora ou coligada, domiciliada no Brasil;

b) a entrega, a qualquer título, a representante da beneficiária;

c) a remessa, em favor da beneficiária, para o Brasil ou para qualquer outra praça;

d) o emprego do valor, em favor da beneficiária, em qualquer praça, inclusive no aumento de capital da filial, sucursal, controlada ou coligada, domiciliada no exterior" (Brasil, 1996b).

Lei nº 9.532/1997,[4] que definiu de forma semelhante à referida Instrução Normativa no sentido de que os lucros no exterior somente seriam tributáveis no dia 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados para a pessoa jurídica brasileira.

Com a publicação da Lei Complementar (LC) nº 104/2001, foram acrescentados o §1º e o §2º ao art. 43 do Código Tributário Nacional,[5] permitindo que o legislador pudesse estabelecer qual seria o momento de disponibilidade da renda no caso de receita ou rendimento oriundo do exterior.

Como passo seguinte à alteração do Código Tributário Nacional, houve a edição da Medida Provisória (MP) nº 2.148-35/2001, que em seu art. 74[6] determinou que os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço em que tiverem sido apurados. Dessa forma, independentemente de distribuição, os lucros auferidos

4. Lei nº 9.532/1997: "Art. 1º Os lucros auferidos no exterior, por intermédio de filiais, sucursais, controladas ou coligadas serão adicionados ao lucro líquido, para determinação do lucro real correspondente ao balanço levantado no dia 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil. (...)
§ 2º Para efeito do disposto na alínea "b" do parágrafo anterior, considera-se:
a) creditado o lucro, quando ocorrer a transferência do registro de seu valor para qualquer conta representativa de passivo exigível da controlada ou coligada domiciliada no exterior;
b) pago o lucro, quando ocorrer:
1. o crédito do valor em conta bancária, em favor da controladora ou coligada no Brasil;
2. a entrega, a qualquer título, a representante da beneficiária;
3. a remessa, em favor da beneficiária, para o Brasil ou para qualquer outra praça;
4. o emprego do valor, em favor da beneficiária, em qualquer praça, inclusive no aumento de capital da controlada ou coligada, domiciliada no exterior" (Brasil, 1997).

5. Código Tributário Nacional: "Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:
I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;
II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.
§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção (Incluído pela LC nº 104, de 2001)
§ 2º Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo. (Incluído pela LC nº 104, de 2001)". (Brasil, 1966).

6. Medida Provisória nº 2.148-35/2001: "Art. 74. Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL [Contribuição Social sobre o Lucro Líquido], nos termos do art. 25 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e do art. 21 desta Medida Provisória, os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados, na forma do regulamento.
Parágrafo único. Os lucros apurados por controlada ou coligada no exterior até 31 de dezembro de 2001 serão considerados disponibilizados em 31 de dezembro de 2002, salvo se ocorrida, antes desta data, qualquer das hipóteses de disponibilização previstas na legislação em vigor" (Brasil, 2001b).

por controlada ou coligada no exterior seriam considerados disponibilizados na data do balanço em que houvessem sido apurados.

O referido dispositivo normativo não passou incólume pelas críticas. Vários autores, estudiosos do Direito Tributário, tais como Ricardo Mariz de Oliveira (Oliveira, 2003), Luís Eduardo Schoueri (Schoueri, 2003) e Sérgio André Rocha (Rocha, 2003), entenderam que a tributação desses lucros, ainda que não houvesse distribuição, seria inconstitucional, uma vez que para ser tributável a renda deveria estar disponível para uso pelo seu beneficiário. Ao mesmo tempo, tal tributação seria ilegal nas hipóteses em que o Brasil possuía uma convenção para evitar bitributação celebrada em outro país.

Assim, ainda em 2001, houve o questionamento da inconstitucionalidade do art. 74 da MP nº 2.148-35/2001 perante o Supremo Tribunal Federal (STF) por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.588.

Rocha (2022) salienta que, enquanto esteve em vigência, o art. 74 da MP nº 2.148-35/2001 foi duramente criticado pelas multinacionais brasileiras, uma vez que tal modalidade de tributação as tornaria menos competitivas no mercado global.

No que tange à ADI nº 2.588, vale destacar que ela foi distribuída ao STF em 4 de fevereiro de 2002, sendo que a decisão do processo somente ocorreu em 10 de abril de 2013, e, nesse ínterim, nove ministros do referido tribunal se aposentaram (Rocha, 2022).

Com o impedimento do ministro Gilmar Mendes somente houve votos de dez ministros e foi necessário se utilizar da continência de votos para determinar qual seria o voto médio do julgamento, por meio do qual se considerou que o voto menos abrangente está contido no mais abrangente.

O voto do ministro Joaquim Barbosa no sentido de ser constitucional a norma nas hipóteses em que a controlada estivesse localizada em países com tributação favorecida foi considerado contido nos votos dos ministros Ellen Gracie, Nelson Jobim, Eros Grau, Ayres Britto e Cezar Peluso, de forma que foram atingidos seis votos pela constitucionalidade para esse caso (Rocha, 2022).

Na mesma linha, o voto da ministra Ellen Gracie sobre a inconstitucionalidade das coligadas localizadas em país de tributação normal estaria contido nos votos dos ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa, de modo que foram alcançados seis votos para a declaração de inconstitucionalidade (Rocha, 2022).

Todavia, não houve maioria de votos acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da tributação de lucros de coligadas localizadas em países com tributação favorecida e tampouco da tributação dos lucros de controladas situadas em países sem tributação favorecida.

Com o intuito de tornar a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) mais cristalina, a Receita Federal do Brasil (RFB) publicou a Solução de Consulta Interna dirigida à Coordenação-Geral de Tributação (Cosit) nº 18/2013, conforme exposto na tabela 1.

TABELA 1
Resultado da ADI nº 2.588

Investida	Localização	Art. 74 da MP nº 2.158-35	Eficácia *erga omnes* e efeito vinculante
Coligada	País sem tributação favorecida	Inconstitucional	Sim
Coligada	País com tributação favorecida	Constitucional (não alcançada a maioria)	Não
Controlada	País sem tributação favorecida	Constitucional (não alcançada a maioria)	Não
Controlada	País com tributação favorecida	Constitucional	Sim

Fonte: Solução de Consulta Interna Cosit nº 18/2013. Disponível em: http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=50774.

Nos dois casos em que não houve maioria de votos, o dispositivo normativo foi considerado constitucional, em virtude da presunção de constitucionalidade das leis brasileiras. No entanto, como não houve votação por maioria, não há efeito aplicável a todos do resultado da decisão do STF.

Paulo Arthur Cavalcante Koury pontua que o resultado da ADI nº 2.588 foi confirmado pelo STF quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 541.090/SC (Koury, 2023).

Com a edição da Lei nº 12.973/2014, houve a revogação das normas brasileiras de Lucros no Exterior contidas na MP nº 2.158-35/2001 e a instituição de novas regras, mais condizentes com as decisões proferidas no âmbito do STF.

Em primeiro lugar, o art. 76 da Lei nº 12.973/2014[7] instituiu a necessidade de que a pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil mantenha um controle em subcontas da conta de investimentos em controlada direta no exterior, de forma individualizada, o resultado contábil na variação do valor do investimento equivalente aos lucros ou prejuízos auferidos pela própria controlada direta e suas controladas, direta ou indiretamente, no Brasil ou no exterior.

Ademais, o art. 77 da Lei nº 12.973/2014[8] deixou claro que seu âmbito de aplicação se referia tão somente às controladas (direta ou indiretamente) domiciliadas no exterior, bem como que o montante a ser adicionado nas bases de cálculo do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) se refere ao valor equivalente aos lucros auferidos no exterior antes do imposto sobre a renda, excetuando a variação cambial, de forma que não devem ser adicionadas outras parcelas que poderiam influenciar o patrimônio líquido da controlada no exterior.

Com relação às coligadas no exterior, o ajuste relativo aos lucros no exterior somente será efetuado em 31 de dezembro do ano em que esses lucros tiverem sido disponibilizados, desde que a coligada no exterior cumpra cumulativamente com os seguintes requisitos: i) não esteja sujeita a regime de subtributação; ii) não esteja localizada em país com tributação favorecida, ou seja, beneficiária de regime fiscal privilegiado; e iii) não seja controlada direta ou indiretamente por pessoa jurídica em

7. Lei nº 12.973/2014: "Art. 76. A pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil ou a ela equiparada, nos termos do art. 83, deverá registrar em subcontas da conta de investimentos em controlada direta no exterior, de forma individualizada, o resultado contábil na variação do valor do investimento equivalente aos lucros ou prejuízos auferidos pela própria controlada direta e suas controladas, direta ou indiretamente, no Brasil ou no exterior, relativo ao ano-calendário em que foram apurados em balanço, observada a proporção de sua participação em cada controlada, direta ou indireta" (Brasil, 2014).

8. Lei nº 12.973/2014: "Art. 77. A parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior equivalente aos lucros por ela auferidos antes do imposto sobre a renda, excetuando a variação cambial, deverá ser computada na determinação do lucro real e na base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil, observado o disposto no art. 76.
§ 1º A parcela do ajuste de que trata o caput compreende apenas os lucros auferidos no período, não alcançando as demais parcelas que influenciaram o patrimônio líquido da controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior" (Brasil, 2014).

regime de subtributação.[9] Assim, se a coligada no exterior cumprir com todos esses requisitos, os lucros por ela auferidos no exterior somente serão tributados quando disponibilizados. Por sua vez, caso não seja cumprido qualquer dos referidos requisitos, a tributação do lucro do exterior será automática em 31 de dezembro do ano em que tenha sido apurado o lucro, nos termos do art. 82 da Lei nº 12.973/2014.[10]

A Lei nº 12.973/2014 trouxe também uma regra de transição em seu art. 78, permitindo que os lucros no exterior de diferentes controladas fossem consolidados e oferecidos de tal maneira como um ajuste na apuração do IRPJ e da CSLL. Embora o prazo dessa regra fosse até dezembro de 2022, houve prorrogação para dezembro de 2024 pela Lei nº 14.547/2023.

Como se pode observar, as normas brasileiras de lucros no exterior são mais abrangentes do que as normas de outros países, que geralmente estabelecem o ajuste em casos de rendas passivas localizadas em países com tributação favorecida.

2.3 Dos desafios de compatibilização entre a legislação brasileira e as diretrizes da OCDE

Após a exposição da evolução histórica e das principais características tanto do modelo de normas de lucros no exterior da OCDE quanto do modelo brasileiro de lucros no exterior, vale notar que, com a edição da Lei nº 9.249/1995 e a instituição de tributação

9. Lei nº 12.973/2014: "Art. 81. Os lucros auferidos por intermédio de coligada domiciliada no exterior serão computados na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL no balanço levantado no dia 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil, desde que se verifiquem as seguintes condições, cumulativamente, relativas à investida: (Vigência)
I - não esteja sujeita a regime de subtributação, previsto no inciso III do *caput* do art. 84;
II - não esteja localizada em país ou dependência com tributação favorecida, ou não seja beneficiária de regime fiscal privilegiado, de que tratam os arts. 24 e 24-A da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 ;
III - não seja controlada, direta ou indiretamente, por pessoa jurídica submetida a tratamento tributário previsto no inciso I." (Brasil, 2014).

10. Lei nº 12.973/2014: "Art. 82. Na hipótese em que se verifique o descumprimento de pelo menos uma das condições previstas no caput do art. 81, o resultado na coligada domiciliada no exterior equivalente aos lucros ou prejuízos por ela apurados deverá ser computado na determinação do lucro real e na base de cálculo da CSLL da pessoa jurídica investidora domiciliada no Brasil, nas seguintes formas: (Vigência)
I - se positivo, deverá ser adicionado ao lucro líquido relativo ao balanço de 31 de dezembro do ano-calendário em que os lucros tenham sido apurados pela empresa domiciliada no exterior; e
II - se negativo, poderá ser compensado com lucros futuros da mesma pessoa jurídica no exterior que lhes deu origem, desde que os estoques de prejuízos sejam informados na forma e prazo estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB" (Brasil, 2014).

dos lucros no exterior de controladas e coligadas no Brasil, surgiram as primeiras críticas ao modelo brasileiro.

Além das críticas relativas às potenciais inconstitucionalidades e ilegalidades da referida lei, Bianco (2007) aponta que a legislação brasileira não se aproveitou da experiência internacional e determinou que os lucros se considerassem distribuídos por ficção, não levando em consideração: i) a natureza dos rendimentos recebidos no exterior (renda passiva ou renda ativa); ii) o nível de tributação a que os rendimentos estão sujeitos no exterior; e iii) se houve ou não efetiva distribuição dos lucros.

Ainda que tenha havido alteração legislativa relevante no Brasil em 2014 com a edição da Lei nº 12.973/2014, manteve-se a tributação das rendas ativas, tais como os resultados operacionais de multinacionais brasileiras que estão de fato exercendo atividades comerciais e industriais no exterior; e a norma brasileira permanece tributando os lucros independentemente da carga tributária aplicável no exterior.

Por mais que o Brasil tenha se aproximado da OCDE nos últimos anos, não houve nenhuma sinalização de que as normas brasileiras de tributação dos lucros no exterior irão se adaptar aos padrões mais comumente utilizados em outros países. Houve até a edição da MP nº 1.148/2022, dias antes da MP nº 1.152/2022 que aproximou as normas de preços de transferência do modelo da OCDE, no entanto tal norma apenas ampliou em dois anos uma regra transitória que permite a tributação dos lucros no exterior de controladas de forma consolidada, o que pode denotar que não há perspectiva de uma maior padronização das normas de lucros no exterior no curto prazo.

2.4 Considerações

As regras brasileiras de tributação dos lucros no exterior de controladas e coligadas são mais abrangentes do que as práticas da OCDE, alcançando os lucros no exterior, ainda que eles decorram de rendas ativas, isto é, de rendas oriundas de atividades empresariais desenvolvidas efetivamente em outro país, assim como são alcançados lucros ainda que não haja subtributação no exterior.

Como decorrência dessas regras, as empresas brasileiras se tornam menos competitivas no cenário global, uma vez há efeitos tributários nefastos na internacionalização de empresas brasileiras por meio da constituição de filiais, sucursais, controladas ou coligadas no exterior.

Ademais, considerando que houve a edição da MP nº 1.152/2022 acerca da convergência das normas de preços de transferência e não houve elaboração de medida provisória ou de projeto de lei acerca da convergência das normas de lucros do exterior – ainda que tenha havido uma medida provisória sobre outros temas de lucros no exterior em dezembro de 2022 –, nos parece que não haverá alteração nas regras de lucros no exterior no curto prazo. Trata-se, a meu ver, de uma oportunidade perdida, já vez que as regras brasileiras de lucros no exterior são extremamente amplas e trazem uma desvantagem competitiva para as empresas brasileiras. Portanto, seria oportuna a convergência do modelo brasileiro às recomendações da OCDE.

3 DAS REGRAS DE PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

3.1 Da evolução histórica das diretrizes de preços de transferência da OCDE

Hamaekers (1995) afirma que as diretrizes contendo prescrições legais acerca dos preços de transferência eram extremamente escassas antes de 1979. Ainda que esse fosse o cenário geral, o autor aponta que nos Estados Unidos houve algum tipo de regulação dos preços de transferência desde 1935, no entanto, a regulação mais paradigmática sobre o tema surgiu em 1968, com a edição da seção 482 do *Internal Revenue Code*, norma utilizada inclusive como base para discussão, anos mais tarde, na OCDE, quando se decidiu elaborar uma diretriz específica sobre o tema.

Em 1979, a OCDE publicou o relatório *Transfer Pricing and Multinational Enterprises*, que configurou a primeira iniciativa do órgão de estabelecer diretrizes sobre o tema dos preços de transferência. No referido documento consta expressamente como motivador para tal normatização o crescimento da internacionalização da economia por meio das empresas multinacionais, entendidas como aqueles grupos de empresas associadas que operam além de fronteiras nacionais (OECD, 1979).

Assim, tendo em vista que muitas transações se davam entre membros de um mesmo grupo multinacional, os preços praticados nem sempre representavam o resultado do livre jogo das forças de mercado. Desse modo, as regras de preços de transferência surgiram exatamente com o intuito de evitar que fatores tributários fizessem com que os preços fossem afetados (OECD, 1979).

Surgiu, então, a definição dos preços *arm's length*, que são os preços que seriam praticados entre partes independentes em condições normais de mercado.

A adoção de preços que não sejam *arm's length* pelas empresas multinacionais se justificava muitas vezes para uma diminuição da carga tributária ou transferência de lucros tributáveis para outras jurisdições (OECD, 1979).

Os métodos a seguir foram apresentados como formas de se obter preços *arm's lenght*.

- *Comparable uncontrolled price method* (CUP): o preço seria obtido por meio da busca por um valor independente de mercado para mercadorias idênticas ou similares em transações com terceiros;
- *Resale price method* (RPM): o preço seria obtido por meio do valor que os bens seriam revendidos para outros clientes independentes e subtraindo-se uma margem (*mark up*) para chegar ao preço *arm's lenght*;
- *Cost plus method* (CPM): o preço seria obtido a partir dos custos do fornecedor com a adição de uma margem (*mark up*) para que se chegue ao preço *arm's lenght*; e
- outros métodos poderiam ser aceitos.

Em 1984, a OCDE publicou o relatório *Transfer Pricing and Multinational Enterprises: three taxation issues*, no qual incluiu três questões adicionais que não haviam sido tratadas no relatório anterior: i) o acordo de procedimentos mútuo (*advance price agreement*); ii) preços de transferência no setor bancário; e iii) alocação de custos centralizados (OECD, 1984).

Hamaekers (1997) aponta que o relatório da OCDE de 1984 trouxe apenas uma aplicação prática ao relatório de 1979 no que tange às três questões adicionais nele trazidas.

A previsão de um acordo de procedimentos mútuo foi extremamente relevante na medida em que permitiu que os contribuintes pudessem pactuar junto ao ente estatal o método que lhe fosse mais apropriado (OECD, 1984).

Diante do crescimento do comércio internacional, sobretudo, em função do progresso tecnológico na área das comunicações nas duas últimas décadas do século XX, a OCDE publicou em 1995 uma nova edição das OECD *Transfer Pricing Guideline for Multinational Enterprises and Tax Administrations* (OECD, 1995).

Mais uma vez, consta como premissa basilar das diretrizes a busca pelo preço *arm's length*, assim como é trazida a discussão sobre o *global formulary apportionment*,

isto é, como dividir o resultado de uma multinacional entre as diferentes jurisdições em que ela atua (OECD, 1995).

Cumpre notar que as diretrizes da OCDE explicitam a premissa de que tanto as administrações tributárias quanto os contribuintes geralmente têm dificuldades em obter informação adequada sobre o princípio do *arm's length*, uma vez que a sua aplicação demanda a avaliação de transações não controladas e atividades empresariais de terceiros. Como decorrência, a informação que costuma ser acessível provavelmente será incompleta e de difícil interpretação (OECD, 1995), tornando-se um desafio para economias em desenvolvimento.

As diretrizes de 1995 denominam os métodos existentes desde 1979 como métodos de transação tradicionais, a bem saber: CUP; RPM; e CPM. E ainda que determinem que sejam meios diretos de se estabelecer um preço *arm's length*, elas advertem que as complexidades das situações práticas, tais como a falta de informações disponíveis ou a insuficiência das informações existentes, são ensejadoras de que outros métodos sejam utilizados, de modo que ganham importância os denominados métodos de lucro das transações (OECD, 1995).

Esses métodos surgem de um ambiente de transações controladas, no qual se torna difícil ou impossível comparar com transações de terceiros, de modo que o preço *arm's length* será buscado por outros caminhos. Os métodos que se enquadram nessa classificação são os que se seguem.

1) *Profit split method*: o preço parâmetro seria obtido pela divisão dos lucros que empresas independentes teriam se praticassem aquela transação. A contribuição de cada entidade se baseia em uma análise funcional, e o valor se fundamentará em dados de mercado, na medida do possível.

2) *Transactional net margin method* (TNMN): o preço parâmetro seria obtido a partir de uma margem de lucro em relação a uma base apropriada (por exemplo, custos, vendas, ativos) que o próprio contribuinte possui a partir da realização de transações controladas.

Além dos referidos métodos, as diretrizes da OCDE de 1995 trazem referência ao método do *global formulary apportionment*, pelo qual os lucros globais de um grupo empresarial multinacional são consolidados e posteriormente alocados a cada empresa do grupo. Assim, o *global formulary apportionment* se fundamenta na combinação global de custos, ativos, folha de pagamento e vendas (OECD, 1995).

Desde 1995, o relatório OECD *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations* sofreu diversas atualizações. A sua versão mais recente foi publicada em 2022.

Entre as principais complementações, merecem destaque as seguintes:

- *Report on intangible property and services*, de 1996;
- *Report on cost contribution arrangements*, de 1997;
- *Report on the guidelines for monitoring procedures on the OECD transfer pricing guidelines and the involvement of the business community*, de 1997; e
- *Report on the guidelines for conducting advance pricing arrangements under the mutual agreement procedure*, de 1999; e
- *Report on the transfer pricing aspects of business restructurings*, de 2010 (OECD, 2022).

Além das suplementações, houve revisão de trechos das diretrizes nos anos de 2008, 2009, 2010, 2013, 2015 e 2017, no entanto, as linhas gerais anteriormente descritas continuam presentes na versão de 2022 das diretrizes da OCDE, isto é, a premissa basilar do *arm's length*, assim como os métodos descritos nesta subseção – métodos transacionais tradicionais, métodos de lucros nas transações e *global formulary apportionment* (OECD, 2022).

Em linhas gerais esse é o cenário das recomendações da OCDE aos países no que tange à regulamentação das normas de preços de transferência.

3.2 Da evolução histórica da legislação de preços de transferência no Brasil

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, a determinação de alguma consequência tributária a operações praticadas entre uma pessoa jurídica e suas partes relacionadas surge com as normas que tratam de distribuição disfarçada de lucros, previstas originalmente no art. 72 da Lei nº 4.506/1964, pelo qual se estabeleciam consequências relacionadas com a indedutibilidade do montante que eventualmente tivesse sido distribuído

disfarçadamente para uma pessoa ligada.[11] Ainda assim, o âmbito de aplicação das normas se restringia, nesse primeiro momento, aos negócios jurídicos praticados entre a pessoa jurídica e seus acionistas, sócios, dirigentes ou participantes nos lucros, bem como os respectivos parentes ou dependentes.

O regramento jurídico da distribuição disfarçada de lucros seria significativamente alterado com a edição do Decreto-Lei nº 1.598/1977 e do Decreto-Lei nº 2.064/1983,

11. Lei nº 4.506/1964: "Art. 72. Consideram-se formas de distribuição disfarçada de lucros ou dividendos pela pessoa jurídica:

I - A alienação, a qualquer título, a acionista, sócio, dirigente ou participante nos lucros de pessoa jurídica, ou aos respectivos parentes ou dependentes de bem ou direito, por valor notòriamente inferior ao de mercado;

II - A aquisição, de qualquer das pessoas referidas no artigo anterior, de bem ou direito por valor notòriamente superior ao de mercado;

III - O pagamento de remuneração por trabalho assalariado, autônomo ou profissional, que não corresponda a serviços efetivamente prestados;

IV - O pagamento de aluguéis ou "royalties" a qualquer das pessoas referidas no item I que não corresponda ao efetivo uso, exploração ou fruição de bem ou direito, ou em montante que exceda o valor do mercado;

V - O pagamento de despesas particulares das pessoas referidas no item I, salvo quando satisfizerem às condições legais para serem classificadas com remuneração do trabalho assalariado, autônomo ou profissional;

VI - O não exercício de direito à aquisição de bem ou direito pertencentes a qualquer das pessoas referidas no item I quando dêle resultar a perda do sinal, depósito em garantia, ou importância paga para obter opção de aquisição;

VII - os empréstimos concedidos a quaisquer das pessoas referidas no item I, se a pessoa jurídica dispõe de lucros acumulados ou reservas não impostas pela lei, salvo se: (...)

VIII - A redução do capital social e conseqüente amortização de ações ou quotas, devolução de participação de sócios, antes de decorridos dois anos da incorporação de reservas ou lucros ao capital social;

IX - O resgate, dentro de dois anos de sua emissão, de ações preferenciais resultantes da incorporação de lucros ou reservas ao capital;

X - A transferência aos sócios ou acionistas, sem pagamento ou por valor inferior ao do mercado, do direito de preferência à subscrição de ações no capital de outra sociedade;

XI - A incorporação ao capital, com a conseqüente distribuição de ações, de dividendos fixos ou mínimos de ações preferenciais, devidos há menos de dois anos;

XII - A amortização ou resgate de partes beneficiárias antes de cinco anos da sua emissão, se emitidas para colocação gratuita" (Brasil, 1964).

vigentes até hoje.[12] Como alterações relevantes, merece ser citado que: i) a norma jurídica passa a se referir à distribuição disfarçada de lucros como uma presunção, de forma que a pessoa jurídica pode comprovar que um negócio jurídico foi realizado no interesse da pessoa jurídica e em condições estritamente comutativas; e ii) o controle da ocorrência ou não de lucros distribuídos disfarçadamente passa a abranger as relações da pessoa jurídica com suas pessoas ligadas.

A instituição de um conceito de pessoa ligada trouxe uma maior delimitação às operações que estariam sujeitas ao controle da distribuição disfarçada de lucros. De acordo com o art. 60, §3º, do Decreto-Lei nº 1.598/1977,[13] são pessoas ligadas a uma pessoa jurídica: i) os sócios dessa pessoa jurídica; ii) o administrador ou o titular da pessoa jurídica; e iii) o cônjuge e os parentes até terceiros grau, inclusive os afins, do sócio pessoa física e dos administradores ou titulares da pessoa jurídica.

O uso de formas de distribuição disfarçada de lucros era mais comum no cenário em que, se havia tributação quando da distribuição de lucros ou dividendos para um sócio, uma vez que para que fosse evitada a tributação pelo imposto de renda na fonte, havia a realização de um negócio jurídico entre pessoas ligadas de forma não comutativa com a finalidade de que não houvesse àquela tributação na fonte.

12. Decreto-Lei nº 1.598/1977 (já com as alterações do Decreto-Lei nº 2.064/1983): "Art 60 - Presume-se distribuição disfarçada de lucros no negócio pelo qual a pessoa jurídica:
I - aliena, por valor notoriamente inferior ao de mercado, bem do seu ativo a pessoa ligada;
II - adquire, por valor notoriamente superior ao de mercado, bem de pessoa ligada;
III - perde, em decorrência do não exercício de direito à aquisição de bem e em benefício de pessoa ligada, sinal, depósito em garantia ou importância paga para obter opção de aquisição;
IV - a parte das variações monetárias ativas (art. 18) que exceder as variações monetárias passivas (art. 18, parágrafo único);
V - empresta dinheiro a pessoa ligada se, na data do empréstimo, possui lucros acumulados ou reservas de lucros;
VI - paga a pessoa ligada aluguéis, royalties ou assistência técnica em montante que excede notoriamente do valor de mercado.
VII - realiza com pessoa ligada qualquer outro negócio em condições de favorecimento, assim entendidas condições mais vantajosas para a pessoa ligada do que as que prevaleçam no mercado ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros. (...)
§ 2º - A prova de que o negócio foi realizado no interesse da pessoa jurídica e em condições estritamente comutativas, ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros, exclui a presunção de distribuição disfarçada de lucros" (Brasil, 1977).

13. Decreto-Lei nº 1.598/1977 (já com as alterações do Decreto-Lei nº 2.064/1983): "Art 60. (...) § 3º Considera-se pessoa ligada à pessoa jurídica:
a) o sócio desta, mesmo quando outra pessoa jurídica;
b) o administrador ou o titular da pessoa jurídica;
c) o cônjuge e os parentes até terceiros grau, inclusive os afins, do sócio pessoa física de que trata a letra a e das demais pessoas mencionadas na letra b" (Brasil, 1977).

As autuações fiscais fundamentadas na distribuição disfarçada de lucros recrudesceram drasticamente ao longo das últimas décadas, sobretudo, devido à instituição da isenção de imposto de renda sobre a distribuição de lucros ou dividendos, que surge com o art. 10 da Lei nº 9.249/1995.[14]

Como se observa, por mais que as normas de distribuição disfarçada de lucros visassem, e ainda visem, estabelecer consequências tributárias para a prática de preços entre pessoas ligadas, vale notar que o alcance de tais normas era bem mais limitado, em parte devido ao próprio conceito legal de pessoas ligadas, que somente abrangia sócios com participação direta no capital social, e em parte devido à inexistência de critérios objetivos e mandatórios do que seria um "valor de mercado" comparável com o preço praticado entre as pessoas ligadas.

As normas sobre preços de transferência somente surgem no Brasil com a edição da Lei nº 9.430/1996, que trata especificamente de tal matéria entre os seus arts. 18 a 24.[15]

Em primeiro lugar, na Exposição de Motivos nº 470/1996, que culminou na edição da Lei nº 9.430/1996, o então Ministro da Fazenda afirmou que

> 12. As normas contidas nos arts. 18 a 24 representam significativo avanço da legislação nacional face ao ingente processo de globalização, experimentado pela economia contemporânea. No caso especifico, em conformidade com regras adotadas nos países integrantes da OCDE, são propostas normas que possibilitam o controle dos denominados *Preços de Transferência* de forma a evitar a prática lesiva aos interesses nacionais, de transferências de resultados para o exterior, mediante a manipulação dos preços pactuados nas importações ou exportações de bens, serviços ou direitos, em operações com pessoas vinculadas residentes ou domiciliadas no exterior (Brasil, 1996a).

Conforme se depreende da leitura do trecho da exposição de motivos, as normas de preços de transferência foram adotadas no Brasil como uma decorrência do processo de globalização e com vistas a evitar transferência de resultados tributáveis

14. Lei nº 9.249/1995: "Art. 10. Os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no país ou no exterior" (Brasil, 1995).

15. No âmbito infralegal, os preços de transferência estão atualmente regulados pela Instrução Normativa RFB nº 1.312/12, no entanto, anteriormente já foram regulados pelas Instruções Normativas SRF nºs 243/2002, 32/2001, 113/2000 e 38/1997.

do Brasil para o exterior por meio da manipulação de preços entre pessoas vinculadas no Brasil e no exterior.

Nessa linha, diversos autores assinalaram a importância da adoção de regras de preços de transferência no Brasil diante da importância de seus objetivos. Por exemplo, Martins (1997) aponta que o preço de transferência pode ser entendido como uma técnica que tem objetivo de evitar fraudes, super ou subfaturamentos. Mosquera (1997) afirma que a norma brasileira visou impedir a perda de arrecadação tributária pelo Brasil em decorrência de eventuais sub ou superfaturamento de preços por parte das empresas que têm operações com vinculadas no exterior. Já Amaral (1997) assevera que o seu uso permite que haja uma comprovação de que as operações foram praticadas ou não segundo um "preço de mercado". Para Oliveira (1997), a técnica dos preços de transferência visa obter preços parâmetros máximos de importação ou mínimos de exportação. Segundo Guerreiro e Andrade Filho (1997), as normas de preços de transferência pretendem que, para fins fiscais, sejam adotados preços médios equivalentes aos que seriam praticados em operações com terceiros. Por fim, Rolim (1997) assinala que a adoção de preços de transferência se fundamenta em diversos motivos, entre os quais o fato de que pessoas vinculadas podem ser consideras no fundo as mesmas, uma vez que, na transação entre elas, não há validação do preço praticado por um terceiro independente, o que pode significar que a precificação da transação não está sendo feita a valores de mercado e que a soberania fiscal de cada país justificaria o controle para evitar evasão fiscal na realização de operações internacionais entre partes vinculadas.

Merece destaque ainda a menção na exposição de motivos de que a adoção dos preços de transferência no Brasil estava sendo feita "em conformidade com regras adotadas nos países integrantes da OCDE", o que daria uma primeira impressão de que o Brasil adotou regras similares àquelas provenientes da organização internacional.

De forma resumida, é possível observar que o art. 18 da Lei nº 9.430/1996[16] estabelece a obrigatoriedade do controle de preços de transferência nas operações de

16. Lei nº 9.430/1996: "Art. 18. Os custos, despesas e encargos relativos a bens, serviços e direitos, constantes dos documentos de importação ou de aquisição, nas operações efetuadas com pessoa vinculada, somente serão dedutíveis na determinação do lucro real até o valor que não exceda ao preço determinado por um dos seguintes métodos: (...)" (Brasil, 1996c).

importação de bens, serviços e direitos com pessoas vinculadas, ao passo que o art. 19[17] determina a necessidade do controle nas operações de exportação de bens, serviços ou direitos com pessoas vinculadas. A lei abrange ainda as operações financeiras em que a pessoa jurídica brasileira seja mutuante ou mutuária em contrato de mútuo celebrado com pessoa vinculada no exterior, nos termos do art. 22.

Assim, verifica-se que o controle de preços de transferência inclui operações de importação e exportação de bens, serviços e direitos com pessoas vinculadas, alcançando também juros em contrato de mútuo com pessoas vinculadas.

Nos termos do art. 18, §9º, da Lei nº 9.430/1996, não estão sujeitos ao controle de preços de transferência as operações que envolvam os pagamentos de *royalties* e assistência técnica, científica, administrativa ou assemelhada, uma vez que a dedutibilidade desses pagamentos seria regida por normas específicas.[18]

Conforme se observa pelos dispositivos normativos citados, para que haja controle de preços de transferência se faz necessária a ocorrência de operações com pessoas

17. Lei nº 9.430/1996: "Art. 19. As receitas auferidas nas operações efetuadas com pessoa vinculada ficam sujeitas a arbitramento quando o preço médio de venda dos bens, serviços ou direitos, nas exportações efetuadas durante o respectivo período de apuração da base de cálculo do imposto de renda, for inferior a noventa por cento do preço médio praticado na venda dos mesmos bens, serviços ou direitos, no mercado brasileiro, durante o mesmo período, em condições de pagamento semelhantes. (...)
§ 2º Para efeito de comparação, o preço de venda" (Brasil, 1996c).

18. A não abrangência dos *royalties* no âmbito das regras de preços de transferência contidas na Lei nº 9.430/1996 não implica inexistência de limites para essa modalidade de pagamento. Nessa linha, vale ressaltar que nos termos do art. 71, parágrafo único, alínea "d", da Lei nº 4.506/64 são *indedutíveis* por si só os *royalties* pagos a sócios, o que dá margem a interpretação de que tal *indedutibilidade* poderia alcançar sócios pessoas físicas e jurídicas, situadas no Brasil ou no exterior.

vinculadas. Esse conceito foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio pelo art.23 da Lei nº 9.430/96.[19]

Diferentemente do conceito de pessoa ligada, que era mais restrito e se limitava aos sócios com participação direta no capital social da pessoa jurídica e aos administradores, o conceito de pessoa vinculada envolve necessariamente uma pessoa domiciliada no exterior, tendo em vista que o objetivo da norma foi evitar a transferência de lucros tributáveis do Brasil para o exterior.

Ademais, o conceito de pessoa vinculada inclui diversas modalidades de relação entre uma pessoa jurídica no Brasil e outra pessoa no exterior em função da existência de relações societárias ou contratuais entre elas, tais como: i) matriz no exterior; ii) filial ou sucursal no exterior; iii) pessoa física ou jurídica no exterior, que se enquadrem como controladora ou coligada nos termos da Lei das Sociedades por Ações brasileira; iv) pessoa jurídica no exterior que se enquadre como controlada ou coligada nos termos da Lei das Sociedades por Ações brasileira; v) pessoa jurídica no exterior que esteja sob controle societário ou administrativo comum ou quando pela menos dez por cento do capital social de cada uma pertencer

19. Lei nº 9.430/1996: "Art. 23. Para efeito dos arts. 18 a 22, será considerada vinculada à pessoa jurídica domiciliada no Brasil:
I - a matriz desta, quando domiciliada no exterior;
II - a sua filial ou sucursal, domiciliada no exterior;
III - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, cuja participação societária no seu capital social a caracterize como sua controladora ou coligada, na forma definida nos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976;
IV - a pessoa jurídica domiciliada no exterior que seja caracterizada como sua controlada ou coligada, na forma definida nos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976;
V- a pessoa jurídica domiciliada no exterior, quando esta e a empresa domiciliada no Brasil estiverem sob controle societário ou administrativo comum ou quando pelo menos dez por cento do capital social de cada uma pertencer a uma mesma pessoa física ou jurídica;
VI - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que, em conjunto com a pessoa jurídica domiciliada no Brasil, tiver participação societária no capital social de uma terceira pessoa jurídica, cuja soma as caracterizem como controladoras ou coligadas desta, na forma definida nos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976;
VII - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que seja sua associada, na forma de consórcio ou condomínio, conforme definido na legislação brasileira, em qualquer empreendimento;
VIII - a pessoa física residente no exterior que for parente ou afim até o terceiro grau, cônjuge ou companheiro de qualquer de seus diretores ou de seu sócio ou acionista controlador em participação direta ou indireta;
IX - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que goze de exclusividade, como seu agente, distribuidor ou concessionário, para a compra e venda de bens, serviços ou direitos;
X - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, em relação à qual a pessoa jurídica domiciliada no Brasil goze de exclusividade, como agente, distribuidora ou concessionária, para a compra e venda de bens, serviços ou direitos" (Brasil, 1996c).

a uma mesma pessoa física ou jurídica; e vi) pessoa física ou jurídica no exterior, que seja sua associada, na forma de consórcio ou condomínio, conforme definido na legislação brasileira, em qualquer empreendimento.

Além de abranger situações em que a relação se dava em virtude de algum tipo de participação societária, o art. 23 da Lei nº 9.430/1996 incluiu no conceito de pessoa vinculada: i) a pessoa física residente no exterior que for parente ou afim até o terceiro grau, cônjuge ou companheiro de qualquer de seus diretores ou de seu sócio ou acionista controlador em participação direta ou indireta; ii) a pessoa física ou jurídica no exterior, que goze de exclusividade, como seu agente, distribuidor ou concessionário, para a compra e venda de bens, serviços ou direitos; e iii) a pessoa física ou jurídica no exterior, em relação à qual a pessoa jurídica domiciliada no Brasil goze de exclusividade, como agente, distribuidora ou concessionária, para a compra e venda de bens, serviços ou direitos.

O alcance das normas de preços de transferência, no entanto, não se encerra nas operações com pessoas relacionadas, abrangendo também operações com pessoas físicas ou jurídicas (ainda que não vinculadas) residente ou domiciliada em país que não tribute a renda ou que a tribute a alíquota máxima inferior a vinte por cento, conforme preceitua o art. 24 da Lei nº 9.430/1996, que trata especificamente dos países com tributação favorecida.[20]

O controle dos preços de transferência no Brasil será feito nas operações de importação e exportação de bens, serviços e direitos, assim como operações de mútuo, com pessoas vinculadas ou situadas em países com tributação favorecida.

Definidas as operações que estão sujeitas a tal controle, é importante que sejam analisados os métodos de determinação de preço de transferência que foram determinados pela Lei nº 9.430/96.

Em sua redação original, o art. 18 da Lei nº 9.430/1996 previa três métodos para utilização na importação de bens, serviços ou direitos: i) método dos preços independentes comparados (PIC); ii) método do preço de revenda menos lucro (PRL); e iii) método do custo de produção mais lucro (CPL).

20. Lei nº 9.430/1996: "Art. 24. As disposições relativas a preços, custos e taxas de juros, constantes dos arts. 18 a 22, aplicam-se, também, às operações efetuadas por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, com qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada, residente ou domiciliada em país que não tribute a renda ou que a tribute a alíquota máxima inferior a vinte por cento" (Brasil, 1996c).

Por sua vez, o art. 19, §3º, da Lei nº 9.430/1996 previa quatro métodos para utilização na exportação de bens, serviços ou direitos: i) método do preço de venda nas exportações (PVEx); ii) método do preço de venda por atacado no país de destino, diminuído do lucro (PVA); iii) método do preço de venda a varejo no país de destino, diminuído do lucro (PVV); e iv) método do custo de aquisição ou de produção mais tributos e lucro (CAP).

No que tange aos métodos previstos na legislação brasileira, é importante notar que houve duas alterações legislativas significativas que merecem ser destacadas: i) a Lei nº 9.959/2000 promoveu a alteração da margem de lucro do método PRL, por meio do qual a margem seria de 60% na hipótese de bens importados aplicados à produção e de 20% nas demais hipóteses; e ii) a Lei nº 12.715/2012 promoveu a alteração da margem de lucro do método PRL, por meio do qual as margens irão variar de acordo com o setor econômico da entidade, assim como instituiu métodos aplicáveis às *commodities*, isto é, o método do preço sob cotação na importação (PCI) e o método do preço sob cotação na exportação (Pecex).

A alteração da margem do PRL feita pela Lei nº 9.959/2000 passou a levar em consideração como critério de discriminação o fato de ter ocorrido ou não a aplicação dos bens importados à produção de novos bens. Diante de tal contexto, criou-se um grande contencioso administrativo e judicial, no qual se discute se diversas operações realizadas por um contribuinte se enquadram ou não como uma operação de acréscimo de valor ou de industrialização.

Com a edição da Lei nº 12.715/2012, criaram-se três degraus de margens de lucro (40%, 30% e 20%), que serão aplicados ao PRL de acordo com o setor da atividade econômica da pessoa jurídica brasileira. A alteração dos critérios para determinação de margens de lucro distintas de *operação de acréscimo de valor ou de industrialização" para "setor da atividade econômica* fez com que o contencioso administrativo e judicial do tema diminuísse consideravelmente, uma vez que há menos margem para dúvidas na classificação de setor da atividade econômica.

A Lei nº 12.715/2012 também estabeleceu os métodos de preços de transferência do PCI e do Pecex, que são aplicáveis na importação (PCI) ou exportação (Pecex) de *commodities* sujeitas à cotação em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas.

Os métodos brasileiros de preços de transferência em operações de importação de bens, serviços e direitos são os enumerados a seguir.

1) PIC: o preço parâmetro é obtido por meio da média aritmética ponderada dos preços de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, apurados no mercado brasileiro ou de outros países, em operações de compra e venda empreendidas pela própria interessada ou por terceiros, em condições de pagamento semelhantes.

2) PRL: o preço parâmetro é obtido por meio da média aritmética ponderada dos preços de venda, no país, dos bens, direitos ou serviços importados, em condições de pagamento semelhantes, diminuído das margens de lucros (20%, 30% ou 40%), que irão variar conforme o setor econômico da pessoa jurídica sujeita ao controle de preços de transferência.

3) CPL: o preço parâmetro é obtido por meio do custo médio ponderado de produção de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, acrescido dos impostos e taxas cobrados na exportação, no país onde tiverem sido originariamente produzidos, e de margem de lucro de 20%, calculada sobre o custo apurado.

4) PCI: o preço parâmetro é obtido por meio dos valores médios diários da cotação de bens ou direitos sujeitos a preços públicos em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas.

A legislação brasileira permite que o contribuinte escolha o método que lhe for mais conveniente, inclusive aquele método em que não haja ajuste de preços de transferência a ser realizado ou o ajuste seja o menor em comparação com os demais métodos.

Cumpre notar que o contribuinte não necessariamente possui informações para que possa escolher o método que lhe for mais conveniente em termos de menor carga tributária, quer seja por especificidades com relação aos bens e direitos que façam com que seja difícil determinar bens idênticos ou similares no caso do método PIC, quer seja por dificuldade na obtenção de informações de terceiros, o que pode acontecer nos métodos PIC e CPL. Como decorrência desse entrave, o método PRL torna-se um método de mais fácil utilização, uma vez que as informações necessárias para sua aplicação são todas internas do contribuinte, isto é, o preço de venda do produto do contribuinte diminuído de uma margem de lucro fixa.

No que tange aos métodos brasileiros de preços de transferência em operações de exportação de bens, serviços e direitos são as que se seguem.

1) PVEx: o preço parâmetro é obtido por meio da média aritmética dos preços de venda nas exportações efetuadas pela própria empresa, para outros clientes, ou por outra exportadora nacional de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, durante o mesmo período de apuração da base de cálculo do imposto de renda e em condições de pagamento semelhantes.

2) PVA: o preço parâmetro é obtido por meio da média aritmética dos preços de venda de bens, idênticos ou similares, praticados no mercado atacadista do país de destino, em condições de pagamento semelhantes, diminuídos dos tributos incluídos no preço, cobrados no referido país, e de margem de lucro de quinze por cento sobre o preço de venda no atacado.

3) PVV: o preço parâmetro é obtido por meio da média aritmética dos preços de venda de bens, idênticos ou similares, praticados no mercado varejista do país de destino, em condições de pagamento semelhantes, diminuídos dos tributos incluídos no preço, cobrados no referido país, e de margem de lucro de trinta por cento sobre o preço de venda no varejo.

4) CAP: o preço parâmetro é obtido por meio da média aritmética dos custos de aquisição ou de produção dos bens, serviços ou direitos, exportados, acrescidos dos impostos e contribuições cobrados no Brasil e de margem de lucro de quinze por cento sobre a soma dos custos mais impostos e contribuições.

5) Pecex: o preço parâmetro é obtido por meio dos valores médios diários da cotação de bens ou direitos sujeitos a preços públicos em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas.

Tal qual acontece na importação, também na exportação o contribuinte pode escolher o método que lhe for mais conveniente.

Vale ressaltar que também nisso pode haver uma dificuldade em maior ou menor grau para cada contribuinte calcular alguns dos métodos de preços de transferência. O método de mais fácil uso pelo contribuinte no caso das exportações é o CAP, visto que para o seu cálculo bastam informações internas relacionadas aos custos de aquisição ou produção, acrescido de uma margem fixa de lucro, ao passo que os demais métodos demandam informações de mercado e terceiros.

Feitos os devidos esclarecimentos sobre os métodos de preços de transferência aplicáveis no Brasil, resta saber quais são os efeitos quando os preços praticados nas operações de importação entre pessoas vinculadas são superiores aos preços parâmetros calculados de acordo com a Lei nº 9.430/1996 – ou se os preços

praticados nas operações de exportação entre pessoas vinculadas são inferiores aos preços parâmetros.

Assim, nas hipóteses em que, a partir dos métodos de preços de transferência, se verifica que houve um superfaturamento nas importações entre pessoas vinculadas ou um subfaturamento nas exportações entre pessoas vinculadas, haverá necessidade de que o contribuinte faça um ajuste em 31 de dezembro na sua apuração do lucro real por meio de uma adição da base de cálculo do IRPJ.

Como se observa, por mais que não haja qualquer ajuste na contabilidade, de modo que os eventuais custos superfaturados ou as receitas subfaturadas remanescem mensurados por tais valores na escrituração contábil,, a legislação de preços de transferência acaba diminuindo os efeitos da dedutibilidade daquele custo ou da falta de reconhecimento de parte da receita por meio de um ajuste anual na apuração dos tributos sobre o lucro calculado com base na diferença entre o preço praticado e o preço parâmetro adotado.

3.3 Dos desafios de compatibilização entre a legislação brasileira e as diretrizes da OCDE

Após a exposição da evolução histórica e das principais características tanto do modelo de controle de preços de transferência previsto nas diretrizes da OCDE quanto do modelo brasileiro de controle de preços de transferência, passaremos à análise dos desafios de compatibilização entre os referidos modelos.

Com a edição da Lei nº 9.430/1996 e a instituição dos preços de transferência no Brasil, surgiram as primeiras críticas ao modelo brasileiro de controle de preços de transferência.

Amaral (1997) aponta as seguintes características do modelo brasileiro como ensejadoras de um contencioso tributário: i) adoção de margens presumidas de lucro; ii) poucas opções de *safe harbor*, nas quais não há necessidade do controle de preços de transferência, uma vez que as normas brasileiras somente trouxeram tais dispensas de aplicação do controle em operações de exportação; e iii) impossibilidade de o contribuinte estabelecer um acordo prévio de preços (*advance price agreement*), estabelecendo um método acordado com as autoridades tributárias para aplicação em uma pessoa jurídica.

Schoueri (2013) assinala que o distanciamento das regras brasileiras de preços de transferência das regras da OCDE foi motivo de muitas críticas no início da adoção dessa modalidade de controle no Brasil, sobretudo, em função do estabelecimento por lei de margens fixas em métodos como o PLR e o CPL.

A adoção de margens fixas representou uma escolha do legislador tributário pela praticabilidade, isto é, facilitou-se o cálculo e a fiscalização dos métodos de preços de transferência, ao mesmo tempo em que as margens fixas distanciam a busca por uma capacidade contributiva de cada empresa, a depender das suas transações específicas e setores econômicos envolvidos, visto que as margens podem variar consideravelmente de acordo com a indústria e o nível de concorrência do mercado.

Gregorio (2011) assevera que o legislador brasileiro renunciou com o extremo *arm's length* que norteia as diretrizes da OCDE quando adotou margens fixas de lucro, sem que houvesse qualquer estudo econométrico que justificasse a escolha e instituindo um regime próprio de preços de transferência que dificulta a comparabilidade com outros países.

Por mais que os preços parâmetros estabelecidos na legislação brasileira tenham uma intenção de propagar o princípio do *arm's length*, Nobre (2000) destaca que a pouca flexibilidade das normas brasileiras, sobretudo, em razão das margens fixas, faz com que a ideia brasileira do *arm's length* seja muito mais limitada do que aquela prevista nas diretrizes da OCDE.

Como se observa, há algumas distinções basilares que são extremamente relevantes entre a legislação brasileira e as diretrizes da OCDE sobre preços de transferência.

Cumpre mencionar que, apesar de terem havido muitas críticas da doutrina do direito tributário à nossa legislação pátria de preços de transferência, hoje, as críticas são mais moderadas. A título de ilustração, Schoueri (2013) vem reavaliando essa avaliação crítica da legislação nacional após os ajustes da Lei nº 12.715/2012, uma vez que as propostas da OCDE apresentam falhas graves, em maior parte devido à grande subjetividade que pode existir na definição de margens e na alocação de lucros a diferentes estabelecimentos no exterior.

Retomando o tema das diferenças entre as diretrizes da OCDE e as normas brasileiras de preços de transferência, há algumas diferenças mais específicas que merecem ser citadas.

Nota-se que os métodos de preço parâmetro contidos na legislação brasileira se aproximam dos denominados métodos transacionais tradicionais da OCDE, que existiam desde a diretriz da organização de 1979. Não houve inclusão na lei brasileira dos métodos de lucro das transações, tais como algo equivalente ao *profit split method* ou ao *transactional net margin method*, que surgiram com as diretrizes da OCDE de 1995. Tampouco foi adotado no Brasil o método do *global formulary apportionment*, pelo qual os lucros globais de um grupo empresarial multinacional seriam consolidados e posteriormente alocados a cada empresa do grupo.

Mesmo com relação aos métodos transacionais tradicionais da OCDE, há algumas diferenças entre o preço parâmetro da instituição e aquele previsto na legislação brasileira.

Como exemplo dessa incongruência, Marchant (2013) assevera que, nas diretrizes da OCDE, o *resale price method* é recomendável somente para as empresas revendedoras e que a análise do método deverá levar em conta o conjunto de operações da empresa, a fim de que se busque uma margem de mercado para ser utilizada com fundamento nas margens de empresas independentes que façam a revenda dos mesmos produtos. Por sua vez, o PRL brasileiro não pressupõe uma análise da atividade de revenda da empresa como um todo, mas sim uma análise por produto. Além disso o PRL brasileiro se aplica às empresas industriais, e não há busca por margens de mercados, uma vez que elas são fixadas por lei.

Considerando a intenção do Brasil de ingressar como membro pleno da OCDE, houve a elaboração de um relatório elaborado em conjunto pela RFB e pela OCDE, que foi publicado em 2019, sob a denominação *Transfer Pricing in Brazil: towards convergence with the OECD standards*. O relatório foi resultado de um trabalho conjunto de quinze meses entre profissionais das duas organizações (RFB e OECD, 2019).

A partir da análise do referido relatório, foram levantadas três principais incompatibilidades entre o modelo brasileiro e o da OCDE: i) inexistência de referência expressa ao princípio do *arm's length*; ii) diferença do âmbito de aplicação das regras de preços de transferência; e iii) necessidade de alinhamento dos métodos (RFB e OECD, 2019).

A adoção explícita do princípio do arm's length como norte do controle de preços de transferência no Brasil representa um dos principais desafios da convergência. A sua mera inclusão na norma auxiliaria no seu uso para fins de interpretação da legislação, no entanto é preciso ponderar até que ponto não seria necessário se extirpar as margens fixas para que se possa efetivamente buscar um preço *arm's length*.

No que tange ao âmbito de aplicação das regras de preços de transferência, é interessante notar que o conceito de empresa associada das diretrizes da OCDE é mais limitado do que o conceito de pessoa vinculada. No entanto, somente estão sujeitas ao controle de preços de transferência no Brasil as operações com pessoas no exterior, de modo que a norma brasileira não alcança operações intragrupo em que ambas as partes estejam no Brasil. Além disso, a norma brasileira de preços de transferência exclui algumas importantes matérias de seu escopo, sobretudo os pagamentos de *royalties* e serviços de assistência técnica (RFB, 2019).

Assim, em relação à aplicação das normas de preços de transferência, haveria uma necessidade de adaptação do conceito de pessoa vinculada ao conceito de pessoa associada. Dessa forma, a legislação irá ao encontro das diretrizes da OCDE, assim como ao conceito presente no art. 9 das convenções brasileiras para evitar bitributação da renda.

De igual modo, será necessário ajustar o alcance das normas brasileiras para que elas também abranjam as operações que importem o pagamento ou recebimento de *royalties* e serviços de assistência técnica.

Quanto à necessidade de alinhamento dos métodos de preços de transferência, torna-se fundamental que os métodos brasileiros de importação e exportação se adequem aos métodos transacionais tradicionais, sobretudo, permitindo que as margens possam variar diante das situações concretas. Ademais, torna-se imperiosa a adoção dos métodos de lucros nas transações (*profit split method* e *transactional net margin method*), bem como que haja a instituição do método do *global formulary apportionment*.

A adoção de métodos que não fazem parte da experiência das empresas e da administração tributária brasileira trará muitos desafios decorrentes de sua aplicação no curto e médio prazo. Os custos explícitos e implícitos dessa convergência, no entanto, serão diferidos ao longo do tempo, de modo que a internacionalização do controle de preços de transferência permitirá que empresas, profissionais e autoridades fiscais possam trocar experiências.

3.4 A MP nº 1.152/2022, a Lei nº 14.596/2023 e a maior convergência ao padrão da OCDE

Em 28 de dezembro de 2022, foi promulgada a MP nº 1.152/22, que alterou a legislação brasileira de preços de transferência. Considerando que uma MP pode ou não ser convertida em lei, a própria MP nº 1.152 estabelecia que ela se tornaria vigente

tão somente a partir de 1º de janeiro de 2024, de forma que, mesmo que não viesse a ser convertida em lei, ela ainda não teria entrado em vigor. Por sua vez, o seu art. 46, previa que os contribuintes poderiam optar pela adoção antecipada das regras no ano-calendário de 2023.

Em 14 de junho de 2023, a MP nº 1.152/2022 foi convertida na Lei nº 14.596, sendo eliminado, assim, o eventual risco de não conversão da medida provisória.

No que tange ao conteúdo das alterações promovidas pela MP nº 1.152 e pela Lei nº 14.596 na legislação de preços de transferência, é possível identificar uma aproximação das normas brasileiras ao padrão OCDE.

Na Exposição de Motivos da referida MP consta expressamente que

> o sistema brasileiro atual de preços de transferência é reconhecidamente distante da prática internacional [e que] a adoção das novas regras de preços de transferência, alinhadas às Diretrizes de Preços de Transferência para Empresas Multinacionais e Administrações Tributárias (Diretrizes OCDE), representa o amadurecimento da sociedade brasileira e constitui ferramenta essencial com vistas a promover a modernização do sistema tributário nacional, particularmente da tributação internacional.[21]

Nesse sentido, os arts. 2º da MP nº 1.152 e da Lei nº 14.596 trouxeram de forma expressa o princípio *arm's length*, definindo-o como o parâmetro dos termos e condições que seriam estabelecidos entre partes não relacionadas em transações comparáveis.

O escopo do controle de preços de transferência passa a ser as transações controladas, assim definidas como qualquer relação comercial ou financeira entre duas ou mais partes relacionadas, estabelecida ou realizada de forma direta ou indireta, incluídos contratos ou arranjos sob qualquer forma e série de transações.

As transações controladas são aquelas que envolvem partes relacionadas. Assim, há o abandono do conceito de pessoa vinculada, que é substituído pelo de parte relacionada, sendo fundamental que outras normas como a de subcapitalização (Lei nº 12.249/2010) sejam atualizadas, uma vez que se referem ao conceito de pessoa vinculada da Lei nº 9.430/1996.

Embora os conceitos tenham certa similitude e haja uma lista exemplificativa das partes relacionadas que é bastante parecida com a lista das partes vinculadas existente

21. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Exm/Exm-Mpv-1152-22.pdf.

na Lei nº 9.430, o art. 4º da MP nº 1.152 e e da Lei nº 14.596 trazem um conceito mais amplo e subjetivo ao tratar da parte relacionada, visto que tal relação pode ser advinda de "influência, exercida direta ou indiretamente por outra parte, que possa levar ao estabelecimento de termos e condições em suas transações que divirjam daqueles que seriam estabelecidos entre partes não relacionadas em transações comparáveis" (Brasil, 2022).[22]

Outra mudança significativa diz respeito à inclusão de dois novos métodos de preços de transferência: o método de Margem líquida da transação (MLT) e Método de Divisão do Lucro (MDL), nos moldes dos existentes no padrão da OCDE. Portanto, os métodos aceitos atualmente pela legislação brasileira passam a ser os que se seguem.

1) PIC: no qual se compara o preço ou o valor da contraprestação da transação controlada com os preços ou os valores das contraprestações de transações comparáveis realizadas entre partes não relacionadas.

2) PRL: no qual se compara a margem bruta que um adquirente de uma transação controlada obtém na revenda subsequente realizada para partes não relacionadas com as margens brutas obtidas em transações comparáveis realizadas entre partes não relacionadas.

3) Custo mais Lucro (MCL): no qual se compara a margem de lucro bruto obtida sobre os custos do fornecedor em uma transação controlada com as margens de lucro bruto obtidas sobre os custos em transações comparáveis realizadas entre partes não relacionadas.

4) MLT: no qual se compara a margem líquida da transação controlada com as margens líquidas de transações comparáveis realizadas entre partes não relacionadas, ambas calculadas com base em indicador de rentabilidade apropriado.

5) MDL: no qual é feita a divisão dos lucros ou das perdas, ou de parte deles, em uma transação controlada de acordo com o que seria estabelecido entre partes não relacionadas em uma transação comparável, consideradas as contribuições relevantes fornecidas na forma de funções desempenhadas, ativos utilizados e riscos assumidos pelas partes envolvidas na transação.

22. A título de exemplo, o conceito de parte relacionada da MP nº 1.152 abrange não apenas pessoas jurídicas mas também um conceito mais amplo de entidade, que compreende qualquer pessoa, natural ou jurídica, e quaisquer arranjos contratuais ou legais desprovidos de personalidade jurídica. Por sua vez, o conceito de pessoa vinculada da Lei nº 9.430 só traz situações envolvendo pessoas físicas ou jurídicas.

6) Outros métodos, desde que a metodologia alternativa adotada produza resultado consistente com aquele que seria alcançado em transações comparáveis realizadas entre partes não relacionadas.

Assim, surgem os métodos MLT e o MDL, que não existiam em nosso ordenamento jurídico, além de haver a permissão expressa de utilização de outros métodos desde que tal uso se produza um resultado consistente, o que permite uma grande flexibilidade para que seja alcançado o método mais adequado de preços de transferência.

Mais do que trazer disposições sobre o controle de preços de transferência em operações com *commodities*, a MP nº 1.152 e a Lei nº 14.596 foram inovadoras ao trazer disposições específicas para transações com intangíveis.

Ademais, as referidas normas dispuseram que os *royalties* pagos a partes relacionadas passam a ser objeto de controle de preços de transferência, diferentemente do que acontecia na Lei nº 9.430/1996, que os excluía expressamente do controle de preços de transferência.

Os contratos de compartilhamento de custo também ganharam dispositivo específico na MP nº 1.152 e na Lei nº 14.596, assim como os contratos de seguro que envolvam partes relacionadas.

No que tange às operações de dívida entre partes relacionadas, permanece a necessidade de controle de preços de transferência, no entanto, os critérios da MP nº 1.152 e da Lei nº 14.596 são mais amplos e subjetivos, partindo-se do pressuposto do princípio do *arm's length* e não de taxas fixas previstas em lei.

Por fim, uma das grandes novidades trazidas pela MP nº 1.152 e pela Lei nº 14.596 é a possibilidade de processos de consulta específicos em matéria de preços de transferência, por meio do qual os contribuintes poderão determinar junto a RFB a metodologia a ser utilizada para cumprir o princípio do *arm's length* nas transações controladas futuras. Trata-se da adoção dos chamados *advance price agreements* (APAs), que existem em países em que há uma relação maior de *compliance* cooperativo entre contribuintes e autoridades fazendárias.

Por fim, cabe ressaltar que não houve alterações significativas no que tange ao texto normativo durante o processo de conversão da MP nº 1.152 na Lei nº14.596/2023, cujo teor foi regulamentado posteriormente pela Instrução Normativa RFB nº 2.161/2023.

3.5 Considerações

A edição da MP nº 1.152/2022 e sua conversão na Lei nº 14.596/2023 foram passos importantes para a compatibilização das normas tributárias brasileiras aos padrões da OCDE.

Diante deste contexto, é notável o esforço conjunto das autoridades tributárias para tal compatibilização. Membros da OCDE estiveram em forte contato com auditores fiscais da RFB, e, desse modo, as normas de preços de transferência foram escolhidas como um dos principais pontos para harmonização das normas brasileiras às recomendações da OCDE.

O modelo de controle de preços de transferência contido na MP nº 1.152 e na Lei nº 14.596 tem o mérito de trazer de forma expressa o princípio do *arm's length*, que anteriormente não estava explícito na Lei nº 9.430/1996, embora norteasse alguns dos preços parâmetros previstos naquela lei.

Ademais, alguns dos métodos previstos na Lei nº 9.430 continham margens fixas, como o PRL e o CPL. Tais margens fixas facilitavam o cálculo por parte dos contribuintes, no entanto, faziam com que a margem usualmente praticada por uma entidade ou por um setor econômico fosse desconsiderada. Dessa forma, o abandono das margens fixas torna o cálculo muito mais subjetivo e complexo, mas em compensação está mais em linha com o princípio da capacidade contributiva.

Outro ponto relevante diz respeito à introdução de outros métodos que já existiam nas recomendações na OCDE, tais como a MLT e o MDL, além da previsão para outros métodos.

Por fim, é positiva também a adoção de possibilidade de consulta específica sobre preços de transferência, o que possibilita uma melhor relação entre contribuintes e autoridades fiscais, que verificarão qual é o método mais apropriado para um determinado contribuinte.

Em resumo, nos parece que a aproximação entre as regras brasileiras de preços de transferência e as recomendações da OCDE é extremamente positiva para o Brasil, o que irá garantir uma maior uniformidade de critérios para as empresas de um mesmo grupo transnacional, ainda que, no curto prazo, haja uma dificuldade maior na determinação de margens em razão de uma maior subjetividade normativa.

4 DAS REGRAS DE SUBCAPITALIZAÇÃO

4.1 Da evolução histórica das diretrizes de subcapitalização da OCDE

As primeiras menções relativas à indedutibilidade dos juros para fins de apuração do imposto sobre a renda da pessoa jurídica ocorrem em Carroll (1933), publicado sob os auspícios da então Liga das Nações. O autor aponta que as operações econômicas entre uma pessoa jurídica e sua controladora no exterior deveriam ser conduzidas da mesma maneira que as operações entre pessoas jurídicas independentes. Como decorrência, o estabelecimento contratual de juros nas operações de mútuo deveria ser feito como se as duas partes envolvidas não tivessem vínculo societário.

Ainda que Mitchell B. Carroll não tenha se utilizado da expressão *arm's length*,[23] nota-se de forma cristalina a ideia da relação entre terceiros independentes como parâmetro para relações entre partes relacionadas.

De modo ainda mais específico, em *Methods of Allocating Taxable Income* o autor assinala que a alocação artificial da base de cálculo do imposto sobre a renda da pessoa jurídica pode ser feita por meio de mútuos com base na realização de contratos de mútuo em que não haja previsão de juros ou com a instituição de taxas de juros excessivas (Carroll, 1933).

No caso de estabelecimento de taxa de juros excessiva em uma relação entre pessoas jurídicas relacionadas, o referido autor propugna o ajuste de tal excesso de juros para fins de determinação da base de cálculo do imposto sobre a renda, a fim de que não haja a dedutibilidade do montante do excesso de juros.

Em 1987, a OCDE publicou o relatório *Thin Capitalisation: taxation of entertainers, artistes, and sportsmen*, no qual, além da tributação de artistas e atletas, foi trazida de forma pioneira a questão do excesso de endividamento de uma pessoa jurídica e a consequente dedução das despesas de juros relacionadas com esse endividamento (OECD, 1987).

No referido relatório consta a preocupação expressa de que a forma de financiamento das empresas afete a tributação do imposto sobre a renda. Assim, tendo em vista que os recursos ingressam na entidade por meio de capital ou por meio de empréstimos,

23. A expressão *arm's length* é utilizada para determinar as situações nas quais transações econômicas se dão entre partes independentes, em condições normais de mercado.

há diferenças fundamentais entre as mencionadas duas formas de financiamento, inclusive distinções de ordem tributária.

No que tange ao financiamento por meio de capital, o retorno ao investidor se dará por meio da distribuição de lucros, que foram previamente tributados pelo imposto de renda, ao passo que, no tocante ao financiamento por meio de empréstimos, o retorno ao investidor se dará por meio do pagamento de juros, que constituem despesas financeiras que são diminuídas do lucro tributável pelo imposto de renda (OECD, 1987).

De modo geral, as empresas costumam ser financiadas tanto por capital quanto por empréstimos, sendo que a proporção entre as duas formas de financiamento deriva de razões econômicas e negociais de cada empresa, não devendo, em princípio, derivar de motivos tributários. Todavia, diante da dedutibilidade das despesas financeiras relativas aos empréstimos e da impossibilidade de dedutibilidade dos lucros ou dividendos distribuídos, surge uma consequência tributária capaz de afetar a decisão do investidor de conceder recursos para entidade por capital ou por dívida, fazendo com que sócios da empresa eventualmente prefiram oferecer recursos sob a forma de empréstimos, gerando o fenômeno da subcapitalização (*thin capitalization*).

Como decorrência de tal cenário tributário, o relatório aponta que o excesso de financiamento empresarial por meio de empréstimos, isto é, o excesso de endividamento com uma parte relacionada no exterior poderia configurar uma capitalização oculta (*hidden capitalization*), por meio da qual os sócios prefeririam aportar recursos na forma de dívida em vez de capital em decorrência da possibilidade de dedução dos juros correspondentes à dívida (OECD, 1987).

A dita capitalização oculta demonstraria nominalmente uma empresa altamente endividada e com um patrimônio líquido relativamente pequeno, no entanto, ao se analisar de forma mais detida a composição da dívida, verificar-se-ia que grande parte dela tem como credores os sócios da empresa, que preferiram aportar os seus recursos como empréstimos em vez de capital, visto que os juros dos empréstimos diminuem o lucro tributável da empresa.

Em um ambiente globalizado, o uso do financiamento de empréstimos com os sócios faz com que se diminua a base tributável pelo imposto de renda no país de produção de bens e serviços, dado que os juros farão com que parte da base tributável se dirija para ser tributada no país da controladora da empresa.

Feito o esclarecimento do problema a ser enfrentado, o relatório da OCDE traz exemplos de práticas efetuadas por alguns países para combater a subcapitalização: i) indedutibilidade para fins do cálculo do imposto de renda do pagamento excessivo de juros; ii) tratamento tributário de distribuição de lucros para instrumentos híbridos de financiamento; e iii) tratamento tributário de distribuição de lucros para instrumentos de dívida por meio da determinação de pagamento excessivo de juros ou por meio da adoção de uma razão fixa de proporção entre dívida e capital (OECD, 1987).

O tema da subcapitalização foi retomado na OCDE no âmbito do Plano Beps. Vale destacar que os países da OCDE e do Grupo dos 20 (G20) se uniram para a elaboração do relatório *Addressing Base Erosion and Profit Shifting* a partir de fevereiro de 2013, sendo que em novembro de 2015 foram entregues quinze planos de ação fundamentados em três pilares: i) introdução de coerência nas normas domésticas que afetam as atividades transfronteiriças; ii) estabelecimento de exigências substantivas nos padrões internacionais existentes; e iii) promover maior transparência fiscal e segurança jurídica (OECD, 2015).

A ação 4 do Plano Beps se refere especificamente a dedutibilidade de juros, sendo denominada *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments: action 4* (OECD, 2015b).

Os riscos apontados na ação 4 do Plano Beps relativos à dedutibilidade dos juros são os seguintes: i) grupos se utilizando de alto grau de endividamento com terceiros em países com altas taxas de tributação; ii) grupos usando empréstimos intragrupo para gerar deduções excessivas de juros em relação às despesas de juros usualmente incorridas com terceiros; e iii) grupos usando empréstimos intragrupo ou com terceiros para gerar isenções tributárias relativas ao imposto de renda (OECD, 2015b).

Segundo a Ação 4 do Plano Beps, o uso de juros com partes relacionadas é uma das formas mais simples de erosão da base tributável do imposto de renda no âmbito do planejamento tributário internacional, uma vez que a fluidez e fungibilidade do dinheiro faz com que qualquer empresa possa fazer ajustes como bem quiser na estrutura de capital de uma entidade controlada. Ademais, na maior parte dos países, as despesas com juros são dedutíveis para o devedor, e as receitas com juros são tributadas com alíquotas gerais no âmbito do credor. Por outro lado, os lucros distribuídos aos sócios geralmente não são dedutíveis para quem os paga e costumam ter algum tipo de

tributação minorada no beneficiário, seja por meio da concessão de um crédito na fonte, seja por meio até de uma isenção para o beneficiário (OECD, 2015b).[24]

Tal diferença de tratamento tributário acaba por criar um viés de indução ao financiamento por meio de empréstimos no contexto de relações transfronteiriças. Muitas vezes a distorção ainda é ampliada por meio do uso de técnicas, tais como isenções e reduções de alíquotas específicas, que façam com que a tributação da receita com juros seja reduzida ou eliminada na jurisdição do credor.

Diante de tal cenário, a ação 4 do Plano Beps constata a existência de seis tipos de abordagens de combate à subcapitalização: i) testes de *arm's length*, isto é, testes que comparam o nível de endividamento que existiria se uma empresa somente tomasse empréstimos com terceiros; ii) imposto de renda na fonte sobre o pagamento de juros, que é uma forma de garantir uma tributação na fonte de produção dos rendimentos; iii) regras que não permitem um determinado percentual de despesa de juros de uma entidade, independentemente da natureza do pagamento de juros ou para quem os juros são pagos; iv) regras que limitam as despesas com juros ou o endividamento com base em percentual fixo, tais como como razão entre dívida e capital, razão entre juros e lucros ou razão entre juros e total dos ativos; v) regras que limitam as despesas de juros ou o endividamento com base na situação patrimonial de todo o grupo econômico; e vi) regras específicas que não permitem a dedutibilidade dos juros em transações específicas (OECD, 2015b).

Conforme o texto da ação 4 do Plano Beps, entre as práticas observadas de combate à subcapitalização, a mais coerente e consistente para combater a erosão da base tributável é o uso de uma razão fixa para limitar a dedutibilidade dos juros a um percentual fixo dos lucros, mensurado a partir dos lucros antes dos juros, tributos, depreciação e amortização (*earning before interest, taxes, depreciation and amortisation* – Ebitda) (OECD, 2015b).

24. Não há exigência de simetria entre a dedutibilidade de um gasto em uma entidade e a tributação da receita correspondente em outra entidade. No Brasil, a receita de juros do credor é usualmente tributável, ao passo que a despesa com juros do devedor é geralmente dedutível, sendo que há possibilidade de indedutibilidade de tal despesa em algumas hipóteses específicas, a partir das regras de preços de transferência, subcapitalização e distribuição disfarçada de lucros. Com relação à distribuição de lucros ou dividendos, vale notar que eles não se configuram como despesas para quem os paga, mas poderão ser registrados como receitas para quem os recebe. No Brasil, desde a edição do art. 10 da Lei nº 9.249/1995, os lucros ou dividendos recebidos são isentos desde que tenham sido pagos por pessoas jurídicas brasileiras e tenham sido calculados com base no resultado apurado. Em grande parte dos países, os lucros ou dividendos recebidos são receitas tributáveis, de forma que não é possível que o lucro ou dividendo seja deduzido da base do imposto sobre a renda para quem os paga, mas será tributável para quem os recebe.

O uso do Ebitda como parâmetro faria com que a dedução dos juros esteja diretamente relacionada com a atividade econômica da empresa, sendo que tal relação direta traria mais robustez ao cálculo, diminuindo as possibilidades de que os juros sejam usados com a finalidade de diminuição da base tributável.

A ação 4 do Plano Beps cuida especificamente de formas de mensuração da atividade econômica de uma entidade por meio de lucros. Assim, constata-se que é criticável o uso mero e simples do lucro contábil, uma vez que ele pode estar artificializado em virtude do uso de despesas com juros em empréstimos intragrupo.

Em decorrência dessa situação, conclui-se que o uso do Ebitda é mais apropriado, pois é anterior às despesas incorridas com juros, além de não incluir dois custos que não representam saídas de caixa (depreciação e amortização), de modo que refletiria de forma mais adequada a atividade econômica da entidade.

Após a defini-lo como parâmetro, o texto da ação 4 do Plano Beps trata dos desafios de estabelecer uma taxa fixa sobre o Ebitda para determinar como teto de dedução dos juros, já que os padrões variam de acordo com os países, momentos de maturidade de uma entidade e o setor econômico envolvido. A título de sugestão, consta em OECD (2015) que o teto de dedução das despesas com juros inclui um intervalo de taxas entre 10% e 30% do Ebitda.

Tendo em vista que alguns grupos são altamente alavancados por meio de empréstimos em função de razões extratributárias, o texto da ação 4 do Plano Beps aponta que deverá ser dada a permissão para que a dedutibilidade das despesas com juros de uma entidade de um determinado país até o limite na razão entre os juros e o Ebitda de todo o grupo econômico em bases mundiais (OECD, 2015b). Isso possibilita que alguns setores econômicos altamente alavancados não sejam prejudicados pela taxa fixada pela legislação doméstica como teto para a dedutibilidade de juros, possibilitando que possa ser analisado o contexto global daquele grupo econômico.

Em linhas gerais, esse é o cenário das recomendações da OCDE aos países no que tange à regulamentação das normas de subcapitalização.

4.2 Da evolução histórica da legislação de subcapitalização no Brasil

Tal qual aconteceu com os preços de transferência, cabe notar que, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, a determinação de alguma consequência tributária a operações praticadas entre uma pessoa jurídica e suas partes relacionadas surge com as normas que tratam de distribuição disfarçada de lucros, previstas originalmente no art. 72 da Lei nº 4.506/1964.[25]

25. Lei nº 4.506/1964: "Art. 72. Consideram-se formas de distribuição disfarçada de lucros ou dividendos pela pessoa jurídica:
I - A alienação, a qualquer título, a acionista, sócio, dirigente ou participante nos lucros de pessoa jurídica, ou aos respectivos parentes ou dependentes de bem ou direito, por valor notòriamente inferior ao de mercado;
II - A aquisição, de qualquer das pessoas referidas no artigo anterior, de bem ou direito por valor notòriamente superior ao de mercado;
III - O pagamento de remuneração por trabalho assalariado, autônomo ou profissional, que não corresponda a serviços efetivamente prestados;
IV - O pagamento de aluguéis ou "royalties" a qualquer das pessoas referidas no item I que não corresponda ao efetivo uso, exploração ou fruição de bem ou direito, ou em montante que exceda o valor do mercado;
V - O pagamento de despesas particulares das pessoas referidas no item I, salvo quando satisfizerem às condições legais para serem classificadas com remuneração do trabalho assalariado, autônomo ou profissional;
VI - O não exercício de direito à aquisição de bem ou direito pertencentes a qualquer das pessoas referidas no item I quando dêle resultar a perda do sinal, depósito em garantia, ou importância paga para obter opção de aquisição;
VII - os empréstimos concedidos a quaisquer das pessoas referidas no item I, se a pessoa jurídica dispõe de lucros acumulados ou reservas não impostas pela lei, salvo se: (...)
VIII - A redução do capital social e conseqüente amortização de ações ou quotas, devolução de participação de sócios, antes de decorridos dois anos da incorporação de reservas ou lucros ao capital social;
IX - O resgate, dentro de dois anos de sua emissão, de ações preferenciais resultantes da incorporação de lucros ou reservas ao capital;
X - A transferência aos sócios ou acionistas, sem pagamento ou por valor inferior ao do mercado, do direito de preferência à subscrição de ações no capital de outra sociedade;
XI - A incorporação ao capital, com a conseqüente distribuição de ações, de dividendos fixos ou mínimos de ações preferenciais, devidos há menos de dois anos;
XII - A amortização ou resgate de partes beneficiárias antes de cinco anos da sua emissão, se emitidas para colocação gratuita" (Brasil, 1964).

A partir da edição do Decreto-Lei nº 1.598/1977 e do Decreto-Lei nº 2.064/1983,[26] a distribuição disfarçada de lucros atinge as relações da pessoa jurídica com suas pessoas ligadas.

É curioso notar que Schoueri (1996), ao se debruçar sobre o tema da distribuição disfarçada de lucros e os precedentes da jurisprudência alemã, apontava que na Alemanha se considerava como distribuição disfarçada de lucros quando havia o pagamento de juros e o montante do empréstimo era demasiadamente alto em relação ao patrimônio líquido da entidade. O autor afirmou de forma expressa que tal critério de distribuição disfarçada de lucros não encontraria guarida no ordenamento jurídico brasileiro.

Como se nota, ainda que as normas de distribuição disfarçada de lucros visem estabelecer consequências tributárias para a prática de preços entre pessoas ligadas, não havia a aplicação de tais regras às situações envolvendo empréstimos com pessoas ligadas.

Em tal cenário de inexistência de regra específica de subcapitalização, tornou-se relevante o caso analisado no âmbito do antigo Conselho de Contribuintes e posteriormente reanalisado no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

O caso, conhecido como Colgate-Kolynos, envolveu o financiamento de pessoa jurídica brasileira por parte relacionada localizada no exterior com vistas a angariar recursos para que a Kolynos fosse adquirida por empresa do grupo Colgate. Para tanto, parte dos recursos ingressaram no Brasil como empréstimos, de modo que eram apropriadas

26. Decreto-Lei nº 1.598/1977 (já com as alterações do Decreto-Lei nº 2.064/83): "Art 60 - Presume-se distribuição disfarçada de lucros no negócio pelo qual a pessoa jurídica:
I - aliena, por valor notoriamente inferior ao de mercado, bem do seu ativo a pessoa ligada;
II - adquire, por valor notoriamente superior ao de mercado, bem de pessoa ligada;
III - perde, em decorrência do não exercício de direito à aquisição de bem e em benefício de pessoa ligada, sinal, depósito em garantia ou importância paga para obter opção de aquisição;
IV - a parte das variações monetárias ativas (art.18) que exceder as variações monetárias passivas (art. 18, parágrafo único);
V - empresta dinheiro a pessoa ligada se, na data do empréstimo, possui lucros acumulados ou reservas de lucros;
VI - paga a pessoa ligada aluguéis, royalties ou assistência técnica em montante que excede notoriamente do valor de mercado.
VII - realiza com pessoa ligada qualquer outro negócio em condições de favorecimento, assim entendidas condições mais vantajosas para a pessoa ligada do que as que prevaleçam no mercado ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros. (...)
§ 2º - A prova de que o negócio foi realizado no interesse da pessoa jurídica e em condições estritamente comutativas, ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros, exclui a presunção de distribuição disfarçada de lucros" (Brasil, 1977).

despesas com juros de tais empréstimos e tais despesas diminuíam o lucro tributável. Diante de tal cenário, houve autuação fiscal determinando a indedutibilidade de tais despesas financeiras (Vicentini, 2021).

Em 15 de junho de 2005, o caso foi julgado por meio do Acórdão nº 101-95.014 do então Conselho de Contribuintes, no qual, por maioria de votos, decidiu-se de forma favorável ao contribuinte, garantindo-se a dedutibilidade das despesas financeiras.

O voto vencedor do referido acórdão se pautou em quatro pontos: i) efetividade do empréstimo; ii) inexistência de regra jurídica específica para limitação de dedutibilidade em casos de subcapitalização; iii) possibilidade jurídica de uma empresa nacional contrair empréstimos de sua controladora no exterior; e iv) tributação de juros pelo imposto de renda na fonte no momento de remessa de valores ao beneficiário no exterior, com alíquota de 15% na hipótese em que o beneficiário não estivesse situado em país com tributação favorecida.

O caso foi novamente apreciado, dessa vez na Câmara Superior de Recursos Fiscais do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, responsável pela uniformização dos precedentes administrativos, em 24 de agosto de 2009.

No Acórdão nº 9101-00.287, decidiu-se, por voto de qualidade do presidente da turma após empate, pela indedutibilidade das despesas financeiras.

Constou no voto vencedor que, ainda que inexistisse à época norma de subcapitalização, haveria regra sobre o critério geral de dedutibilidade das despesas, o que exigiria que elas fossem necessárias para serem dedutíveis.

Nesse sentido, foram entendidas como desnecessárias, e consequentemente indedutíveis, as despesas com juros relativas a empréstimo efetuado por meio de um contrato de mútuo, em que a mutuante era sócia detentora de 99,99% do capital social da mutuária e dispunha de recursos para integralizar o capital.

Logo, por mais que não houvesse norma de subcapitalização, o precedente foi paradigmático para o tema, tanto que, alguns meses depois, o assunto foi efetivamente regulado por meio de norma jurídica específica.

As normas específicas sobre subcapitalização somente surgiram no Brasil com a edição da Medida Provisória nº 472/2009, que trata especificamente de tal matéria nos seus artigos 24 e 25.[27]

Diz ainda o texto da exposição de motivos que a medida torna os juros considerados excessivos indedutíveis, segundo critérios e parâmetros legais, com o objetivo de controlar o endividamento abusivo junto a pessoa vinculada no exterior, sendo efetuado exclusivamente para fins fiscais.

Diferentemente da exposição de motivos da norma que resultou na lei de preços de transferência, inexiste qualquer menção à OCDE na exposição de motivos da norma que tratou da subcapitalização. Todavia, ainda que não haja menção à OCDE, não há como não registrar que a adoção de uma norma de subcapitalização surge a partir de trabalhos, entre os quais os relatórios da OCDE descrevendo a existência de planejamentos tributários envolvendo o endividamento excessivo.

A Medida Provisória nº 472/2009 foi convertida na Lei nº 12.249/2010, de forma que o disposto nos artigos 24 e 25 permanece vigente até hoje.

A partir da leitura dos referidos dispositivos legais, nota-se que o art. 24 da Lei nº 12.249/10 diz respeito à situação de endividamento excessivo de pessoa jurídica brasileira com parte vinculada no exterior, ao passo que o art. 25 se refere ao endividamento excessivo de pessoa jurídica brasileira com pessoa física ou jurídica residente,

27. Consta expressamente na Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 472: "29. O art. 24 visa evitar a erosão da base de cálculo do IRPJ e da CSLL mediante o endividamento abusivo realizado da seguinte forma: a pessoa jurídica domiciliada no exterior, ao constituir subsidiária no país, efetua uma capitalização de valor irrisório, substituindo o capital social necessário à sua constituição e atuação por um empréstimo, que gera, artificialmente, juros que reduzem os resultados da subsidiária brasileira.
29.1. A dedução desses juros da base de cálculo do IRPJ (alíquota de 15% mais adicional de 10%) e da CSLL (alíquota de 9%) gera uma economia tributária de 34% do seu valor. Mesmo considerando que as remessas para pagamento de juros são tributadas pelo Imposto sobre a Renda Retido na Fonte (IRRF) à alíquota de 15%, resta uma economia tributária de 19%.
29.2. A medida torna os juros considerados excessivos indedutíveis, segundo critérios e parâmetros legais. O objetivo é controlar o endividamento abusivo junto a pessoa vinculada no exterior, efetuado exclusivamente para fins fiscais.
30. O art. 25 segue o mesmo princípio do art. 24, entretanto, é aplicado na hipótese de a pessoa jurídica domiciliada no Brasil contrair empréstimos com pessoa jurídica domiciliada em país ou dependência com tributação favorecida, ou que goze de regime fiscal privilegiado. Da mesma forma, esses empréstimos geram juros que reduzem, artificialmente, o resultado tributável no Brasil e, ao mesmo tempo, geram lucros que não serão tributados de maneira representativa no exterior. A medida restringe a dedutibilidade das despesas de juros de pessoas jurídicas residentes no Brasil quando pagos a entidades *off-shore*, independentemente de vínculo societário" (Brasil, 2010).

domiciliada ou constituída no exterior, em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado.

Assim, foram estabelecidos critérios diferentes para determinação da dedutibilidade das despesas com juros a depender se a pessoa jurídica está situada ou não em paraíso fiscal.

Vale notar que a regra de subcapitalização somente se aplica para operações entre pessoa jurídica brasileira e outra pessoa no exterior – vinculada não localizada em paraíso fiscal ou qualquer pessoa física ou jurídica situada em paraíso fiscal –, de modo que não há regra de subcapitalização para pessoa jurídica brasileira que toma empréstimos de outra pessoa jurídica vinculada também situada no Brasil.

Para fins de determinação do que seriam os juros indedutíveis, o legislador brasileiro adotou um critério de razão fixa entre o endividamento e o capital próprio da entidade. Desse modo, voltou seus olhos para o passivo de endividamento para configurá-lo ou não como excessivo, independentemente de qual a razão entre as despesas financeiras e o resultado da entidade.

O art. 24 da Lei nº 12.249/2010 estabeleceu que o valor do endividamento com pessoa vinculada no exterior não poderá ser superior a duas vezes o valor da participação da vinculada no patrimônio líquido da pessoa jurídica brasileira na hipótese de que a pessoa vinculada no exterior possui participação direta no capital da entidade investida a brasileira.

Dessa forma, o legislador adotou como aceitável a proporção de 2 para 1 entre o montante do endividamento em relação ao valor proporcional da participação societária da vinculada em relação ao patrimônio líquido da investida.

Além da hipótese em que a pessoa vinculada no exterior possui participação direta na pessoa jurídica brasileira, o art. 24 da Lei nº 12.249 estabeleceu o teto do valor do endividamento com pessoa vinculada no exterior quando não existe vínculo societário direto entre pessoa vinculada no exterior e pessoa jurídica brasileira.

Nessa linha, o valor do endividamento com pessoa vinculada no exterior não poderá ser superior a duas vezes o valor do patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil nos casos em que não há participação direta entre pessoa vinculada no exterior e pessoa jurídica brasileira.

Mais uma vez, verifica-se que o legislador adotou como aceitável a proporção de 2 para 1 entre o montante do endividamento em relação ao valor do patrimônio líquido da investida.

No caso de existência de empréstimos com mais de uma pessoa vinculada no exterior, há também um teto de endividamento, de forma que não seja superior a duas vezes o valor do patrimônio líquido da pessoa jurídica brasileira.

Caso haja um endividamento excessivo que supere as proporções mencionadas nos parágrafos anteriores, a parcela excedente das despesas financeiras será considerada não necessária e indedutível para fins de apuração do IRPJ e da CSLL.

Há disposição expressa no art. 24 da Lei nº 12.249 de que não estão sujeitas às regras de subcapitalização os endividamentos decorrentes de operações de captação feitas no exterior por instituições financeiras, que serão utilizados em operações de repasse no mercado interno.

O art. 25 da Lei nº 12.249 dispõe sobre as regras de subcapitalização em operações com pessoas localizadas em países com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado.

O legislador tributário adotou mais uma vez uma razão fixa entre o endividamento e o patrimônio líquido. Nesse caso, o teto do endividamento com pessoas localizadas em paraísos fiscais é igual a 30% do valor do patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil.

Na hipótese em que o valor do endividamento é superior a esse montante de 30% do patrimônio líquido, o valor dos juros relativos ao excedente será considerado despesa não necessária à atividade da empresa, não sendo dedutível para fins de IRPJ e CSLL.

Como se observa, as regras de subcapitalização foram inseridas no ordenamento jurídico brasileiro há pouco mais de dez anos e pressupõem a determinação de razões fixas entre o endividamento e o patrimônio líquido para avaliar se os juros correspondentes àquele endividamento são dedutíveis ou não para fins de cálculo da base do IRPJ e da CSLL.

4.3 Considerações

Sobre os desafios de compatibilização entre a legislação brasileira e as diretrizes da OCDE, após a exposição da evolução histórica e das principais características tanto do modelo de controle de subcapitalização da OCDE quanto do modelo brasileiro de controle de subcapitalização, passaremos a apontar alguns desafios que ocorrem.

Com a edição da Lei nº 12.249/2010 e a instituição da subcapitalização no Brasil, surgiram as primeiras críticas ao modelo brasileiro.

Vicentini (2021) aponta que a indedutibilidade de juros excessivos já poderia ser alegada em alguns casos com base no critério pelo qual as despesas não necessárias não são dedutíveis, o que inclusive já havia acontecido no caso Colgate-Kolynos, de forma que a norma de subcapitalização poderia ser considerada dispensável.

O período anterior à existência das normas de subcapitalização também fazia com que a análise da necessidade ou não da despesa financeira levasse em consideração a casuística da empresa e de seu setor econômico, o que não acontece com as normas de subcapitalização, uma vez que o endividamento é auferido com base em taxas fixas (Vicentini, 2021).

Schoueri (2012) menciona que a existência no Brasil do instituto dos juros sobre o capital próprio acaba por tornar menos relevante a instituição da subcapitalização. Isso acontece porque os juros sobre o capital próprio visam incentivar a capitalização das empresas, garantindo dedutibilidade para uma parcela da remuneração do capital próprio.

Segundo o referido autor, causa estranheza a importação de regras de subcapitalização, visto que a dedução dos juros sobre o capital próprio já se configura como um instituto suficiente a desestimular a subcapitalização. Cumpre notar, no entanto, que não há estudos empíricos que possam confirmar ou refutar a referida hipótese, além do que vem sendo cogitada a extinção dos juros sobre o capital próprio em algumas propostas de reforma tributária.

O uso de razões fixas entre endividamento e patrimônio líquido não passou incólume a críticas.

Mosquera e Diniz (2011) e Vicentini (2021), por exemplo, observam que cada setor econômico pode possuir características distintas de necessidade de recursos, de forma que se deve exigir o mesmo nível de endividamento de uma indústria e de uma instituição financeira.

Considerando que a adoção das normas de subcapitalização se deu entre os anos de 2009 e 2010 e a ação 4 do Plano Beps teve a sua redação final em 2015, nota-se que o Brasil adotou normas de subcapitalização relativamente ultrapassadas.

Não é à toa que, embora haja citação expressa no texto da ação 4 do Plano Beps de que alguns países adotam proporções fixas entre o endividamento e o patrimônio líquido, existe recomendação expressa de que a melhor prática de combate à subcapitalização é a adoção de taxa fixa sobre o Ebitda.

Nesse sentido, para uma maior aproximação com o padrão recomendado pela OCDE de combate à subcapitalização, seria necessário alterar a legislação brasileira, passando a se adotar um percentual fixo ou até um intervalo fixo sobre o Ebitda, em vez de uma razão fixa entre dívida e capital.

A aproximação com o padrão constante na ação 4 do Plano Beps demandaria também que o cálculo fosse feito com base nos resultados de todo o grupo econômico, e não somente da entidade brasileira.

O uso do Ebitda como parâmetro para determinação dos juros excessivos traria a necessidade de definição do cálculo de tal base de mensuração.

Silva Neto (2019) assinala que não existe uma definição legal no ordenamento jurídico brasileiro do que seria o Ebitda, havendo apenas uma breve definição do alcance desse termo na Instrução Comissão de Valores Mobiliários (CVM) nº 527/2012, que trata da divulgação voluntária de tal montante pelas companhias abertas em suas demonstrações financeiras. Nesse caso específico, por mais que haja uma mudança de paradigma para determinação do excesso de juros pelas empresas e pela própria administração tributária brasileira, os desafios não são tão significativos, uma vez que a adoção de taxa fixa sobre o Ebitda permanece um critério objetivo, sendo que a convergência ao padrão indicado pela OCDE permitirá que empresas, profissionais e autoridades fiscais possam trocar experiências.

5 DAS REGRAS DE DIVULGAÇÃO OBRIGATÓRIA DE PLANEJAMENTOS DA OCDE

5.1 Da evolução histórica das diretrizes de divulgação obrigatória de planejamentos tributários da OCDE

A divulgação obrigatória de planejamentos tributários é um dos temas que foi analisado pela OCDE no âmbito do Plano Beps. Cumpre notar que os países da OCDE e do G20 se uniram para a elaboração do relatório *Addressing Base Erosion and Profit Shifting* a partir de fevereiro de 2013, sendo que em novembro de 2015 foram entregues quinze planos de ação fundamentados em três pilares: i) introdução de coerência nas normas domésticas que afetam as atividades transfronteiriças; ii) estabelecimento de exigências substantivas nos padrões internacionais existentes; e iii) promover maior transparência fiscal e segurança jurídica (OECD, 2015c).

A ação 12 do Plano Beps, denominada *Mandatory Disclosure Rules*, teve por objetivo tratar dos planejamentos tributários efetuados pelos contribuintes, estipulando uma requisição de que eles devem ser obrigatoriamente informados às autoridades fiscais (OECD, 2015c).

Uma das premissas que levaram à elaboração da ação 12 do Plano Beps diz respeito à falta de informação tempestiva para as autoridades tributárias acerca das estratégias de planejamento tributário agressivo, de forma que um acesso antecipado a essa informação permitiria que tais operações fossem fiscalizadas, ou até mesmo que a legislação tributária fosse alterada (OECD, 2015c).

Dessa forma, a instituição de uma divulgação obrigatória dos planejamentos tributários confere ferramentas para aumentar o fluxo dos riscos e das lacunas tributárias para as autoridades fazendárias e formuladores de política fiscal.

Embora traga algumas sugestões de delineamento sobre uma divulgação obrigatória de planejamentos tributários, a ação 12 do Plano Beps estabelece que cada país deve ter uma flexibilidade para desenhar o modelo de divulgação obrigatória que lhe seja mais conveniente (OECD, 2015c). Todavia, há algumas regras de divulgação obrigatória de planejamentos tributários: i) ser de fácil entendimento; ii) possuir baixos custos de conformidade; iii) conseguir identificar de forma precisa os planejamentos a serem evidenciados; e iv) as informações coletadas devem ser utilizadas efetivamente pela administração tributária (OECD, 2015c).

O principal objetivo da divulgação obrigatória de planejamentos tributários é aumentar a transparência por meio do fornecimento tempestivo de informações sobre planejamentos agressivos ou abusivos. Há também o efeito comportamental de que os contribuintes pensarão duas vezes antes de adotar uma estratégia de planejamento tributária que será obrigatoriamente divulgada.

Segundo o texto da ação 12 do Plano Beps, uma divulgação obrigatória dos planejamentos tributários é mais eficiente do que outras formas de programa de *compliance* cooperativo, uma vez que as vulnerabilidades legislativas, isto é, as lacunas legislativas que dão margem a que os contribuintes venham a praticar negócios jurídicos que resultam em uma carga tributária menos onerosa, são mais facilmente detectadas por meio de uma divulgação obrigatória (OECD, 2015c).

Além da implantação de uma divulgação obrigatória de planejamentos tributários, a ação prevê que idealmente as informações coletadas deverão ser compartilhadas entre as administrações tributárias de diferentes países, havendo inclusive uma plataforma para tal compartilhamento, isto é, a *Joint International Tax Shelter Information and Collaboration Network* (JITSIC Network) (OECD, 2015c).

Em linhas gerais esse é o cenário das recomendações da OCDE aos países no que tange à regulamentação das normas de divulgação obrigatória de planejamentos tributários.

5.2 Da evolução histórica da legislação de divulgação obrigatória de planejamentos tributários no Brasil

Em primeiro lugar, cumpre pontuar que não há uma definição legal do que seja planejamento tributário no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. Essa ausência de definição faz com que o alcance da terminologia possa variar bastante, a depender da interpretação de cada indivíduo ou empresa.

Coube a doutrina nacional trazer as primeiras impressões sobre a definição de planejamento tributário. Dória (1977) assinala a distinção entre elisão e evasão fiscal, sendo a primeira uma ação individual preventiva que tende por meios lícitos a afastar, reduzir ou retardar a ocorrência do fato gerador.

A partir de tal definição, nota-se que a elisão pressupõe o uso de meios lícitos e prévios à ocorrência do fato gerador, ao passo que a evasão pressupõe o uso de meios ilícitos e posteriores à ocorrência do fato gerador.

Nos termos da redação original do Código Tributário Nacional, as autoridades tributárias dispunham da revisão de ofício do lançamento previsto em seu artigo 149 como forma de tributarem algum planejamento tributário realizado pelo contribuinte.[28]

Entre as situações que geram a possibilidade de revisão do lançamento destacam-se: i) a hipótese em que o contribuinte declarou informação falsa, incorreu em erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória; e ii) a hipótese em que o contribuinte agiu com dolo, fraude ou simulação.

Na hipótese em que contribuinte faz declarações falsas ou incorre em erro ou omissão quanto a elemento que seria de declaração obrigatória, a autoridade tributária percebendo a falsidade ou o erro está obrigada a efetuar a revisão do lançamento, recalculando o tributo devido acrescido de multa e juros. Na mesma linha, quando a autoridade tributária comprova dolo, fraude ou simulação por parte do contribuinte, verifica que foram praticados propositadamente negócios jurídicos que não são condizentes com a forma jurídica declarada, com o intuito de ter uma carga tributária menor Mais uma vez, nesses casos também haverá a revisão do lançamento com o devido recálculo do tributo devido acrescido de multa e juros, sendo que a multa poderá ser

28. Lei nº 5.172/1966: "Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:
I - quando a lei assim o determine;
II - quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária;
III - quando a pessoa legalmente obrigada, embora tenha prestado declaração nos termos do inciso anterior, deixe de atender, no prazo e na forma da legislação tributária, a pedido de esclarecimento formulado pela autoridade administrativa, recuse-se a prestá-lo ou não o preste satisfatoriamente, a juízo daquela autoridade;
IV - quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória;
V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;
VI - quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária;
VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;
VIII - quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior;
IX - quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade especial.
Parágrafo único. A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública." (Brasil, 1966).

majorada se houver sonegação, fraude ou conluio nos termos dos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/64.[29]

Em 10 de janeiro de 2001 foi promulgada a LC nº 104/2001, que acrescentou um parágrafo único ao art. 116 do Código Tributário Nacional, nos seguintes termos:

> Art. 116. Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (Brasil, 2001a)

Na exposição de motivos que acompanhou o projeto do que viria se tornar a LC nº 104 constou que a inclusão do parágrafo único do artigo 116 se fazia necessária para estabelecer uma norma que permitisse que a autoridade tributária pudesse desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com finalidade de elisão, constituindo-se em um instrumento eficiente para combate aos planejamentos tributários praticados com abuso de forma ou de direito.

Xavier (2001) entende que a referida norma não se constitui como uma norma geral antielisiva, sendo apenas uma norma antidissimulação e, ainda assim, que careceria de regulamentação por lei ordinária.

Uma primeira tentativa de regulamentação do referido dispositivo normativo se deu com a edição da MP nº 66/2002.

A partir da leitura da exposição de motivos da referida MP, nota-se que havia o objetivo de estabelecer procedimentos para desconsideração de atos ou negócios

29. Lei nº 4.502/1964: "Art . 71. Sonegação é tôda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:
I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;
II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.
Art . 72. Fraude é tôda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do impôsto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.
Art . 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72" (Brasil, 1964).

jurídicos, para fins tributários, sendo trazidos os conceitos de abuso de forma e falta de propósito negocial.[30]

Há, ainda, menção explícita de que tais conceitos "guardam consistência com os estabelecidos na legislação tributária de países que, desde algum tempo, disciplinaram a elisão fiscal" (Brasil, 2002).

É interessante notar que o título que precede os artigos 13 a 19 da MP nº 66/2002[31] que tratam da regulamentação do parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional, é denominado *Procedimentos Relativos à Norma Geral Antielisão*, de forma que se assume de forma expressa que o referido parágrafo único seria uma norma geral antielisão.

Ao regulamentar o referido parágrafo, o art. 14 da MP nº 66 estabeleceu que os atos ou negócios jurídicos que são passíveis de desconsideração são aqueles que visem a reduzir o valor de tributo, a evitar ou a postergar o seu pagamento ou a ocultar os verdadeiros aspectos do fato gerador ou a real natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

---

30. Exposição de Motivos da MP nº 66/02: "11. Os arts. 13 a 19 dispõem sobre as hipóteses em que a autoridade administrativa, apenas para efeitos tributários, pode desconsiderar atos ou negócios jurídicos, ressalvadas as situações relacionadas com a prática de dolo, fraude ou simulação, para as quais a legislação tributária brasileira já oferece tratamento específico.
12. O projeto identifica as hipóteses de atos ou negócios jurídicos que são passíveis de desconsideração, pois, embora lícitos, buscam tratamento tributário favorecido e configuram abuso de forma ou falta de propósito negocial.
13. Os conceitos adotados no projeto guardam consistência com os estabelecidos na legislação tributária de países que, desde algum tempo, disciplinaram a elisão fiscal.
14. Os arts. 15 a 19 dispõem sobre os procedimentos a serem adotados pela administração tributária no tocante à matéria, suprindo exigência contida no parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional" (Brasil, 2002).

31. Medida Provisória n. 66/2002: "Procedimentos relativos à norma geral anti-elisão
Art. 13. (...)
Art. 14. São passíveis de desconsideração os atos ou negócios jurídicos que visem a reduzir o valor de tributo, a evitar ou a postergar o seu pagamento ou a ocultar os verdadeiros aspectos do fato gerador ou a real natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.
§ 1º Para a desconsideração de ato ou negócio jurídico dever-se-á levar em conta, entre outras, a ocorrência de:
I - falta de propósito negocial; ou
II - abuso de forma.
§ 2º Considera-se indicativo de falta de propósito negocial a opção pela forma mais complexa ou mais onerosa, para os envolvidos, entre duas ou mais formas para a prática de determinado ato.
§ 3º Para o efeito do disposto no inciso II do § 1º, considera-se abuso de forma jurídica a prática de ato ou negócio jurídico indireto que produza o mesmo resultado econômico do ato ou negócio jurídico dissimulado" (Brasil, 2002).

Ademais, o artigo 14 trouxe a ocorrência de falta de propósito negocial ou de abuso de forma como exemplos não exaustivos de indicativos para a desconsideração do ato ou negócio jurídico.

A falta de propósito negocial foi definida como a opção pela forma mais complexa ou mais onerosa para os envolvidos, entre duas ou mais formas para a prática de determinado ato, ao passo que o abuso de forma foi definido como a prática de ato ou negócio jurídico indireto que produza o mesmo resultado econômico do ato ou negócio jurídico dissimulado.

Já o artigo 17 trouxe a obrigatoriedade de alguns requisitos no despacho que conclua pela desconsideração dos atos ou negócios jurídicos praticados pelo contribuinte, a bem saber: i) descrição dos atos ou negócios praticados; ii) discriminação dos elementos ou fatos caracterizadores de que os atos ou negócios jurídicos foram praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência de fato gerador de tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária; iii) descrição dos atos ou negócios equivalentes aos praticados, com as respectivas normas de incidência dos tributos; e iv) resultado tributário produzido pela adoção dos atos ou negócios equivalentes, com especificação, por tributo, da base de cálculo, da alíquota incidente e dos encargos moratórios.

Ainda que a MP nº 66/2002 tenha sido convertida na Lei nº 10.637/2002, cumpre ressaltar que os seus artigos 13 a 19 – que tratavam da regulamentação da desconsideração dos atos ou negócios jurídicos perpetrados com o intuito de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo com a introdução, inclusive no ordenamento jurídico brasileiro, dos critérios da falta de propósito negocial e do abuso de forma como modo de combate ao planejamento tributário – foram rejeitados pelo Congresso Nacional, perdendo efeito a partir da conversão da MP em lei.

Em 21 de julho de 2015 foi promulgada a MP nº 685, que instituía, entre outros temas, a obrigatoriedade de entrega, até 30 de setembro de cada ano, de declaração que contivesse o conjunto de operações realizadas no ano-calendário anterior, envolvendo atos ou negócios jurídicos que acarretassem supressão, redução ou diferimento de tributo nas seguintes situações: i) os atos ou negócios jurídicos praticados não possuírem razões extratributárias relevantes; ii) a forma adotada não for usual, utilizar-se de negócio jurídico indireto ou contiver cláusula que desnature, ainda que parcialmente, os efeitos de um contrato típico; ou iii) tratar de atos ou negócios jurídicos específicos previstos em ato da Secretaria da RFB.

A partir da leitura da exposição de motivos da MP nº 685/2015, verifica-se que a adoção de uma divulgação obrigatória dos planejamentos tributários promoveria o acesso tempestivo às autoridades fazendárias das estratégias dos contribuintes, de forma que eventuais perdas na arrecadação poderão ser revertidas por fiscalização ou alteração na legislação.[32]

Há menção expressa na exposição de motivos sobre o projeto Beps, mencionando que a divulgação obrigatória é recomendação da OCDE que tem por objetivo garantir uma informação tempestiva acerca de planejamentos tributários, conferindo também segurança jurídica à empresa que revela a operação, uma vez que somente haverá cobrança de multa e juros caso não haja concordância da RFB com a operação realizada pelo contribuinte.

O art. 9º da MP nº 685 estabelecia que, no caso de discordância da RFB em relação aos planejamentos tributários efetuados pelo contribuinte, este seria intimado a recolher ou a parcelar, no prazo de trinta dias, os tributos devidos, acrescidos apenas de juros de mora.

Ainda que a MP tenha sido convertida na Lei nº 13.202, cumpre ressaltar que os seus artigos 7º a 13, que tratavam da obrigatoriedade de apresentação de uma declaração de planejamentos tributários, foram rejeitados pelo Congresso Nacional, de forma que perderam efeito a partir da conversão da MP em lei.

32. Exposição de Motivos da MP n. 685/2015: "4. A segunda medida proposta estabelece a necessidade de revelação de estratégias de planejamento tributário, que visa aumentar a segurança jurídica no ambiente de negócios do país e gerar economia de recursos públicos em litígios desnecessários e demorados. A ausência de informações completas e relevantes a respeito das estratégias de planejamentos tributários nocivos é um dos principais desafios enfrentados pelas administrações tributárias no mundo. O acesso tempestivo a tais informações oferece a oportunidade de responder rapidamente aos riscos de perda de arrecadação tributária por meio de fiscalização ou de mudança na legislação.
5. Nesta linha, o Plano de Ação sobre Erosão da Base Tributária e Transferência de Lucros (Plano de Ação Beps, OCDE, 2013), projeto desenvolvido no âmbito da OCDE/G20 e que conta com a participação do Brasil, reconheceu, com base na experiência de diversos países (Estados Unidos, Reino Unido, Portugal, África do Sul, Canadá e Irlanda), os benefícios das regras de revelação obrigatória a administrações tributárias. Assim, no âmbito do Beps, há recomendações relacionadas com a elaboração de tais regras quanto a operações, arranjos ou estruturas agressivos ou abusivos.
6. O principal objetivo dessa medida é instruir a administração tributária com informação tempestiva a respeito de planejamento tributário, além de conferir segurança jurídica à empresa que revela a operação, inclusive com cobrança apenas do tributo devido e de juros de mora caso a operação não seja reconhecida, para fins tributários, pela RFB. Ademais, destaca-se que a medida estimula postura mais cautelosa por parte dos jurisdicionados antes de fazer uso de planejamentos tributários agressivos" (Brasil, 2015).

Como se observa, as tentativas de regulamentação legal do parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional e de implantação de uma declaração de divulgação obrigatória dos planejamentos tributários foram expressamente rejeitadas pelo Congresso Nacional.

5.3 Considerações

No que tange aos desafios de compatibilização entre a legislação brasileira e as diretrizes da OCDE, após a exposição da evolução histórica e das principais características tanto do modelo de controle de divulgação obrigatória de planejamentos tributário da OCDE quanto da rejeição de tal tipo de divulgação no Brasil realizada pelo Congresso Nacional na conversão das MPs nº 66/2002 e nº 685/2015 em lei ordinária, verifica-se que não se trata de questão de fácil compatibilidade.

Ao comentar sobre a tentativa de divulgação obrigatória contida na MP nº 685, Oliveira (2018) destaca que a norma brasileira não quis ingressar na discussão sobre a agressividade ou abusividade do planejamento tributário. Considerando que as discussões acerca do alcance dos planejamentos tributários não se pacificaram mesmo após mais de vinte anos da inclusão do parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional, essa é uma possível razão para que no texto da MP nº 685 não se tenha mencionado o planejamento tributário agressivo, tal qual acontece na ação 12 do Plano Beps.

O uso dos parâmetros atos ou negócios jurídicos praticados não possuírem razões extratributárias relevantes e forma adotada não for usual, utilizar-se de negócio jurídico indireto ou contiver cláusula que desnature, ainda que parcialmente, os efeitos de um contrato típico como planejamentos tributários passíveis de serem informados na declaração prevista na MP nº 685 trazem uma grande subjetividade, o que deve ter sido um dos motivos que levaram o Congresso Nacional a rejeitar a declaração obrigatória.

Some-se a isso o fato de que algumas das teorias que são utilizadas em outros países para combater os planejamentos tributários foram expressamente rejeitadas pelo Congresso Nacional em mais de uma oportunidade, como é o caso da falta de propósito negocial e o abuso de forma.

Oliveira (2018) também destaca que a imprecisão e ambiguidade dos referidos termos para definir as situações de obrigatoriedade de divulgação implicaria aumento da insegurança jurídica do contribuinte em relação à prática de atos e negócios jurídicos.

Na mesma linha, Barbosa (2019) conclui que não se pode conceber a imposição de um dever de divulgar obrigatoriamente planejamentos tributários quando o pressuposto de aplicação da norma se fundamenta em conceitos abertos como *razões extratributárias relevantes* ou *forma não usual*.

Dessa forma, considerando a inexistência de uma definição precisa de planejamento tributário no ordenamento jurídico brasileiro, sendo que o Congresso Nacional já rejeitou mais de uma vez a introdução de conceitos de combate ao planejamento tributário existentes em outros países, tais como a falta de propósito negocial e o abuso de forma, haverá um ambiente de muita incerteza na eventual adoção de uma divulgação obrigatória de planejamentos tributários.

Ademais, cumpre lembrar que houve por duas vezes uma rejeição expressa pelo Congresso Nacional da tentativa de instituição de uma declaração anual de planejamentos tributários, o que demonstra a sensibilidade dessa questão no cenário tributário brasileiro, que é altamente complexo e extenso. Diante do ambiente de maior aproximação entre Brasil e OCDE, no entanto, é possível que o tema venha a ser discutido nos próximos anos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foram feitas considerações específicas sobre a evolução das recomendações da OCDE e das normas brasileiras sobre quatro temas: i) lucros no exterior; ii) preços de transferência; iii) subcapitalização; e iv) divulgação obrigatória de planejamentos tributários. Passaremos, então, a discorrer sobre as principais conclusões acerca dos desafios de compatibilização das normas brasileiras aos padrões da OCDE.

Com relação à tributação dos lucros no exterior de controladas e coligadas, vale destacar que as regras brasileiras são mais abrangentes do que as práticas da OCDE, alcançando os lucros no exterior, ainda que eles decorram de rendas ativas, isto é, de rendas oriundas de atividades empresariais desenvolvidas efetivamente em outro país, assim como são alcançados lucros ainda que não haja subtributação no exterior.

Como decorrência dessas regras, as empresas brasileiras se tornam menos competitivas no cenário global, uma vez que há efeitos tributários nefastos na internacionalização de empresas brasileiras por meio da constituição de filiais, sucursais, controladas ou coligadas no exterior.

Ademais, considerando que houve a edição da MP nº 1.152/2022 – convertida na Lei nº 14.596/2023 – sobre a convergência das normas de preços de transferência e não houve elaboração de MP ou de projeto de lei acerca da convergência das normas de lucros do exterior, ainda que tenha havido uma MP sobre outros temas de lucros no exterior em dezembro de 2022, nos parece que não haverá alteração nas regras de lucros no exterior no curto prazo.

Tendo em vista o atual cenário de potencial compatibilização tributária, trata-se de uma oportunidade perdida, já que as regras brasileiras de lucros no exterior são extremamente amplas e trazem uma desvantagem competitiva para as empresas brasileiras. Desse modo, seria oportuna a convergência do modelo brasileiro às recomendações da OCDE.

No tocante às regras de preços de transferência, é importante notar que a edição da MP nº 1.152, bem como a sua posterior conversão na Lei nº 14.596, foi um passo importante para a compatibilização das normas tributárias brasileiras aos padrões da OCDE.

Com relação à estruturação da referida MP, é notável o esforço conjunto das autoridades tributárias para que se realizasse a compatibilização. Membros da OCDE estiveram em forte contato com auditores fiscais da RFB, sendo que as normas de preços de transferência foram escolhidas como um dos principais pontos para a harmonização das normas brasileiras às recomendações da OCDE.

O modelo de controle de preços de transferência contido na MP nº 1.152 tem o mérito de trazer de forma expressa o princípio do *arm's length*, que anteriormente não estava explícito na Lei nº 9.430, de 1996, embora norteasse alguns dos preços parâmetros previstos naquela lei.

Alguns dos métodos previstos na Lei nº 9.430 continham margens fixas, tais quais o PRL e o CPL. Essas margens fixas facilitavam o cálculo por parte dos contribuintes, no entanto faziam com que a margem usualmente praticada por uma entidade ou por um setor econômico fosse desconsiderada. Assim, o abandono das margens fixas torna o cálculo muito mais subjetivo e complexo, mas em compensação está mais em linha com o princípio da capacidade contributiva.

Outro ponto relevante diz respeito à introdução de outros métodos que já existiam nas recomendações na OCDE, tais como a MLTe a MDL, além da previsão para outros métodos.

Por fim, é positiva também a adoção de possibilidade de consulta específica sobre preços de transferência, o que possibilita uma melhor relação entre contribuintes e autoridades fiscais, que verificarão qual é o método mais apropriado para um determinado contribuinte.

Em resumo, a aproximação entre as regras brasileiras de preços de transferência e as recomendações da OCDE é extremamente positiva para o Brasil, o que irá garantir uma maior uniformidade de critérios para as empresas de um mesmo grupo transnacional, embora no curto prazo haja uma dificuldade maior na determinação de margens em razão de uma maior subjetividade normativa.

Com relação às regras de subcapitalização, há muitas críticas por parte da doutrina com relação à adoção no Brasil de regras lastreadas em razões fixas entre endividamento e patrimônio líquido, uma vez que cada setor econômico pode possuir características distintas de necessidade de recursos.

Tendo em vista que a adoção das normas de subcapitalização se deu entre 2009 e 2010 e a ação 4 do Plano Beps teve a sua redação final em 2015, nota-se que o Brasil adotou normas de subcapitalização relativamente ultrapassadas.

Não é à toa, embora haja citação expressa no texto da ação 4 do Plano Beps de que alguns países adotam proporções fixas entre o montante do endividamento e o patrimônio líquido, há recomendação expressa em tal diretriz da OCDE no sentido de que a melhor prática de combate à subcapitalização é a adoção de taxa fixa sobre o Ebitda.

Nesse sentido, para uma maior aproximação com o padrão recomendado pela OCDE de combate à subcapitalização seria necessário alterar a legislação brasileira adotando um percentual fixo ou até um intervalo fixo sobre o Ebitda, em vez de uma razão fixa entre dívida e capital.

A aproximação com o padrão constantes na ação 4 do Plano Beps demandaria também que o cálculo fosse feito com base nos resultados de todo o grupo econômico e não somente da entidade brasileira.

O uso do Ebitda como parâmetro para determinação dos juros excessivos traria a necessidade de definição do cálculo de tal base de mensuração.

Nesse caso específico, por mais que haja uma mudança de paradigma para determinação do excesso de juros pelas empresas e pela própria administração tributária brasileira, os desafios não são tão significativos, uma vez que a adoção de taxa fixa

sobre o Ebitda permanece sendo um critério objetivo, sendo que a convergência ao padrão indicado pela OCDE permitirá que empresas, profissionais e autoridades fiscais possam trocar experiências.

Por fim, no que tange aos desafios de compatibilização entre a legislação brasileira e as diretrizes da OCDE, é relevante notar que a definição do planejamento tributário a ser divulgado é um dos primeiros desafios a serem enfrentados caso venha a se adotar alguma prática de divulgação obrigatória.

Em duas ocasiões, quando da conversão das MPs nºs 66/2002 e 685/2015 em leis ordinárias, o Congresso Nacional expressamente rejeitou como formas de combate ao planejamento tributário a falta de propósito negocial e o abuso de direito.

Some-se a isso o fato de que há mais de vinte anos é discutido o alcance da inclusão do parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional, pelo qual as autoridades tributárias poderiam desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo.

Ainda que tal assunto possa vir a ser revisitado nos próximos anos em virtude da possível adesão do Brasil à OCDE, o cenário de combate aos planejamentos tributários no Brasil ainda é permeado fortemente pelo binômio legalidade ou ilegalidade. Ou seja: a economia tributária é lícita desde que o contribuinte não tenha praticado atos ilícitos de forma a diminuir a tributação.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Paulo Roberto de. **Brasil e OCDE**: uma interação necessária. Brasília: Instituto Rio Branco, 1996.

ALVAREZ, José E. **International organizations as law-makers**. New York: Oxford University Press, 2006.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues. O preço de transferência e a experiência internacional. *In*: ROCHA, Valdir de Oliveira. **Tributos e preços de transferência**. São Paulo: Dialética, 1997.

BARBOSA, Bruno Sartori de Carvalho. A transparência tributária e plano Base Erosion and Profit Shifting-BEPS da OCDE/G20. *In*: TEIXEIRA, Alexandre Alkmin. **Plano BEPS**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

BARBOSA, Rubens. O Brasil e a OCDE: um longo caminho. **Estadão**, 8 fev. 2022. Disponível em: https://www.estadao.com.br/opiniao/rubens-barbosa/o-brasil-e-a-ocde-um-longo-caminho/.

BIANCO, João Francisco. **Transparência fiscal internacional**. São Paulo: Dialética, 2007.

BRAGA, Carlos A. Primo. A adesão à OCDE: muito barulho por nada? **Revista Tempo do Mundo**, n. 25, p. 93-108, 2021. Disponível em: https://doi.org/10.38116/rtm25art4.

BRASIL. Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o imposto que recai sobre as rendas e proventos de qualquer natureza. **Diário Oficial**, Brasília, p. 10.879, 30 nov. 1964.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Denominado Código Tributário Nacional. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial**, Brasília, p. 12.452, 27 out. 1966.

_____. Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977. Altera a legislação do imposto sobre a renda. **Diário Oficial**, Brasília, p. 17.957, 27 dez. 1977. Seção 1.

_____. Lei nº 9.249 de 26 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. **Diário Oficial**, Brasília, p. 22.301, 27 dez. 1995.

_____. Exposição de Motivos no 470 de 15 de outubro de 1996. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, 19 nov. 1996a, p. 30117. Disponível em: https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD19NOV1996.pdf#page=43.

_____. Instrução Normativa SRF nº 38, de 27 de junho de 1996. Dispõe sobre a tributação de lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior pelas pessoas jurídicas domiciliadas no país. **Diário Oficial**, Brasília, p. 11.678, 28 jun. 1996a. Seção 1.

_____. 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. **Diário Oficial**, Brasília, p. 28.805, 30 dez. 1996.

_____. Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997. Altera a legislação tributária federal e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, p. 29.432, 11 dez. 1997.

_____. Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001. Altera dispositivos da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Diário Oficial**, Brasília, p.1, 11 jan. 2001a.

_____. Medida Provisória nº 2.148-35, de 24 de agosto de 2001. Altera a legislação das Contribuições para a Seguridade Social (Cofins), para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/Pasep) e do Imposto sobre a Renda, e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, p. 1, 27 ago. 2001b.

_____. Medida Provisória nº 66, de 29 de agosto 2002. Dispõe sobre os procedimentos para desconsideração de atos ou negócios jurídicos, para fins tributários; sobre o pagamento e o parcelamento de débitos tributários federais, a compensação de créditos fiscais, a declaração de inaptidão de inscrição de pessoas jurídicas, a legislação aduaneira, e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, p. 1, 30 ago. 2002.

_____. Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 472 de 15 de dezembro de 2009. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, 10 fev. 2010, p. 1722, v. 12. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Exm/EMI-00180-MF-MDIC-09-Mpv-472.htm.

_____. 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); revoga o Regime Tributário de Transição (RTT), instituído pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009; dispõe sobre a tributação da pessoa jurídica domiciliada no Brasil, com relação ao acréscimo patrimonial decorrente de participação em lucros auferidos no exterior por controladas e coligadas e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, p. 1, 14 maio 2014.

_____. Medida Provisória nº 685, de 21 de julho de 2015. Institui o Programa de Redução de Litígios Tributários (PRORELIT), cria a obrigação de informar à administração tributária federal as operações e atos ou negócios jurídicos que acarretem supressão, redução ou diferimento de tributo e autoriza o Poder Executivo federal a atualizar monetariamente o valor das taxas que indica. **Diário Oficial**, Brasília, p. 2, 22 jul. 2014.

_____. Medida Provisória nº 1.152, de 28 de dezembro de 2022. Altera a legislação do Imposto sobre a Renda das Pessoa Jurídicas (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) para dispor sobre as regras de preços de transferência. **Diário Oficial**, Brasília, p.1, 29 dez. 2022.

CARROLL, Mitchell B. **Methods of allocating taxable income**. Geneva: League of Nations, 1933.

CHAHAD, José Paulo; SANTOS, Rayne Aparecida. O pedido de adesão do Brasil à OCDE: caminhos e perspectivas (parte I). **Boletim Informações Fipe**, n. 454, p. 10-22, 2018a.

_____. O pedido de adesão do Brasil à OCDE: caminhos e perspectivas (parte II). **Boletim Informações Fipe**, n. 455, p. 14-22, 2018b.

COZENDEY, Carlos Márcio B. O Brasil e a OCDE: não é de hoje, não é para amanhã. **Pontes**, v. 3, n. 4, 2007.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Elisão e evasão fiscal**. São Paulo: José Bushatsky, 1977.

GODINHO, Rodrigo de Oliveira. **A OCDE em rota de adaptação ao cenário internacional**: perspectivas para o relacionamento do Brasil com a organização. Brasília: Funag, 2018.

GREGORIO, Ricardo Marozzi. **Preços de transferência**: arm's lenght e praticabilidade. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

GUERREIRO, Rutnea Navarro; ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Preços de transferência. *In*: ROCHA, Valdir de Oliveira. **Tributos e preços de transferência**. São Paulo: Dialética, 1997.

HAMAEKERS, Hubert. **An introduction to transfer pricing**: the American versus the European approach. Santiago: CEPAL, 1995.

_____. Can the free negotiation of prices within a multinational enterprise serve as an arm's length transfer pricing method? **International Transfer Pricing Journal**, v .4, n. 1, p. 2-4, 1997.

KOURY, Paulo Arthur Cavalcante. **A tributação brasileira de sociedades no exterior**. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

MADEIRA, Eduardo Santos Arruda. Os limites da aplicação do método PRL na revenda para compradores "vinculados". *In*: SCHOUERI, Luís Eduardo. **Tributos e preços de transferência**. São Paulo: Dialética, 2013. v. 4.

MARCHANT, Diego. Uma visão analítica do PRL 60: a delimitação dos problemas da IN nº 243 e da Lei nº 9.430. *In*: SCHOUERI, Luís Eduardo. **Tributos e preços de transferência**. São Paulo: Dialética, 2013. v. 4.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Preços de transferências. *In*: ROCHA, Valdir de Oliveira. **Tributos e preços de transferência**. São Paulo: Dialética, 1997.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. O regime jurídico-tributário dos preços de transferência e a Lei nº 9.430/96. *In*: ROCHA, Valdir de Oliveira. **Tributos e preços de transferência**. São Paulo: Dialética, 1997.

MOSQUERA, Roberto Quiroga; DINIZ, Rodrigo de Madureira Pará. As regras de subcapitalização no direito brasileiro: questões controversas. *In*: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2011. v. 15.

NOBRE, Lionel Pimentel. **A globalização e o controle de transferência de preços no Brasil**. Brasília: Pórtico, 2000.

OECD – ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Transfer pricing and multinational enterprises**. Paris: OECD, 1979.

_____. **Transfer pricing and multination enterprises**: three taxation issues. Paris: OECD, 1984.

_____. **Thin capitalisation**: taxation of entertainers, artistes, and sportsmen. Paris: OECD, 1987.

_____. **OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations**. Paris: OECD, 1995.

_____. **OECD report on controlled foreign company legislation**. Paris: OECD, 1996.

_____. **Harmful tax competition**: an emerging global issue. Paris: OECD, 1998.

_____. **Action BEPS n. 3**: designing effective controlled foreign company rules. Paris: OECD, 2015a.

_____. **Limiting base erosion involving interest deductions and other financial payments**: action 4. Paris: OECD, 2015b.

_____. **Mandatory disclosure rules**: BEPS action 12. Paris: OECD, 2015c.

_____. **OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations**. Paris: OECD, 2022.

OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. **A obrigação de divulgação de planejamentos tributários agressivos no ordenamento brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Tributos e preços de transferência. *In*: ROCHA, Valdir de Oliveira. **Tributos e preços de transferência**. São Paulo: Dialética, 1997.

_____. O imposto de renda e os lucros auferidos no exterior. *In*: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2003. v. 7.

PINELI, André. A acessão à OCDE produz algum efeito sobre o ingresso de investimento direto estrangeiro? Uma análise do caso do Chile. **Boletim de Economia e Política Internacional**, n. 28, 2020.

PINTO, Denis Fontes de Souza. OCDE: uma visão brasileira. Brasília: IRB; Funag, 2000.

RFB - Receita Federal do Brasil; OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. Transfer Pricing in Brazil: towards convergence with the OECD standards. Paris: OECD Publishing, 2019.

RIBEIRO, Rômulo Tavares. **Os exemplos do Chile e dos RICS nos anos recentes recomendam a adesão brasileira à OCDE?** Uma análise crítica. [s.l.]: SSRN, 2020. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=3542734.

ROCHA, Sérgio André. Transparência fiscal internacional no direito tributário brasileiro. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 99, 2003.

_____. Tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

ROLIM, João Dácio. As presunções da Lei nº 9.430/96 e os casos especiais nos preços de transferência. *In*: ROCHA, Valdir de Oliveira. **Tributos e preços de transferência**. São Paulo: Dialética, 1997.

ROMERO, Cristiano. A importância da OCDE para o Brasil. **Valor Econômico**, 14 jun. 2017. Disponível em; https://valor.globo.com/brasil/coluna/a-importancia-da-ocde-para-o-brasil.ghtml.

SANTOS, Ramon Tomazela. **O regime de tributação dos lucros auferidos no exterior na Lei nº 12.973/2014**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Distribuição disfarçada de lucros**. São Paulo: Dialética, 1996.

_____. O imposto de renda e os lucros auferidos no exterior: *In*: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2003. v. 7.

_____. Juros sobre capital próprio: natureza jurídica e forma de apuração diante da 'nova contabilidade'. *In*: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel. (Org.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2012. v. 3. p. 169-193.

_____. **Preços de transferência no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2013.

SILVA NETO, Paulo Penteado de Faria e. Dedutibilidade de juros e outros pagamentos financeiros: a ação 4 do BEPS sob a ótica dos países em desenvolvimento. *In*: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo. (Coord.). **A tributação internacional na era pós-BEPS**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SOUSA, José Meireles de. **Fundamentos do comércio internacional**. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2.

VICENTINI, Marcelo Fonseca. **Subcapitalização no direito tributário**: análise e crítica das regras brasileiras e breve análise do direito comparado. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

XAVIER, Alberto. **Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva**. São Paulo: Dialética, 2001.

Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

EDITORIAL

Coordenação
Aeromilson Trajano de Mesquita

Assistentes da Coordenação
Rafael Augusto Ferreira Cardoso
Samuel Elias de Souza

Supervisão
Aline Cristine Torres da Silva Martins

Revisão
Bruna Neves de Souza da Cruz
Bruna Oliveira Ranquine da Rocha
Carlos Eduardo Gonçalves de Melo
Crislayne Andrade de Araújo
Elaine Oliveira Couto
Luciana Bastos Dias
Rebeca Raimundo Cardoso dos Santos
Vivian Barros Volotão Santos
Deborah Baldino Marte (estagiária)
Maria Eduarda Mendes Laguardia (estagiária)

Editoração
Aline Cristine Torres da Silva Martins
Leonardo Simão Lago Alvite
Matheus Manhoni de Paula Alves
Mayara Barros da Mota

Capa
Aline Cristine Torres da Silva Martins

Projeto Gráfico
Aline Cristine Torres da Silva Martins

The manuscripts in languages other than Portuguese published herein have not been proofread.

Logotipo/slogan de governo removido em observancia ao disposto no art. 40 da Lei n 9.504/1997

Missão do Ipea

Aprimorar as políticas públicas essenciais ao desenvolvimento brasileiro por meio da produção e disseminação de conhecimentos e da assessoria ao Estado nas suas decisões estratégicas.

ISSN 1415-4765

ipea Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO E ORÇAMENTO