

O CONTROLE DE PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA APLICADO AOS ATIVOS INTANGÍVEIS

Reinaldo Marques da Silva

THE CONTROL OF TRANSFER PRICING
APPLIED TO INTANGIBLE ASSETS

RESUMO

Este artigo tem o objetivo precípuo de efetuar um estudo acerca do controle de preços de transferência aplicado aos ativos intangíveis no Brasil. Entender a evolução e as dificuldades enfrentadas pelo controle feito no âmbito interno em face de um sistema tributário internacional. O desafio central deste estudo é avaliar a adequação da disciplina interna dos preços de transferência para os bens imateriais no contexto moderno, deveras mutante e competitivo. Nesse intuito, o ordenamento jurídico interno será comparado às disposições das Guidelines da OCDE e a outras legislações internacionais pedagógicas, notadamente a norte-americana. Além do mais, será debatido se a disciplina de preços de transferência para os intangíveis é efetivamente aplicada no Brasil, se os limites de dedutibilidade previstos na Portaria nº 436 de 1958, do Ministro da Fazenda, são razoáveis e se as regras que regulam esses limites são constitucionais. Ainda no que toca ao tema, verificar-se-á se o Brasil efetivamente vem cooperando com a OCDE e/ou com outros países para modernização de sua legislação. De outra banda, o Projeto de Revisão (ou Relatório de Discussão, numa tradução literal) sobre os intangíveis da OCDE, publicado em 2012, será avaliado a fim de se buscar sugestões legislativas que poderiam ser adotadas pelo Brasil. Por óbvio, muitas são as dificuldades a serem enfrentadas na busca pelos objetivos almejados, uma vez que o tema ainda não recebeu a atenção que merece. A legislação interna está em descompasso com a modernidade. A jurisprudência, ao seu turno, é incipiente. Ainda assim, os melhores esforços serão empreendidos. Não se pretende aqui, com este artigo, em área tão ampla do conhecimento, esgotar o tema, com um estudo exaustivo, mas sim manter uma linha de raciocínio que possa contribuir com a reflexão na ciência jurídica.

» **PALAVRAS-CHAVE:** INTANGÍVEIS. PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA. ARM'S LENGTH.

ABSTRACT

This Article has the goal of easing make a study about the control of transfer prices applied to intangible assets in Brazil. Understand the evolution and the difficulties faced by control done in internal scope in the face of an international tax system. The central challenge of this study is to evaluate the adequacy of internal discipline of transfer pricing for the intangible property in modern context, truly mutant and competitive. For this reason, the domestic legal system will be compared to the provisions of the Guidelines of the OECD and other international laws, notably the pedagogical north American. In addition, it will be discussed if the discipline of transfer prices for the intangible is effectively applied in Brazil, if the limits of deductibility laid down in Decree no. 436 of 1958 of the Minister of Finance are reasonable and if the rules that govern these limits are constitutional. Even as regards the theme, check-whether the Brazil actually has cooperated with the OECD and/or with other countries to modernize its legislation. Another hand, the Project of Revision about the intangible of the OECD, published in 2012, will be assessed in order to seek legislative suggestions that could be adopted by Brazil. Of course, there are many difficulties to be faced in the search by objectives, behold the theme still has not received the attention it deserves. The domestic legislation is in dissonance with modernity. The jurisprudence, in its turn, is incipient. Even so, the best efforts will be undertaken. Not if you want to here, with this Article, in an area so vast knowledge, overwhelms the theme, with an exhaustive study, but rather maintain a line of reasoning that can contribute with the reflection in juridical science.

» **KEYWORDS:** INTANGIBLE ASSETS. TRANSFER PRICING. ARM'S LENGTH.

INTRODUÇÃO

Este texto discute a legislação de preços de transferência que se aplica aos ativos intangíveis no Brasil, fazendo, no que se entende cabível, um paralelo com os sistemas jurídicos internacionais.

O sistema tributário brasileiro passou por duas significativas mudanças na década de 1990. Primeiro, o Brasil moveu-se de uma tributação territorial das empresas multinacionais para uma tributação global de suas rendas; e, segundo, o Brasil aprovou sua primeira legislação sobre preços de transferência.

Cumprir observar que a legislação de preços de transferência brasileira só foi aprovada em 1996 (Lei nº 9.430/96). E, desde sua aprovação, sofreu significativas mudanças, notadamente na sua interpretação pelas autoridades fiscais. Isso significa que as regras de preços de transferência estão se desenvolvendo gradativamente. Contudo, ainda há sérios desvios entre a lei brasileira de preços de transferência e o princípio *arm's length*.

Houve, com efeito, reformas. Todavia, as mudanças não abordaram a aplicação das regras de preços de transferência aos intangíveis, limitaram-se a outros aspectos relativos aos preços de transferência. O sistema que vige hoje para os intangíveis é praticamente o mesmo desde 1958. Urge, pois, sua modernização.

As regras de preços de transferência, em específico, conferem maior equidade aos sistemas tributários. Têm por escopo reduzir a elisão fiscal, além de fins extrafiscais, a saber, promover a lealdade na concorrência, evitar formas de *dumping* e reduzir divergências de tratamento com as demais empresas residentes, quer nas relações entre si, quer nas relações com as demais empresas que operam com não residentes. O controle de preços de transferência é feito no Brasil mediante um sistema pouco flexível e, no mais das vezes, de difícil aplicação.

Sobre atos de importação e de exportação são aplicados métodos cuja finalidade é apontar um preço médio (preço de referência) a ser praticado nas operações entre partes relacionadas. Caso o resultado seja divergente, poderá ensejar uma retificação de preços (ou de contabilidade) sobre pagamentos fixados em valores afastados daqueles que seriam formados numa operação entre sujeitos independentes, em condições de livre concorrência; eis o princípio do *arm's length*.

Há um ajuste extracontábil das despesas incorridas na importação, que são reduzidas, se julgadas excessivas, ou das receitas de exportação, majoradas, se julgadas insuficientes, de tal sorte que o contribuinte se vê obrigado a reconhecer a correspondente riqueza tributável, no país de domicílio. O montante de receita ou despesa a ser reconhecido extracontabilmente deve ser apurado, antes de tudo, mediante comparação entre o preço praticado e aquele usado em transações independentes, em operações similares. Admite-se que o contribuinte se valha de outros métodos, determinados ou não pela legislação, para demonstrar a razoabilidade de suas práticas quando não consiga demonstrar o uso do *arm's length*.¹

E o que são ativos intangíveis? Os ativos intangíveis são coisas que, não obstante tenham um valor econômico, por isso são bens, são desprovidos de substância física, daí serem intangíveis. As legislações tributárias, no mais das vezes, não trazem uma definição positiva de ativos intangíveis, mas se limitam a listar, exemplificativamente, quais bens devem ser classificados como intangíveis.

No Brasil, no final de 2007, a Lei nº 11.638/07, quando alterou a Lei nº 6.404/76, Lei das Sociedades por Ações, introduziu a conta ativo intangível no balanço patrimonial das sociedades.

A OCDE, por seu turno, também não define o que são bens intangíveis, apenas os enumera e os separa em duas categorias, os intangíveis comerciais, *trade intangibles*, e os intangíveis para comercialização, *marketing intangibles*.

O Projeto de Revisão da OCDE para os intangíveis², de 2012, traz uma definição baseada no conceito de controle, estabelecendo que propriedade imaterial é:

[...] not a physical asset or a financial asset, and which is capable of being owned or controlled for use in commercial activities. Rather than focusing on accounting or legal definitions, the thrust of a transfer pricing analysis in a matter involving intangibles should be the determination of the conditions that would be agreed upon between independent parties for a comparable transaction.

Adotando a aproximação acima, o Projeto distingue os intangíveis de outros itens que não podem ser possuídos, controlados ou transferidos por uma empresa individual, tais como sinergias de grupo e características de mercado, que, por essa razão, não podem ser considerados bens intangíveis para os propósitos das regras de preço de transferência.

1 O DESAFIO DOS INTANGÍVEIS

1.1 DO *TRANSFER PRICING* E DOS INTANGÍVEIS NA LEGISLAÇÃO DO BRASIL

A legislação brasileira não confere tratamento especial às operações envolvendo intangíveis e, muito menos, ao controle de preços de transferência aplicado aos ativos intangíveis.

O parágrafo 9º do artigo 18 da Lei nº 9.430/96 dispõe que as regras brasileiras de preços de transferência na importação não se aplicam “aos casos de *royalties* e assistência técnica, científica, administrativa ou assemelhada, os quais permanecem subordinados às condições de dedutibilidade constantes na legislação vigente”. Uma vez que as exportações não sofrem dita restrição, razoável seria entender que, em se tratando das exportações de tecnologia, aplicar-se-iam as regras *arm's length* do artigo 19.

Contudo, o inciso II do artigo 42 da IN nº 38/97, o inciso II do artigo 43 da IN nº 32/01 bem assim o artigo 43 da IN nº 243/02 levavam a entender não ser a intenção do Fisco que as normas do artigo 19 da Lei nº 9.430/96 incidissem sobre as exportações de intangíveis.

Foi, então, necessário o advento da IN nº 1.312/12 para afastar este posicionamento, uma vez que, por força do quanto disposto em seu artigo 55, o controle de preços de transferência não cabe no caso de “pagamento ao exterior de *royalties* e assistência técnica, científica, administrativa ou assemelhada”. Desta feita, pode, sim, o Fisco querer exigir a comprovação de preços no caso de recebimento desses valores, é dizer, na exportação de tecnologia. Esta é a interpretação feita por Luís Eduardo Schoueri³, e que aqui se entende por acertada.

Royalty, por seu turno, pode ser qualquer rendimento decorrente do uso, fruição e exploração de direitos. Dessarte, para fins tributários, sua caracterização frequentemente gera dúvidas.

Quanto ao mais, a legislação preocupou-se em detalhar quais os limites de dedutibilidade para os *royalties*. É o que se vê na Portaria nº 436/58, na Lei nº 4.506/64, na IN/SRF nº 005/74, na Lei nº 8.383/91, no Comunicado Firce-Bacen nº 19, de 16/02/1972 e na Lei nº 8.383/91.

O parágrafo 9º do artigo 18 da Lei nº 9.430/96, por sua vez, prescreve: “O disposto neste artigo não se aplica aos casos de *royalties* e assistência técnica, científica, administrativa ou assemelhada, os quais permanecem subordinados às condições de dedutibilidade constantes da legislação vigente”.

Assaz pertinente é pôr em tela a necessidade de se fazer um teste de constitucionalidade das condições de dedutibilidade dos *royalties* e assistência técnica.

É relevante lembrar que todo trabalho de interpretação e aplicação das normas só faz sentido depois que sejam submetidas a um teste de autenticidade e constitucionalidade. Deveras, destaca Paulo de Barros Carvalho⁴, a ordem jurídica brasileira é um sistema de normas composto por subsistemas que se cruzam em múltiplas direções, mas que se afunilam na busca de seu fundamento último de validade semântica que é a Constituição do Brasil.

Um teste de constitucionalidade das disposições acerca das condições de dedutibilidade dos *royalties* e assistência técnica, pautadas em limites rígidos de dedução, foi feito por Luís Eduardo Schoueri.⁵

Com esteio no referido teste, aponta-se que o princípio da praticabilidade poderia ser invocado, com o argumento de que trabalhar com limites rígidos demanda menos esforços por parte do Fisco. Já pela inconstitucionalidade, o raciocínio gira em torno do fato de que os limites de dedutibilidade foram criados para época na qual vigia o regime de bitributação econômica da renda, não sendo mais o caso. Ademais, no mesmo diapasão, o tratamento diferenciado entre importadores de bens tangíveis, sujeitos ao princípio do *arm's length*, e de intangíveis, sujeitos a limites de dedutibilidade, motiva a inconstitucionalidade de tais limites.

Luís Eduardo Schoueri entende que os limites de dedutibilidade em comento eram plausíveis na vigência do regime de bitributação econômica, quando a remessa sob a rubrica de *royalties*, dedutível, era feita em substituição à distribuição de lucros. A bitributação econômica da renda, contudo, acabou em 1995, com o advento do artigo 10 da Lei nº 9.249/95. Por assim ser, a norma limitadora da dedução não mais tem aplicação, uma vez que o propósito específico ao qual se destinava, qual seja, manter a bitributação, agora inexistente. O parágrafo 9º do artigo 18 da Lei nº 9.430/96 é, pois, inconstitucional.

São aspectos importantes sobre a legislação brasileira de preços de transferência que devem ser considerados, conforme apresentados por Elidie Palma Bifano⁶:

- a. as disposições legais englobam a importação e a exportação de bens, serviços, direitos, juros cobrados em empréstimos, em operações entre a empresa brasileira e suas partes relacionadas;

- b. não se submetem às regras de preços de transferência os *royalties* e a assistência técnica, científica, administrativa ou assemelhada;
- c. são partes relacionadas as chamadas pessoas vinculadas, conceito que abrange vinculação societária (matriz, filial, subsidiária, investidora, investida, pessoa física sócia e administradora) e vinculação negocial (cooperação comercial, exclusividade comercial);
- d. a prática de mercado é o critério orientador, o *arm's length*, sob a designação de preços independentes comparados ou preços de venda nas exportações, propondo a lei outros métodos aplicáveis na hipótese de o contribuinte não ter condições de demonstrar o uso do mesmo critério que partes independentes utilizariam;
- e. são aplicáveis as mesmas regras ao imposto sobre a renda e à contribuição sobre o lucro;
- f. são aplicáveis as mesmas regras de preços de transferência a operações efetivadas por pessoas físicas ou jurídicas, residentes ou domiciliadas no País, com qualquer pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada em país que não tribute a renda ou a tribute à alíquota máxima inferior a 20% (paraísos fiscais), independente de vinculação.

1.2 DOS INTANGÍVEIS NA OCDE

Em capítulo especial, no Capítulo VI de suas *Guidelines*, a OCDE cuidou das operações envolvendo bens intangíveis associados a atividades comerciais, inclusive os direitos de uso de ativos industriais, como patentes, marcas, nomes comerciais e *know-how*.

A OCDE divide os intangíveis em duas categorias: os intangíveis comerciais (*trade intangibles*), que englobam propriedades intelectuais demandantes de elevados investimentos para sua criação e desenvolvimento, por exemplo, as patentes; e os intangíveis para comercialização (*marketing intangibles*), bens imateriais importantes na exploração comercial de um produto ou serviço, por exemplo, as marcas comerciais, listas de clientes, canais de distribuição etc.

A opção da OCDE, em regra geral, é pelo princípio *arm's length* para os intangíveis. Admite, contudo, a dificuldade de sua aplicação concreta, ressaltando, noutro giro, que, com as adaptações e considerações necessárias, os métodos tradicionais são perfeitamente aplicáveis.

A OCDE atribui, como não poderia deixar de ser, elevada importância ao exame de comparabilidade. Reconhece a existência de diferentes perspectivas para o cedente e para o cessionário. Chama a atenção para a identificação de práticas usuais do mercado. Ressalta que a comparação com terceiros requer o exame das condições da transação comparada. Aponta os métodos de valoração de bens intangíveis a serem cogitados em situações determinadas. Além do mais, prevê a possibilidade de diálogo entre o Fisco e o contribuinte para os casos difíceis.

1.3 DOS INTANGÍVEIS NA LEGISLAÇÃO NORTE-AMERICANA

Em 1986, o código dos Estados Unidos recebeu uma emenda à *Section 482*. Positivou-se que as rendas atinentes à transferência ou licença de uma propriedade intangível deveriam ser comensuradas com a renda atribuível ao bem intangível. É o chamado *super-royalty*.

O texto de 1986, entretanto, não era autoexplicativo, de modo que o Departamento do Tesouro norte-americano editou, em 18 de outubro de 1988, um estudo sobre esse dispositivo, o *White Paper*. Em julho de 1994, editou-se a regulamentação final dos intangíveis, complementada em dezembro de 1995 e maio de 1996 com o regramento dos acordos de repartição de custos (*cost sharing agreements*).

Cumprir observar que a exigência da comensurabilidade, não feita pelo modelo da OCDE, enseja críticas à legislação norte-americana, dada a sua complexidade e incertezas geradas na sua aplicação. Na verdade, o que se quer é que partes repartam os lucros de acordo com os ativos utilizados, custos incorridos, funções econômicas exercidas, riscos assumidos e intangíveis utilizados etc.

A legislação norte-americana comporta cinco categorias de espécies de propriedade intangível, a saber: a) patentes, invenções, fórmulas, processos, modelos, padrões ou *know-how*; b) direitos autorais, literários, musicais ou composições artísticas; c) marcas, nomes comerciais ou nomes de marca; d) franquias, licenças ou contratos; e) métodos, programas, sistemas, procedimentos, campanhas, pesquisas, estudos e previsões, estimativas, listas de clientes ou dados técnicos. Há, demais disso, um sexto grupo, que engloba *outros itens semelhantes*, incluindo itens que não derivam seu valor de seus atributos físicos, mas sim de conteúdo intelectual ou de outras propriedades intangíveis.

Nos termos do Reg. § 1.482-4 (a), quatro métodos são admitidos para a determinação do preço *arm's length* para os intangíveis: a) o método da transação independente comparável; b) o método dos lucros comparáveis; c) o método da divisão de lucros; d) métodos não especificados. Cabe, ainda, ressaltar que a regra do melhor método aplica-se aos intangíveis.

Por força do quanto disposto no Reg. § 1.482-4 (d), nos casos de métodos não especificados, a regulamentação norte-americana retoma o enfoque transacional e prescreve que o método não especificado há de levar em conta o princípio geral segundo o qual contribuintes independentes avaliam as condições de uma transação fazendo comparações com alternativas outras. Assim sendo, os respectivos contribuintes só celebrarão uma transação particular se não houver outra melhor.

1.4 DOS INTANGÍVEIS NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Diga-se de passagem, a jurisprudência brasileira não cuidou a contento do tema intangíveis e, muito menos, da aplicação das regras de preços de transferência aos ativos intangíveis.

Na tentativa de apresentar um panorama geral dos debates, decidiu-se por aqui apresentar três acórdãos, encontrados na jurisprudência administrativa, considerados pedagógicos, porque cuidam dos intangíveis, mais especificamente do fundo de comércio.

No primeiro deles, o Ac. 101-95.469 – INT, da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, falou-se do ágio na aquisição de carteira de clientes, considerado fundo de comércio, que recebeu pelo contribuinte tratamento contábil diverso daquele que deveria receber do ponto de vista da Fiscalização.

O segundo é o Ac. 1201-000548 – INT, da 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF. Este acórdão é sobre a aquisição de ativos e de fundo de comércio. E as controvérsias versaram sobre o pretense ágio relativo ao fundo de comércio que ficou provado em parecer técnico, na verdade, constituir previsão de resultado para exercícios futuros. O Fisco sustentava, em sua tese, que a fundamentação do ágio seria a aquisição de fundo de comércio.

Na vez do Ac. 1402-00.802 – INT, da 1ª Seção de Julgamento, do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, em suma, pode-se dizer que o Fisco considerou que o ágio integralizado pelo contribuinte não poderia ser todo de rentabilidade futura, porquanto não foi destacada a parcela correspondente a fundo de comércio. Contudo, o Fisco não provou o alegado erro na determinação ou no valor da expectativa de rentabilidade futura consubstanciada no laudo apresentado pelo contribuinte.

O fundo de comércio é designado pelo Código Civil como estabelecimento, sendo considerado como o conjunto de haveres de que o empresário dispõe para o exercício de sua atividade, na forma do artigo 1.142. Essa aproximação entre estabelecimento e fundo de comércio, apesar de didática, não é admitida por respeitáveis doutrinadores.

O estabelecimento é um negócio jurídico de difícil aferição de preço de transferência. Pode ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, desde que compatíveis com sua natureza. Pode ser alienado, cedido em usufruto ou arrendado. É, pois, fonte geradora de caixa que, por meio de metodologias próprias, e, em função do que se pretende produzir, pode ser projetada para o futuro. No caso de alienação, não estando prevista expressamente ou afastada no contrato, a lei presume cláusula de não concorrência de cinco anos. Assim, seu preço será aferido em função da rentabilidade que do negócio se espera obter. Por isso é um bem imaterial.⁷

1.5 DOS INTANGÍVEIS NOS PRECEDENTES INTERNACIONAIS

Merecem aqui menção quatro precedentes internacionais. O primeiro deles retrata a litigância entre a DHL e a DHLI. O segundo caso envolveu a *GlaxoSmithKline (Glaxo)*. O terceiro é o caso *Jay-Lor International Inc. x Penta Farm Systems Ltd.* O quarto, o caso *Uniloc USA Inc. et al. x Microsoft Corporation*.

A DHL foi uma empresa constituída nos Estados Unidos em 1969. Em 1972, ela fundou a DHL Internacional – DHLI. Esta cuidaria das operações no exterior, tendo, posteriormente, sua propriedade transferida para a DHL, e ambas se tornariam empresas irmãs. Até 1992, ambas prestavam mutuamente os serviços de entregas norte-americanas e internacionais, sem nenhuma compensação pelos serviços entre as empresas, ainda que fossem empresas distintas. Nesse ínterim, foram

feitos vários investimentos e transações que envolviam intangíveis entre ambas. O *Internal Revenue Service*, por sua vez, encontrou irregularidades. Ademais, o caso foi levado à *Tax Court* e à *Ninth Circuit Court*, que divergiram em seus entendimentos.

Outro estudo de caso deveras relevante sobre intangíveis envolveu a *GlaxoSmithKline (Glaxo)* e resultou no maior acordo entre o contribuinte e o *Internal Revenue Service*. O contribuinte pagou, em valores de 2006, 3,4 bilhões de dólares e abriu mão de um pedido de restituição de outros 1,8 bilhão de dólares.

O caso *Jay-Lor International Inc. x Penta Farm Systems Ltd* foi levado à Corte Federal do Canadá, e o julgamento cuidou da violação de patente e compensação pelo uso. A disputa sobre a violação de patente envolvia dois tipos *designs* de misturadores verticais de ração, o modelo original e o remodelado. As implicações sobre preços de transferência foram claras no sentido de que as decisões procuraram responder precisamente a mesma questão que o preço de transferência procura solucionar para encontrar o preço *arm's length* em situação de não *arm's length* para a situação de licenciamento de intangíveis.

Já o caso *Uniloc USA Inc. et al. x Microsoft Corporation* foi levado à *United States Court of Appeals for the Federal Circuit* e tratou de violação de patente e compensação por danos. Mostrou que a regra de ouro (a qual admite a hipótese de que os 25% do resultado iriam para o proprietário da patente e os outros 75% permaneceriam com o licenciado) usada no controle de preços de transferência fora rejeitada para o caso de propriedade intelectual. Outro importante aspecto deste caso foi apontar a disposição da Corte de aplicar a precificação *arm's length*.

1.6 DAS DIFICULDADES DE APLICAÇÃO DOS MÉTODOS DE PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA AOS INTANGÍVEIS

São grandes as dificuldades de se determinar o valor dos intangíveis. Comparar o valor atribuído ao bem pelas partes em contrato com o valor justo tomado em transações independentes é de difícil consecução prática na maior parte das vezes.

Os métodos de preços de transferência previstos na legislação brasileira são: o Método de Preços Independentes Comparados – PIC; o Método do Preço de Revenda menos Lucro – PRL; e o Método de Custo de Produção mais Lucro – CPL. Em tese, todos são aplicáveis aos bens intangíveis; todavia, cada um deles apresenta dificuldades próprias.

O PIC funciona bem quando uma mesma pessoa aliena ou licencia o intangível para outras partes que lhe são relacionadas. Já nas situações nas quais falem intangíveis idênticos ou similares em razão da particularidade ou exclusividade do bem, ou se os intangíveis em testilha possuírem valor tão alto que inexistam situações semelhantes, o PIC não logrará êxito. Quanto ao mais, mesmo havendo situações idênticas ou semelhantes, os dados a elas relativos, no mais das vezes, são inacessíveis a terceiros, o que, na prática, afasta a aplicação do método.

O PRL, ao seu turno, pressupõe revenda, atributo típico de bens materiais. Funciona perfeitamente se, por exemplo, a empresa importa um bem material e o vende, havendo ou não industrialização ou beneficiamento. De outra banda, tratando-se de bens intangíveis, só terá bom funcionamento se o adquirente de uma licença sublicenciar para terceiros.

O CPL, por fim, é perfeitamente aplicável em situações nas quais o bem intangível tenha um custo de produção definido, no entanto não pode ser aplicado em situações diferentes desta. Esse é o caso do fundo de comércio ou dos direitos autorais.

1.7 DA DETERMINAÇÃO DO PREÇO *ARM'S LENGTH* DA PROPRIEDADE INTANGÍVEL NO BRASIL

A determinação do preço *arm's length* da propriedade imaterial não é usualmente assunto de discussão com as autoridades tributárias no Brasil porque os pagamentos a título de *royalties* e assistência técnica, científica, administrativa ou assemelhada estão isentos das regras de preço de transferência.

A Portaria nº 436, de 1958, ainda vigente, e que sofreu poucas mudanças no transcorrer dos anos, aprovou limites rígidos para a dedutibilidade de pagamentos por patente e *royalties* de marca e assistência técnica, científica, administrativa ou assemelhada. Pagamentos que excedam esses limites não são dedutíveis pela empresa brasileira como gastos pela renda corporativa para propósitos tributários.

Ditos limites em relação a pagamentos por licenças de patente e assistência técnica, científica, administrativa ou assemelhada variam de 1% a 5% das vendas líquidas, a depender do nível de essencialidade da tecnologia para o desenvolvimento do Brasil. É sabido que os níveis de essencialidade em vigor ainda são aqueles de 1958 (com poucas mudanças). Assim sendo, muitos estados da arte em tecnologia que estavam estagnados em 1958 não foram cobertos pela Portaria nº 436, e o resultado é que, para esses casos, apenas o mínimo de 1% das vendas líquidas pode ser pago sob a rubrica de *royalty* ou assistência técnica, administrativa ou assemelhada em condições de dedutibilidade.⁸

As restrições aprovadas em 1958 tiveram o escopo de impedir a redução dos lucros tributáveis de subsidiárias brasileiras de companhias multinacionais no momento em que o Brasil entrava em seu processo de industrialização. Contudo, não seria desarrazoado pensar que ditas restrições estejam ainda em vigor porque as autoridades tributárias brasileiras se negam a enfrentar as dificuldades de se determinar um preço para a propriedade intelectual e *know-how*.

É pertinente destacar que o único tipo de licença de propriedade intelectual sujeita às regras de controle de preço de transferência é a licença de direitos autorais paga para o autor original ou o criador do trabalho.

Segundo o artigo 11 da Lei 9.610/98, “Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica”. O artigo 14 da mesma Lei ainda dispõe: “É titular de direitos de autor quem adapta, traduz, arranja ou orquestra obra caída no domínio público, não podendo opor-se a outra adaptação, arranjo, orquestração ou tradução, salvo se for cópia da sua.”

1.8 DA DETERMINAÇÃO DO PREÇO *ARM'S LENGTH* DA PROPRIEDADE INTANGÍVEL SEGUNDO A OCDE

As Diretrizes da OCDE para regras de *transfer pricing* aplicadas aos ativos imateriais prescrevem soluções que, se não ideais, ao menos são exequíveis e, portanto, parâmetros de comparação interessantes para o Brasil.

Destacam-se algumas advertências feitas pela OCDE com vistas à determinação do preço *arm's length* para os bens imateriais. É importante que sempre se comece com um exame funcional cuidadoso. No mínimo, esse exame deveria responder às seguintes questões⁹: 1) Qual é o intangível? Por exemplo, o intangível é uma patente? Caso seja, é uma patente de processo ou de produto (de fórmula para fazer um produto próprio)? 2) Qual é o valor (qualitativo) do intangível? Ele cria um monopólio para o produto? 3) O que os peritos da indústria dizem sobre esse intangível? Ele é a *jóia da coroa* do proprietário? 4) Por quanto tempo esse intangível manterá seu valor?

1.9 DO *ARM'S LENGTH* COMO PRINCÍPIO

O óbvio é que partes vinculadas jamais transacionariam como se terceiros independentes fossem. Uma vez que a adoção irrestrita do padrão *arm's length* pressupõe que o Estado tribute, no máximo, o montante de lucro equivalente ao que aufeririam partes não vinculadas, os ganhos efetivos decorrentes da vinculação, da sinergia, escapam da tributação.

A OCDE ensina a obter o preço *arm's length* com o uso de cálculos deveras complexos. Assim sendo, organizações internacionais, entre elas a ONU, admitem a adoção de métodos alternativos, a exemplo das fórmulas predeterminadas brasileiras. A OCDE, inclusive, ao reconhecer a viabilidade da adoção de *safe harbours* em matéria de preços de transferência, parece abrandar sua posição.¹⁰

O mais sensato, portanto, é reconhecer as falhas do padrão *arm's length* e que ele não tem o condão de alcançar o efetivo lucro da empresa sempre. Entretanto, não deveria ser abandonado, só por isso, visto que se revela muito útil, mais ainda porque não existe outro método que o supere.

A solução para o conflito em exame pode ser vislumbrar, no padrão *arm's length*, características típicas de um princípio, assim sujeito a ponderação. Então, as falhas do padrão *arm's length* não implicariam seu abandono, mas sua ponderação com outros valores.¹¹

Os princípios são dotados de um maior grau de abstração do que as regras. Aqueles motivam as regras e não possuem aplicação imediata como estas. A fim de se concretizarem, os princípios requerem mediações. Em sintonia com os ensinamentos de Robert Alexy, princípios são mandamentos de otimização que devem ser observados na maior medida possível, conforme as possibilidades normativas e fáticas. A técnica a ser utilizada aqui é a do sopesamento. É dizer: nas situações de conflitos entre princípios, haverá uma harmonização entre eles. O princípio mais adequado ao caso concreto será aplicado e o outro será momentaneamente afastado.

1.10 DOS RECENTES ESTÁGIOS DO PROJETO DE REVISÃO DA OCDE SOBRE CONTROLE DE PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA APLICADO AOS INTANGÍVEIS

Em 6 de junho de 2012, a OCDE publicou um Projeto de Revisão sobre controle de preços de transferência aplicado aos bens imateriais. O texto apontou os ativos intangíveis como sendo estratégicos para os interesses dos governos e dos contribuintes. A par disso, chamou a atenção para a necessidade de prover uma melhor definição, identificação e valoração dos intangíveis para os propósitos dos preços de transferência.

O Projeto de Revisão tomou a forma de um *work in progress*, e 67 empresas ou praticantes submeteram comentários e *feedbacks* detalhados para a elaboração do documento. Outrossim, de 12 a 14 de novembro, em Paris, o *Working Party nº 6* realizou uma consulta pública na qual os participantes submeteram seus comentários escritos.

O texto resultante é marcado por um viés econométrico ao referir-se à propriedade intelectual, ou aos ativos intangíveis, o que não é visto nas transações comerciais entre partes não relacionadas. Assim, em vários pontos, desvia-se do princípio do *arm's length*.

O Projeto de Revisão está organizado em quatro seções, a saber: 1) Identificação dos intangíveis; 2) A definição das partes elegíveis para os ganhos relacionados aos intangíveis; 3) Operações envolvendo o uso ou a transferência dos intangíveis; e 4) Determinação do preço *arm's length* nos casos envolvendo intangíveis.

Dentro do tópico 1, na identificação dos bens intangíveis, o Projeto de Revisão adota uma definição *lata* de intangíveis, com duas abordagens. A primeira inclui itens que não são físicos nem ativos financeiros. Na segunda, são considerados bens intangíveis os que podem ser possuídos ou controlados para uso em atividades comerciais.

O Projeto de Revisão provê algumas ilustrações de itens que seriam consideradas intangíveis segundo essa aproximação, incluindo patentes, *know-how* e segredos comerciais, marcas registradas e nomes comerciais, licenças ou direitos similares. Quanto ao mais, declara que o fundo de comércio (*goodwill*) é um intangível, mas provê uma definição muito ampla do termo. Noutro passo, sinergias de grupo e características específicas do mercado são especialmente excluídas da definição de intangíveis porque não podem ser possuídas ou controladas por uma empresa única.¹²

No tópico 2, definição das partes elegíveis para os ganhos relacionados aos intangíveis, já se pode adiantar que os participantes do *Working Party nº 6*, por unanimidade, concordaram que as funções desempenhadas, os ativos usados e os riscos assumidos pelas partes seriam fatores determinantes. Os registros legais dos intangíveis e disposições contratuais entre as partes são, sim, fatores relevantes, mas não são, necessariamente, os fatores determinantes. O mais importante é saber se as condutas das partes estão alinhadas com aqueles registros legais e disposições contratuais.

Para um membro de um grupo multinacional ser elegível aos retornos dos intangíveis, três fatores serão decisivos: 1) A entidade desempenha as funções relacionadas ao desenvolvimento, melhora, manutenção e proteção dos intangíveis ou aquelas funções são desempenhadas sob seu controle por entidades independentes (ou entidades relacionadas atuando segundo o *arm's length*)? 2) A entidade tem o controle e controla, efetivamente, os riscos associados com o desenvolvimento, melhora, manutenção e proteção dos intangíveis? 3) A entidade suporta os custos incorridos no desenvolvimento, melhora, manutenção e proteção dos intangíveis?¹³

Especificamente quanto ao controle, o parágrafo 40 do Projeto de Revisão declara ser condição ao exercício do controle que a entidade desempenhe, fisicamente, por meio de seus empregados, funções associadas com o desenvolvimento dos intangíveis, incluindo *design*, programas de pesquisa e *marketing*, administração, orçamentos, estratégia e proteção. É, com efeito, uma previsão polêmica.

A terceira seção do Projeto de Revisão é endereçada à identificação e caracterização de transações controladas envolvendo intangíveis. O Projeto reconhece dois tipos de transações, aquelas que envolvem o uso dos intangíveis em conexão com a venda de bens e serviços e aquelas que envolvem a transferência de intangíveis.

Quando intangíveis são transferidos juntos, cabe observar, é possível que alguns intangíveis possam ser mais valiosos dentro de uma combinação de intangíveis do que quando tomados individualmente. Outrossim, em transferências de combinações de intangíveis, deve-se assegurar que sejam corretamente identificadas, o que pode ser difícil em se tratando de intangíveis estreitamente entrelaçados.

A quarta seção trata da determinação do preço *arm's length* de uma operação intragrupo, nos casos envolvendo bens intangíveis. O Projeto declara ser possível encontrar o preço *arm's length* para a parte relacionada nas operações com intangíveis com referência aos princípios identificados nos capítulos I a II das *OECD's transfer pricing guidelines*, mas reconhece que, por causa da natureza especial das operações com intangíveis, aqueles princípios podem provar-se de difícil aplicação.

Nesta seção, o Projeto discute a questão da comparabilidade em transações envolvendo os ativos intangíveis, enfatizando as singularidades de muitos deles, e declara que, para conduzir um estudo de comparabilidade, é essencial considerar fatores que sejam únicos e específicos de determinadas operações. Entre tais fatores, incluem-se a exclusividade do direito para os intangíveis, a extensão e a duração da proteção legal dos intangíveis, sua vida útil, seu estágio de desenvolvimento, os direitos a melhorias, revisões e atualizações.

Além do mais, reconhece o Projeto, os riscos relacionados com a probabilidade de obter benefícios econômicos futuros, a obsolescência do produto, a depreciação de valor e a violação dos direitos do intangível serão determinantes na decisão sobre se dois intangíveis podem ser considerados comparáveis ou não.

Ainda nessa mesma seção, o Projeto de Revisão declara que, na escolha do método de preço mais adequado para determinada operação de transferência de intangíveis, o contribuinte necessita manter em foco os princípios presentes nas *transfer pricing guidelines* e considerar as consequências econômicas das operações.

Quando fala do uso de técnicas de valoração dos intangíveis para determinar um preço *arm's length*, o Projeto atribui elevada importância a uma indefinida aproximação econômica em detrimento de comparações com operações entabuladas entre empresas independentes. Prevê a aplicação do método do fluxo de caixa descontado, superestimando o papel das técnicas financeiras, mas admite que as estimativas de valor baseadas em tais técnicas são altamente voláteis, uma vez que quaisquer mudanças nas assunções que sustentam o método podem levar a variações extremas no valor dos intangíveis.

1.11 DAS OUTRAS PARTICULARIDADES DOS INTANGÍVEIS

Os únicos intangíveis tratados em particular pela legislação brasileira sobre preços de transferência são os *royalties* por licenças de patentes e marcas, bem assim outros intangíveis que envolvam transferência de tecnologia. Eis o que prescreve o parágrafo 9º do artigo 18 da Lei nº 9.430/96: “O disposto neste artigo não se aplica aos casos de *royalties* e assistência técnica, científica, administrativa ou assemelhada, os quais permanecem subordinados às condições de dedutibilidade constantes da legislação vigente.”

É, portanto, de se destacar que os ativos intangíveis têm uma posição especial na legislação interna. Isso porque, como se denota da leitura do dispositivo legal antes apontado, eles estão, no mais das vezes, completamente dispensados de tais regras. Foi uma opção do legislador. Em tais casos, os limites de dedutibilidade da Portaria nº 436, de 1958, serão aplicados, e o contribuinte pode ser multado se fizer pagamentos que excedam tais limites.

Esses limites em relação às licenças de patentes e pagamentos por assistência técnica, científica, administrativa ou assemelhada vão de um a cinco por cento das vendas líquidas, dependendo do nível de essencialidade da tecnologia para o desenvolvimento brasileiro. Esses níveis de essencialidade, ainda em vigor, são aqueles de 1958 (com poucas mudanças), de modo que muitas das tecnologias hoje em voga estavam estagnadas ou não existiam em 1958.¹⁴

Nota-se, pois, o caráter indutor da norma, quando busca estimular o desenvolvimento brasileiro. Ressalte-se, contudo, que os níveis de essencialidade avaliados segundo as disposições da norma são aqueles de 1958.

Gabriel Francisco Leonardos, por sua vez, é categórico ao afirmar que, em termos práticos, no Brasil, não é possível falar em preços de transferência para ativos intangíveis. Isso porque o país é um importador de tecnologia e exportação de propriedade intelectual, ou *know-how* é virtualmen-

te inexistente, enquanto a importação é estreitamente controlada pelo governo. Tal controle é baseado na necessidade de aprovação prévia para muitos tipos de contratos relacionados a intangíveis e *know-how* e também no estreito controle dos limites de dedutibilidade tributária introduzidos em 1958 e que ainda são aplicáveis hoje.¹⁵

Na verdade, as autoridades tributárias brasileiras ainda estão definindo a legislação e sua aplicação. É então razoável esperar que, num futuro próximo, depois de respondidas as principais questões relativas aos preços de transferência para bens intangíveis, o atual regime dos intangíveis seja alterado.

Em razão do fenômeno da globalização, o comércio internacional atingiu níveis fabulosos. Os mercados cresceram significativamente. Contudo, também ficaram muito mais competitivos. Nesse contexto, os bens intangíveis tornaram-se cruciais para as estratégias das empresas. Portanto, suas transferências entre empresas relacionadas das mais diversas jurisdições devem ser rigorosamente controladas para não corromper o princípio da livre concorrência.

Os intangíveis também são intrínsecos ao desenvolvimento econômico-social dos países. Nações que investem seriamente em educação, pesquisa e desenvolvimento serão detentoras de conhecimento, *know-how* e tantos outros bens imateriais que os colocam em posição privilegiada no cenário internacional. O Brasil, que há muito vem se lançando no mercado mundial, ocupando hoje em dia a quinta ou a sexta posição entre os países mais desenvolvidos do mundo, deveria atribuir mais atenção a esse tema, a fim de incrementar suas exportações de bens de alto valor agregado em detrimento das *commodities*.

É inadmissível que um país com as pretensões do Brasil continue marcando passo em setor da economia tão promissor. Não faz sentido, apesar dos baixíssimos níveis de exportação de tais bens, que a legislação aplicada seja maculada por disposições datadas de 1958. Há que se ter consciência de que uma legislação moderna para os intangíveis pode trazer como consequência uma nova mentalidade alinhada às atuais exigências da conjuntura global.

Se o Brasil tivesse uma legislação moderna para o tema, poderia haver maior cooperação legislativa e econômica na área, notadamente com os países membros da OCDE, no caso de o Brasil inspirar-se mais nas *Guidelines* da OCDE, facilitando sua inserção no mercado global. Haveria maiores facilidades num setor da economia que demanda extrema flexibilidade e competitividade.

Internamente, a Lei dos *Royalties*, recentemente aprovada, e que destina 75% dos *royalties* do petróleo para a educação, denota acertada preocupação. É por meio da educação que se cria conhecimento e capital humano. Pode-se dizer que a Lei dos *Royalties* é uma norma indutora da economia, do desenvolvimento nacional, que visa no médio e longo prazo a redução das desigualdades sociais com consequente maior distribuição da renda.

Na verdade, caso o Brasil queira se lançar de modo competitivo no mercado dos intangíveis, urge também que maiores incentivos sejam direcionados às políticas de inovação. Esses incentivos

podem ser por meio de subsídios, incentivos fiscais, crédito em condições mais favoráveis e acesso privilegiado aos conhecimentos produzidos nos centros de pesquisa.

Em assim sendo, as empresas se sentiriam estimuladas a investirem mais em pesquisa e desenvolvimento e na contratação de pessoal técnico-científico. Como resultado, surgiriam mais produtos e processos novos, patentes e intangíveis outros. E desenvolvendo seus próprios intangíveis, as empresas brasileiras pagariam menos por eles ao exterior e passariam a receber internamente, no caso dos incrementos às exportações.

Nesse contexto, ganham destaque as chamadas normas tributárias indutoras, como forma de intervenção sobre o domínio econômico, privilegiando comportamentos desejados e discriminando os indesejados. Podem, portanto, atuar por meio de beneficiamento ou agravamento. No beneficiamento, quer-se incentivar os contribuintes a adotar comportamentos desejados pelo legislador, ao passo que, no agravamento, a norma tributária indutora torna mais oneroso o comportamento indesejado.

Outra importante norma indutora relacionada aos intangíveis é a Lei nº 11.196/2005 (Lei do Bem). Esta é uma típica norma tributária indutora no sentido defendido por Luís Eduardo Schoueri¹⁶. Por meio dela, gastos com pesquisa, desenvolvimento e inovação podem ser deduzidos diretamente do lucro tributável das empresas, em vez de serem contabilizados como ativo diferido e amortizados no longo prazo, além de que tais deduções poderão ocorrer em montante superior a cem por cento. Quanto ao mais, dentre outros incentivos, destaca-se que os pagamentos remetidos ao exterior a título de registro e manutenção de marcas, patentes e cultivares terão a alíquota do imposto de renda retido na fonte reduzida a zero.

O grande entrave, diga-se assim, decorre da pretensa vocação brasileira para as *commodities*, em detrimento de setores de alto valor agregado e grande capacidade de inovação tecnológica. É uma política de alto risco. Não obstante o Brasil seja muito competitivo no mercado internacional com produtos básicos (ferro, cobre, café, soja, laranja etc.), essa dependência não é estratégica. São produtos de preços vacilantes. O país deveria diversificar e estimular seu crescimento, e também investir em infraestrutura.

Em suma, a necessidade de reforma da legislação aplicável aos ativos intangíveis é urgente, que deve estar em sintonia com as exigências do moderno direito internacional tributário.

Num sentido *lato*, vários problemas acerca dos bens intangíveis podem ser apontados. O primeiro grande problema quando se fala dos ativos intangíveis é sua dimensão econômica, que é muito grande. Por exemplo, o passe de um jogador de futebol; o valor da Microsoft, altíssimo em razão de seu capital intelectual.

O segundo grande problema dos intangíveis é sua alta volatilidade. Do mesmo modo que seu valor cresce rapidamente, assim também desaparece. Se de alguma forma forem levantadas dúvidas sobre

a qualidade ou confiabilidade de determinado bem intangível, o mercado não o consome mais. O valor de mercado desse bem desaparece, ainda que, objetivamente, o produto continue sendo de qualidade.

Além do mais, todas essas discussões envolvem conceitos de difícil aplicação ao caso concreto. Os intangíveis são de difícil avaliação. Comparar o valor atribuído ao bem pelas partes em contrato com o valor justo tomado em transações independentes é de difícil consecução prática na maior parte das vezes. Os critérios de comparabilidade são de difícil aplicação às situações concretas.

No Brasil, quando se fala da subsunção das operações envolvendo intangíveis às regras de preços de transferência, as limitações são de toda ordem, eis que o tema está ainda em evolução. A legislação de preços de transferência é recente e está em processo de desenvolvimento. A jurisprudência não se ocupou do tema a contento. E, o que é mais grave, normas anacrônicas dão o tom de estagnação em setor da economia tão importante e mutante que é o dos ativos imateriais.

Num extremo oposto, nas economias mundiais mais desenvolvidas, a situação é completamente diferente. Os debates já são antigos, a doutrina se ocupou deveras com o tema. As leis foram desenvolvidas e atualizadas e por isso são mais eficazes e eficientes. Os tribunais produziram jurisprudência a contento. Enfim, o tema recebeu a atenção que lhe compete.

CONCLUSÃO

A principal conclusão deste estudo é que a disciplina jurídica brasileira de preços de transferência para os bens intangíveis não é adequada. Pode parecer um contrassenso, mas os ativos intangíveis, no mais das vezes, estão completamente dispensados de tais regras.

Os pagamentos a título de *royalties* e de assistência técnica, científica, administrativa ou assemelhada estão sujeitos a rigorosos limites de dedutibilidade desde 1958, e a Lei dos Preços de Transferência (a Lei nº 9.430/96) adotou a opção de deixar tais pagamentos fora de seu escopo.

As disposições normativas que acabam prevalecendo são aquelas da Portaria nº 436, de 1958. Desta feita, a legislação interna em comento está em total dissonância com as Diretrizes da OCDE e outras legislações de países avançados.

Conclui-se, ademais, que não faz sentido falar em regras de *transfer pricing* aplicadas aos bens intangíveis no Brasil. O Brasil é importador de tecnologia e pouco ou quase nada exporta em matéria de propriedade intelectual e *know-how*. Suas importações de bens imateriais são controladas pelo governo por meio de rigorosos limites de dedutibilidade. Pode-se falar, no entanto, que há segurança jurídica, mas não provida por meio de regras de *transfer pricing*, e sim por arcaicas disposições presentes na Portaria nº 436, de 1958.

Os limites de dedutibilidade previstos na Portaria nº 436, de 1958, não são razoáveis, mas sim arbitrários, posto que não respeitam as características de cada operação. Não há falar em proporcionalidade quando se alega que o cálculo do montante a ser deduzido segue o nível de *essencialidade*

da tecnologia para o desenvolvimento do Brasil. Isso porque os níveis de *essencialidade* previstos são aqueles de 1958. Descabe totalmente falar em regras tributárias indutoras do desenvolvimento econômico nacional. Talvez o fossem naquela época, mas não hoje.

As normas que preveem os limites de dedutibilidade ora em comento são absolutamente inconstitucionais, porquanto sua principal motivação, o regime da bitributação econômica, não mais existe, desde 1995. Ademais, as referidas regras afastam o princípio do *arm's length*, ótimo indicador de razoabilidade, necessidade e usualidade de um pagamento. No mesmo diapasão, o parágrafo 9º do artigo 18 da Lei nº 9.430/96 é inconstitucional, visto que as diferenças de tratamento entre os importadores de bens materiais e os importadores de bens imateriais ferem de morte o princípio da igualdade.

Os limites de dedutibilidade previstos na Portaria nº 436, de 1958, são arbitrários, e as regras que os preveem são absolutamente inconstitucionais, ainda assim esses limites são vigentes e responsáveis por toda a dinâmica que envolve as operações de transferência de bens intangíveis por mera razão política. Foi uma escolha política do legislador da época. E que se adequou perfeitamente aos interesses atualmente em voga, haja vista o total descaso do governo para com o setor em detrimento de outras áreas, como o setor das *commodities*. Em acréscimo a isso, fica evidente que as autoridades tributárias se negam a enfrentar as dificuldades de se determinar preços para a propriedade intelectual e *know-how*.

No campo dos intangíveis, quando se compara a legislação interna com as Diretrizes da OCDE e também com outras legislações relevantes, as maiores semelhanças advêm da adoção legislativa do padrão *arm's length*. Assim sendo, no tocante a tais disposições, há, no mínimo, uma cooperação formal. Contudo, ao lembrar que o *arm's length* tem pouca ou quase nenhuma aplicação aos intangíveis no Brasil, qualquer fonte de cooperação logo cai no descrédito. Continuando o raciocínio, extremamente forçoso seria falar em integração legislativa no tema, seja com a OCDE, seja com outros países.

O Projeto de Revisão da OCDE trouxe propostas inovadoras, sempre com o pano de fundo de ajudar a limitar as disputas e riscos envolvendo as questões relativas aos intangíveis. Contudo, centrou-se num viés econométrico ao privilegiar o método do fluxo de caixa descontado na valoração dos intangíveis em detrimento dos métodos mais tradicionais. Ainda, falhou em prover uma clara e explícita definição do termo porque trouxe uma definição muito ampla. Seus critérios para determinar as partes elegíveis para os ganhos relacionados aos intangíveis não são convincentes.

Acredita-se que, em larga medida, o Projeto não trouxe disposições que seriam úteis ao Brasil. Se o país as adotasse, os reflexos na ordem econômica, financeira, tributária e social seriam negativos, não trariam tranquilidade às instituições e mercados. A segurança das relações jurídicas restaria seriamente prejudicada.

Ante o exposto, a legislação brasileira aplicável aos bens intangíveis está em inteiro descompasso com a realidade atual dos mercados mundiais, sendo de extrema necessidade que se providencie sua reforma.

Aprovado: 09/11/2015. Recebido: 22/08/2015.

NOTAS

- ¹ Bifano, Elidie Palma. *Apuração de Preços de Transferência em Intangíveis, Contratos de Prestação de Serviços, Intragruppo e "Cost Sharing Agreements"*. Tributos e Preços de Transferência, 3º Volume, coordenador: Luís Eduardo Schoueri, p. 29.
- ² OECD Draft guidelines on Intangibles, Discussion Draft, Revision of the Special Considerations for Intangibles in Chapter VI of the OCDE Transfer Pricing Guidelines and Related Provisions. 6 June to 14 September 2012, Organization for Economic Co-operation and Development Centre for Tax Policy and Administration, p. 7.
- ³ Schoueri, Luís Eduardo. *Op. cit.* (nota 4), p. 371.
- ⁴ Carvalho, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*, 22. ed. Editora Saraiva, São Paulo, 2010, p. 188.
- ⁵ Schoueri, Luís Eduardo. *Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro*. 3. ed. Dialética, São Paulo, 2013, p. 374.
- ⁶ Bifano, Elidie Palma. *Op. cit.* (nota 1), p. 30.
- ⁷ Bifano, Elidie Palma. *Op. cit.* (nota 1), p. 37.
- ⁸ Leonardos, Gabriel Francisco. *Op. cit.* (nota 5), p. 130.
- ⁹ Wright, Deloris R. Charles River Associates Inc., Boston. *OCDE Chapter VI: Special considerations for intangible property issues and analysis*. P. 24.
- ¹⁰ Schoueri, Luís Eduardo. *O Princípio Arm's Length em um Panorama Internacional*. Pp. 208-227, in: Tributos e Preços de Transferência, Dialética, coordenação Schoueri, Luís Eduardo. 4º Volume, São Paulo, 2013, p. 224.
- ¹¹ Cf. Schoueri, Luís Eduardo. *Op. cit.* (nota 13), p. 224.
- ¹² Ghosh, Shanto; Wells, John; Wolosoff, Todd. *OECD's discussion draft on intangibles: A positive step forward*. Intangibles (1 st Edition), *International Tax Review, Tax Reference Library* nº 76, 2013, pp. 14-15.
- ¹³ Cf. Ghosh, Shanto; Wells, John; Wolosoff, Todd. *Op. cit.* (nota 15), p. 16.
- ¹⁴ Leonardos, Gabriel Francisco. IFA Cahiers 2007, Volume 92A. *Transfer pricing and intangibles – Brazil*, Branch Reporter, p. 124.
- ¹⁵ Cf. Leonardos, Gabriel Francisco. *Op. cit.* (nota 5), p. 124.
- ¹⁶ Schoueri, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2005, 400 p.

REFERÊNCIAS

- Alexy, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, 670 p.
- Bifano, Elidie Palma. *Apuração de Preços de Transferência em Intangíveis, Contratos de Prestação de Serviços, Intragruppo e Cost Sharing Agreements*. Pp. 28-47, in Schoueri, Luís Eduardo (coordenador). *Tributos e Preços de Transferência*. v. 3, São Paulo: Dialética, 2009, 304 p.
- Brauner, Yariv. *O Valor segundo o Espectador: a Avaliação de Intangíveis para fins de Preços de Transferência*. Pp. 267-303, in Schoueri, Luís Eduardo (coordenador). *Tributos e Preços de Transferência*. v. 3, São Paulo: Dialética, 2009, 304 p.
- Calich, Isabel; Rolim, João Dácio. *Transfer pricing disputes in Brazil*. Pp. 519-554, in Baistrocchi, Eduardo; Roxan, Ian (editors). *Resolving Transfer Pricing Disputes, A Global Analysis*. Cambridge University Press, 2013, 988 p.
- Carvalho, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 22. São Paulo: ed. Editora Saraiva, 2010, 681 p.
- Chapinoti, Maurício Braga. *Preços de Transferência: o Princípio Arm's Length Aplicado a Bens Intangíveis*. Pp.125-156, in Filho, Clóvis Panzarini; Tonanni, Fernando; Behrndt, Marco Antônio; Ribeiro, Ricardo Pereira; Lacombe, Rodrigo Santos Masset (coordenadores). *Revista de Direito Tributário Internacional*. Ano 1, Nº 3, Editora Quartier Latin do Brasil, [s.l]: 2006.
- Di Pietro, Andrea. *I Prezzi di Trasferimento Infragruppo – Servizi Offerti da Business Value*. Business Value, Roma, 2010, 10 p., Disponível em: <<http://www.businessvalue.it/wp-content/uploads/2010/07/Prezzi-di-trasferimento-infragruppo.pdf>> Acesso em: 11 ago. 2013.

Discussion Draft, Revision of the Special Considerations for Intangibles in Chapter VI of the OECD Transfer Pricing Guidelines and Related Provisions. 6 June to 14 September 2012, 60 p. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/50526258.pdf>> Acesso em: 06 jul. 2013.

Fonseca Neto, Dilson Jatahi. Dos Métodos de Cálculo do Preço de Transferência: uma Análise das Operações envolvendo Intangíveis. Pp. 133-152, in Oliveira, Ricardo Mariz de; Schoueri, Luís Eduardo; Zilveti, Fernando Aurélio (coordenadores). *Revista Direito Tributário Atual*. São Paulo: IBDT, Dialética, 2013, 350 p.

Fuxa, Diletta. *Ocse: transfer price e intangibili in arrivo nuovo progetto. Approvato di recente dall'organizzazione il documento "Transfer pricing and intangibles: scope of the project"*. 2011, 2 p. Disponível em: <<http://www.fiscooggi.it/dal-mondo/articolo/ocse-transfer-price-e-intangibiliin-arrivo-nuovo-progetto>> Acesso em: 17 ago. 2013.

Ghosh, Shanto; Wells, John; Wolosoff, Todd. *OECD's discussion draft on intangibles: A positive step forward*. Pp. 13-19, in *Intangibles* (1 st Edition), International Tax Review, Tax Reference Library nº 76, 2013, 48 p. Disponível em: <http://www.deloitte.com/assets/Dcom-UnitedStates/Local%20Assets/Documents/Tax/us_tax_itr_intangibles_dec12_040113.pdf> Acesso em: 06 jul. 2013.

Greco, Marco Aurélio. *Sobre o Futuro da Tributação: a Figura dos Intangíveis*. Pp. 108-120, in Zilveti, Fernando Aurélio (coordenador). *Revista Direito Tributário Atual*. 25, 1. ed. São Paulo: Dialética, 2011, 176 p.

_____, Rocha, Sérgio André (Sistema Brasileiro); Uckmar, Victor; Corasanti, Giuseppe; Di Vimercate, Paolo de'; Oliva, Caterina Corrado (Aspectos Gerais). *Manual de Direito Tributário Internacional*. São Paulo: Dialética, 2012, 480 p.

Gregório, Ricardo Marozzi. *Arm's Length e Praticabilidade nos Preços de Transferência*. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

_____, *Preços de Transferência, Arm's Length e Praticabilidade*. Série Doutrina Tributária, Volume V, 1. ed. Quartier Latin, [s.l.], 2011, 440 p.

Holmes, Kevin. *International Tax Police and Double Tax Treaties, An Introduction to Principles and Application*. IBFD Publications BV, The Netherlands, 2007, 432 p.

Iudícibus, Sérgio de; Martins, Eliseu; Gelbcke, Ernesto Rubens; Santos, Ariovaldo dos. *Manual de Contabilidade Societária*. FIECAFI, FEA/USP, São Paulo: editora Atlas S. A., 2010, 824 p.

James, Will; Allen, Steven. *Transfer Pricing – 2012 Year in Review December 2012*. Disponível em: <<http://www.bkd.com/articles/2012/transfer-pricing-2012-year-in-review.htm>> Acesso em: 05 mai. 2013.

Kannebly Jr., Sergio; Porto, Geciane. *Incentivos Fiscais à Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação no Brasil: uma avaliação das políticas recentes*. Banco Interamericano de Desenvolvimento, 2012, 57 p. Disponível em: <<http://www.iadb.org>> Acesso em: 31 mai. 2013.

Laine, Anne. *Transfer pricing of intangible assets – Implications of Finnish intellectual property case law on valuation of intangible assets*. Accounting Master's thesis, Department of Accounting, Aalto University, School of Economics, 2012, 88 p. Disponível em: <http://epub.lib.aalto.fi/en/ethesis/pdf/12936/hse_ethesis_12936.pdf> Acesso em: 06 jul. 2013.

Legislación en Materia de Precios de Transferencia – Propuesta de Enfoque. CPAF – Centro de Política Y Administración Fiscales, junio 2011, 25 p. Disponível em: <www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/48275782.pdf>, Acesso em: 30 jul. 2013.

Lennard, Michael. *The New United Nations Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries. Asia-Pacific Tax Bulletin, January/February 2013*, pp. 32-37.

Leonardos, Gabriel Francisco. *Transfer pricing and intangibles – Brazil*. v. 92A, *International Fiscal Association (IFA), Cahiers de Droit Fiscal International, Branch Reporter*, [s.l.]: 2007, pp. 123-132.

Malheiro, Eliete de Lima Ribeiro. *Preços de Transferência – Intangíveis, Serviços e Cost Sharing*. Pp. 48-74, in Schoueri, Luís Eduardo (coordenador). *Tributos e Preços de Transferência*. 3 v., Dialética, São Paulo: 2009, 304 p.

Marchi, Eduardo C. Silveira. *Guia de Metodologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2009, 301 p.

OECD Draft guidelines on Intangibles, Discussion Draft, Revision of the Special Considerations for Intangibles in Chapter VI of the OCDE Transfer Pricing Guidelines and Related Provisions. 6 June to 14 September 2012, *Organization for Economic Co-operation and Development Centre for Tax Policy and Administration*, 60 p.

OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations. 22 July 2010, 375 p. Disponível em: <http://www.ocde.org>> Acesso em: 25 jun. 2013.

Oliveira, Ricardo Mariz de. *Tributação Internacional de Goodwill e Intangíveis*. Texto para o IV Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional, do IBDT (22 e 23/8/2010), 20 p.

Opinion Statement of the CFE on the OECD Discussion Draft "Revision of the Special Considerations for Intangibles in Chapter VI of the OECD Transfer Pricing Guidelines and Related Provisions". Submitted to the OECD Centre for Tax Policy and Administration in September 2012, *European Taxation*, December 2012. IBFD, pp. 591–592.

Rosembuj, Túlio. *Intangibles y Precios de Transferencia (A propósito de La Section 482 del I.R.C y La nueva reglamentación 2007 del Tesoro de los EEUU)*. *Crônica Tributária* Num. 125/2007, pp. 107–147. Disponível em: <http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/fiscalidad_internacional/125_intangibles.pdf> Acesso em: 30 jun.2013.

Schoueri, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Editora Forense, Rio de Janeiro: 2005, 400 p.

_____, *O Princípio Arm's Length em um Panorama Internacional*. Pp. 208–227, in Schoueri, Luís Eduardo. *Tributos e Preços de Transferência*. Dialética, v.4, São Paulo: 2013, 400 p.

_____, *Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro*. 3. ed. Dialética, São Paulo: 2013, 480 p.

Siqueira, Marcelo Gustavo Silva. *Publications Abroad Regarding the Brazilian Law: Tax Law, Civil Law and Intellectual Property Law*. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 2, n. 22, Rio de Janeiro: 2012, 26 p.

Souza, Bruno Nepomuceno de. *Os Preços de Transferência e Intangíveis no Contexto de um Suposto Sistema Tributário Internacional*. Pp. 94–113, in Oliveira, Ricardo Mariz de; Schoueri, Luís Eduardo; Zilveti, Fernando Aurélio (coordenadores). *Revista Direito Tributário Atual*. IBDT, Dialética, São Paulo: 2013, 350 p.

The Economics of Intellectual Property, Suggestions for Further Research in Developing Countries and Countries with Economies in Transition. *World Intellectual Property Organization*, January 2009, 230 p. Disponível em: <http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-development/en/economics/pdf/wo_1012_e.pdf> Acesso em: 05 mai.2013.

Troianelli, Gabriel Lacerda. *Preço de Transferência: Intangíveis, Acordos de Repartição de Custos e Serviços de Grupo*. Pp. 75–92, In: Schoueri, Luís Eduardo (coordenador). *Tributos e Preços de Transferência*, v.3, Dialética, São Paulo: 2009, 304 p.

WNTS Insight. A Washington National Tax Services (WNTS) Publication, October 18, 2012, Disponível em: <www.pwc.com/wnts> Acesso em: 05 mai. 2013.

Wright, Deloris R. *OCDE Chapter VI: Special considerations for intangible property issues and analysis*. Charles River Associates Inc., Boston, pp. 15–30 Disponível em: <<http://www.wrighteconomics.com/wp-content/uploads/OECD-Chapter-VI.pdf>> Acesso em: 25 jul. 2013.

Xavier, Alberto, *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 7. [s.1], ed. Rio de Janeiro: 2010, 764 p.

Reinaldo Marques da Silva

Mestrando em Direito Comparado na Samford University, Estados Unidos e na University of Cambridge, Inglaterra.

Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário de São Paulo/SP.

Graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – USP.

Graduado em Administração de Empresas pela Faculdade de Administração, Economia e Contabilidade de Ribeirão Preto– USP.

Rua Santo Amaro, 380, apto. 208

Bela Vista

São Paulo/SP

CEP 01315-000

reinaldofearp@hotmail.com