

INSTITUTO POLITÉCNICO DE LISBOA
INSTITUTO SUPERIOR DE CONTABILIDADE
E ADMINISTRAÇÃO DE LISBOA



ISCAL

O PRINCÍPIO DA PLENA
CONCORRÊNCIA NO DIREITO
COMUNITÁRIO

Diogo Filipe Sousa Ribeiro

Lisboa, 17 de dezembro de 2018

INSTITUTO POLITÉCNICO DE LISBOA
INSTITUTO SUPERIOR DE CONTABILIDADE E
ADMINISTRAÇÃO DE LISBOA

O PRINCÍPIO DA PLENA
CONCORRÊNCIA NO DIREITO
COMUNITÁRIO

Diogo Filipe Sousa Ribeiro

Dissertação submetida ao Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa para cumprimento dos requisitos necessários à obtenção do grau de Mestre em Fiscalidade, realizada sob a orientação científica de Prof. Dr. Amândio Fernandes Silva.

Constituição do Júri:

Presidente: Professora Doutora Clotilde Celorico Palma

Arguente: Professor Especialista Paulo Albuquerque

Vogal: Professor Especialista Amândio Silva

Lisboa, 17 de dezembro de 2018

Declaro ser o autor desta dissertação, que constitui um trabalho original e inédito, que nunca foi submetido (no seu todo ou qualquer das suas partes) a outra instituição de ensino superior para obtenção de um grau académico ou outra habilitação. Atesto ainda que todas as citações estão devidamente identificadas. Mais acrescento que tenho consciência de que o plágio – a utilização de elementos alheios sem referência ao seu autor – constitui uma grave falta de ética, que poderá resultar na anulação da presente dissertação.

Dedicatória

À minha avó Luísa, a pessoa mais altruísta que alguma vez conheci, por tudo o que me ensinou, todos os princípios que conseguiu inculcar-me e, sobretudo, por todo o amor.

Agradecimentos

Concluída a dissertação, quero deixar os meus agradecimentos.

Ao Dr. Amândio Silva por ter aceite este meu desafio como sendo dele também, enquanto meu orientador. A gratidão estende-se, não só à aceitação, mas também ao efetivo uso dos seus ricos conhecimentos científicos e das suas qualidades humanas para que a conclusão da presente obra fosse possível.

A todos os docentes que ao longo da minha formação académica deram os seus contributos, deixando uma especial menção à Professora Doutora Clotilde Celorico Palma, a quem devo uma significativa parte do meu desenvolvimento académico e profissional e que, mais que uma excelente docente e profissional, é uma pessoa de grande carácter e com um coração que segue a mesma medida.

À Catarina, que tantas vezes teve a força de duas pessoas, que me manteve a cabeça erguida nos momentos mais difíceis e que sempre acreditou em mim, mais do que eu alguma vez acreditaria. Essencialmente, por todo o amor.

À minha mãe que, com toda a sua paciência e amor, me deixou crescer sendo criança ao mesmo tempo e que, juntamente com o meu pai, apesar de todas as condicionantes, sempre fizeram o que puderam para que eu fosse quem eu quisesse ser, e aos meus avós que tanto contribuíram para que isso fosse possível.

Aos meus irmãos que sempre foram muito mais que isso, ao Paulo que adquiriu o estatuto de meu irmão por tudo o que foi e fez ao longo da minha vida e à família dele que é certamente mais uma parte da minha também.

Aos meus sobrinhos, Constança e Daniel, que me mostram constantemente que só paramos de surpreender positivamente aqueles que nos rodeiam quando deixamos de querer.

A todos os meus amigos, os que me acompanham desde que me lembro e os que vieram com o passar do tempo para me preencher um pouco mais.

Resumo

O criticismo à volta do Princípio da Plena Concorrência tem-se intensificado nos últimos anos, pese embora, no seio da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico, os esforços realizados continuem a ter em vista a sua adaptação à nova realidade económica, e não a implementação de alternativas.

É neste princípio, pela relevância no combate à transferência de lucros por parte das empresas multinacionais e consequente erosão das bases tributáveis, que reside o cerne da presente dissertação.

São apresentadas as alternativas que têm vindo a ser apontadas, e feita uma análise da sua viabilidade no contexto atual.

A Comissão Europeia tem vindo, com as suas Decisões acerca de alguns acordos prévios de preços de transferência celebrados entre as administrações tributárias dos seus Estados-Membros e determinados grupos multinacionais, a construir um Princípio da Plena Concorrência decorrente dos Tratados e que se impõem aos Estados-Membros, independentemente de qualquer adoção nas suas legislações nacionais. Contudo, avançou em 2016 com a proposta para a implementação de uma Matéria Coletável Comum Consolidada do Imposto sobre as Sociedades, o que poderá ser visto como uma tentativa de abandono do atual sistema de tributação das sociedades, pelo menos ao nível da União Europeia.

De qualquer dos modos, parece-nos que o Princípio da Plena Concorrência e o tratamento das empresas integradas num grupo multinacional como entidades independentes, que regula os preços de transferência, continuará a ser o paradigma da tributação internacional dos rendimentos das empresas multinacionais.

Palavras-chave: Princípio da Plena Concorrência, Preços de Transferência, Ativos Intangíveis, Fórmula de Repartição, Tributação das Sociedades

Abstract

The criticism around the Arm's Length Principle has intensified over the last years, even though the efforts, within the Organization for Economic Co-operation and Development, continue to keep looking to adapt it to the new economic reality, and not to implement alternatives.

It is in this principle, and in its relevance to combat the transfer of profits by the multinational companies and consequent erosion of the taxable bases, that lies the heart of this dissertation.

We present the alternatives that have been pointed, and analyse their feasibility in the current context.

The European Commission has, with its Decisions on certain transfer pricing agreements concluded between the tax administrations of its Member States and certain multinational groups, to construct an Arm's Length Principle that arises from the Treaties and which is binding on the Member States, independently of any adoption in their national legislation. However, in 2016 the European Commission advanced with the proposal for the implementation of a Consolidated Common Corporate Tax Base, which could be seen as an attempt to abandon the current corporate tax system, at least at European Union level.

Either way, it seems to us that Arm's Length Principle and the treatment of companies integrated in a multinational group as independent entities, which regulates transfer pricing, will continue to be the paradigm of international taxation of incomes of multinational companies.

Keywords: Arm's Length Principle, Transfer Pricing, Intangible Assets, Formulary Apportionment, Corporate Taxation

Índice

1. Introdução	1
2. Princípio da Plena Concorrência.....	5
2.1. O engenho surgido da necessidade: origem e contextualização.....	5
2.2. A engenharia por detrás do princípio: aplicação.....	7
2.3. Adequação do engenho: problemas de operacionalidade	8
2.4. Promiscuidade dos seus efeitos?	11
3. Princípio da Plena Concorrência na OCDE.....	13
3.1. OECD Model Tax Convention on Income and on Capital	13
3.2. OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations: 1979	16
3.3. OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations: 1995	17
3.4. OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations: 2010	17
3.5. OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations: 2017	18
3.6. O carácter não vinculativo e a adesão às diretrizes	19
3.7. A comparabilidade das transações	21
3.8. Os métodos de Preços de Transferência	22
3.8.1. Introdução.....	22
3.8.2. A seleção dos métodos de Preços de Transferências adequados.....	23
3.8.3. Explicação dos métodos de Preços de Transferência	24
3.8.3.1. Método do preço comparável de mercado	24
3.8.3.2. Método do preço de revenda minorado.....	25
3.8.3.3. Método do custo majorado	26
3.8.3.4. Método da margem líquida da operação	27
3.8.3.5. Método do fracionamento do lucro.....	28
3.9. Action plan on Base Erosion and Profit Shifting.....	30
3.9.1. Aspectos introdutórios.....	30
3.9.2. Ação 8 – Intangíveis	32
3.9.3. Ação 9 – Riscos e Capital	33
3.9.4. Ação 10 – Outras transações de risco elevado	33
3.9.5. Conclusão.....	33
4. O Princípio da Plena Concorrência no Direito Português.....	35
4.1. Adoção internacional nos ordenamentos jurídicos internos.....	35
4.2. Artigo 63.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas.....	35
4.3. A Portaria n.º 1446-C/2001	37
4.4. Artigo 138.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas.....	40
4.5. Conclusões	41
5. Princípio da Plena Concorrência no Direito Comunitário	42
5.1. Aspectos introdutórios	42
5.2. O Fórum Conjunto da União Europeia sobre Preços de Transferência	45
5.3. Convenção da UE sobre Arbitragem em Matéria de Preços de Transferência	46
5.4. Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas.....	48
5.5. Auxílios de Estado e Princípio da Plena Concorrência	50
5.6. A Diretiva (UE) 2015/2376 sobre Troca Automática de Informações	54
5.7. A Diretiva (UE) 2016/1164 ou «Diretiva Antiabuso».....	56

5.8.	Common Consolidated Corporate Tax Base	58
5.9.	Princípio da Plena Concorrência na União Europeia?	60
5.9.1.	Aspetos introdutórios.....	60
5.9.2.	As Decisões da Comissão.....	61
5.9.2.1.	Decisão da Comissão acerca do auxílio estatal concedido pelos Países Baixos ao grupo Starbucks.....	62
5.9.2.2.	Decisão da Comissão acerca do auxílio estatal concedido pela Irlanda ao grupo Apple.....	67
5.10.	Observações e conclusões.....	74
6.	O caso crítico das operações relacionadas com ativos intangíveis	78
6.1.	Aspetos introdutórios	78
6.2.	A titularidade do direito de propriedade.....	79
6.3.	A transferência ou a licença de uso dos ativos intangíveis.....	82
6.4.	Ativos intangíveis no intervalo de plena concorrência	83
6.5.	Método do fracionamento do lucro nos intangíveis	86
7.	Engenho desatualizado ou inapropriado: alternativas.....	88
7.1.	Aspetos introdutórios	88
7.2.	Princípio da Tributação como Entidades Independentes.....	89
7.2.1.	Generalidades	89
7.2.2.	Dificuldades	90
7.3.	Princípio da Tributação Unitária.....	92
7.3.1.	Generalidades	92
7.3.2.	Dificuldades	93
7.3.3.	A Solução Europeia da Common Consolidated Corporate Tax Base	95
7.4.	Destination-Based Cash-Flow Tax.....	99
7.4.1.	Generalidades	99
7.4.2.	Dificuldades	100
7.5.	Conclusões	101
8.	Conclusão	105
	Referências Bibliográficas.....	108

Lista de abreviaturas

B2B – *Business to Business*

BEPS – *Base Erosion and Profit Shifting*

CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa

CCCTB – *Common Consolidated Corporate Tax Base*

CFC – *Controlled Foreign Companies*

CIRC – Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

DUE – Direito da União Europeia

EUA – Estados Unidos da América

IRC – Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

IVA – Imposto sobre o Valor Acrescentado

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

UE – União Europeia

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

1. Introdução

«A necessidade aguça o engenho». É com este provérbio que se inicia a presente dissertação, por se entender que, de algum modo, traduz toda a temática que será em seguida tratada.

As motivações por detrás do desenvolvimento humano podem, na generalidade dos casos, ser reconduzidas a uma necessidade, seja esta gerada por simples ambições subjetivas ou, no extremo oposto, por questões de verdadeira sobrevivência. Naturalmente que essas necessidades se alteram ao longo do tempo, à medida que são supridas ou que outras novas são identificadas relegando as primeiras para plano secundário.

Se esta ideia pode ser facilmente vislumbrada como um elemento inerente ao ser humano enquanto indivíduo, poder-se-á também, de igual forma, identificar necessidades de natureza coletiva, comuns a um largo número de indivíduos, nomeadamente no seio de uma empresa.

Os desenvolvimentos no mundo empresarial são realizados de acordo com esta lógica, ainda que de forma distinta, e tendo em consideração os circunstancialismos de cada um dos seus atores.

Se há alguns séculos o peso da fiscalidade era menos significativo e, em certa medida, visto como uma fatalidade, e por essas razões não constava, em primeiro plano, nas preocupações das grandes empresas no exercício da sua atividade, atualmente esta ideia é seguramente anacrónica.

A própria evolução da realidade económica, no sentido da globalização (Dourado, 2017: 7; Casalta Nabais, 2015: 83), veio criar oportunidades neste âmbito, oportunidades essas que os grupos multinacionais têm maior facilidade em explorar, considerando que o controlo dos factos tributários se torna mais complexo quando estes têm pontos de contacto com várias jurisdições.

O planeamento fiscal é hoje uma necessidade da generalidade das empresas, face ao aumento da carga fiscal a que estão sujeitas num vasto e significativo número de jurisdições, e das significativas diferenças de tributação que daí resultam, sendo mesmo uma função imprescindível nas práticas de boa gestão corporativa.

Assim, assumem especial relevância para a presente dissertação práticas potencialmente classificáveis como de elisão fiscal objetiva, e não de evasão fiscal *stricto sensu*, como se poderá depreender da completa explicação levada a cabo por Xavier (2007: 351-356), mediante

transferência indireta dos lucros obtidos por determinada entidade para uma outra entidade relacionada, os chamados preços de transferência (Dourado, 2017: 44-45), operando através da manipulação dos elementos de conexão entre o facto tributário e determinado ordenamento jurídico tributário.

E é precisamente daquela necessidade que nasce a figura dos preços de transferência, engenho utilizado, sobretudo pelos grandes grupos multinacionais, para deslocalizar os lucros obtidos em determinadas jurisdições para outras jurisdições com regimes fiscais mais favoráveis, por forma a obter uma maior poupança fiscal, através da realização de operações entre as entidades que o constituem em que os preços são artificialmente estabelecidos e sem correspondência aos que são praticados no mercado (Xavier, 2017: 430-431).

O engenho destas entidades veio criar, junto de alguns Estados, uma nova necessidade, a de combater a deslocalização dos lucros que neles são obtidos e a consequente erosão das bases tributáveis dessas empresas nas suas jurisdições. E é, neste contexto, que se justifica o desenvolvimento e a criação do Princípio da Plena Concorrência, enquanto instrumento de defesa das receitas fiscais dos Estados destas práticas abusivas.

Este princípio, que deve os seus mais importantes desenvolvimentos aos trabalhos realizados no seio da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico, doravante OCDE, tem vindo a ser adotado por inúmeros Estados, como é o caso do Estado português que, a título de exemplo, prevê no artigo 63.º do seu CIRC o regime de preços de transferência, baseado no Princípio da Plena Concorrência.

Também no âmbito da União Europeia o *supra* referido princípio foi já indicado como parte integrante do seu ordenamento jurídico, como teremos aliás a oportunidade de referir.

Esta temática tem vindo a ganhar cada vez mais protagonismo, como se denota pelos recentes casos em que a Comissão Europeia veio a identificar a concessão, por parte de alguns Estados-Membros, de Auxílios de Estado contrários ao artigo 107.º do TFUE, auxílios esses concedidos através de acordos celebrados entre os Estados em causa e determinadas empresas que permitiam a estas últimas transferir os lucros obtidos em determinadas jurisdições para outras com tratamentos fiscais mais favoráveis.

Contudo, reconhecidas as virtudes do Princípio da Plena Concorrência, muitas são as dificuldades inerentes à sua aplicação e muitas são as críticas que lhe são apontadas. As

dificuldades operacionais deste Princípio são particularmente visíveis no que diz respeito a pagamentos relacionados com ativos intangíveis, cujo caráter único causa graves transtornos à aplicação daquele às transações entre entidades relacionadas. Baseando-se o referido princípio na comparabilidade das operações realizadas entre entidades relacionadas e operações similares realizadas entre entidades independentes, a sua adequação fica comprometida quando as operações em análise não encontrem outras com elas comparáveis, seja pela configuração da operação ou das próprias entidades envolvidas.

Além desta dificuldade de aplicação do Princípio da Plena Concorrência, surgem ainda obstáculos aquando das correções. A alocação de determinado rendimento a uma entidade, através de uma correção primária, implica que, caso se queiram evitar situações de dupla tributação, o outro Estado, aquele em que se localiza a sociedade à qual tinham sido atribuídos inicialmente os rendimentos, faça também ele uma correção, que neste caso implicará que este abdique de receita fiscal que, no momento prévio à correção, era sua.

O poder de tributar é uma das mais importantes manifestações do poder soberano dos Estados (Casalta Nabais, 2015: 83; Rosado Pereira, 2009: 48) e o conflito gerado por estas correções nem sempre se revela de fácil resolução.

Com a presente dissertação procuraremos realizar uma exposição do longo percurso que este importante princípio tem realizado, atribuindo especial ênfase ao papel que este assume no Direito da União Europeia e procurando realizar uma análise crítica à sua adequação no combate à deslocalização dos lucros por parte dos grandes grupos multinacionais através do recurso a transações entre as diferentes entidades que o integram, bem como a tributação dos rendimentos de ativos intangíveis. Para isso socorrer-nos-emos dos textos legislativos existentes nos diferentes ordenamentos jurídicos, da bibliografia que se revele mais adequada e do trabalho jurisprudencial já realizado nesta matéria.

Face à inexistência de harmonização no seio da União Europeia, no que concerne à tributação direta, este princípio deverá ainda ter um importante papel a cumprir no futuro.

Merecerão destaque a Diretiva da União Europeia 2016/1164 de 12 de julho de 2016, ou «Diretiva Antiabuso», que coloca em primeiro plano o princípio aqui em análise, ou a Comunicação da Comissão 262/01 de 19 de julho de 2016 sobre a noção de auxílio de Estado, nos termos do artigo 107.º n.º 1 do TFUE, em que se vem clarificar que a celebração de acordos

prévios sobre preços de transferência entre as administrações tributárias dos Estados-Membros e determinadas sociedades que não cumpram com as exigências inerentes ao Princípio da Plena Concorrência, poderão consubstanciar verdadeiros auxílios de Estado sob a forma fiscal.

As receitas fiscais continuarão certamente a ser de uma enorme importância para os modernos Estados Democráticos de Direito, que têm a seu cargo a difícil e imprescindível tarefa de garantir onerosos direitos sociais aos seus cidadãos, fazendo surgir na sua esfera a necessidade de proteger essas receitas, face ao engenho dos contribuintes, que motivados pela possibilidade de obter melhores resultados, realizam as mais diversas operações para obter importantes poupanças com encargos tributários. Esta relação dicotômica continuará a estar na origem de novas formas de planeamento fiscal e novas normas de controlo ao mesmo, porque a necessidade continuará a incentivar o engenho a ir um pouco mais longe.

2. Princípio da Plena Concorrência

2.1. O engenho surgido da necessidade: origem e contextualização

Ao contrário do que se possa pensar, a formulação do Princípio da Plena Concorrência não é recente, embora tenha sido nos últimos anos que ganhou maior destaque no Direito Fiscal Internacional.

As práticas de evasão fiscal, por parte de algumas sociedades, nasceram no mesmo momento em que surgiu a tributação que aquelas visam afastar. Um dos métodos utilizados consiste no recurso a operações económicas entre entidades relacionadas para alocar rendimentos e gastos na esfera daquela em que estes se revelem mais convenientes, na medida em que permitam uma maior redução dos encargos fiscais suportados.

Em 1917, perante o aumento do recurso a estas práticas em detrimento das receitas fiscais do Estado, entra em vigor nos Estados Unidos da América o *War Revenue Act of 1917*, em que se veio a conferir ao *Internal Revenue Service* a possibilidade de exigir às entidades relacionadas que realizassem reportes de informação contabilística consolidada. Por esta altura as empresas recorriam mesmo a negócios simulados de maneira a manipular os montantes de rendimentos e gastos que apresentavam e, conseqüentemente, o montante de imposto sobre o rendimento que iriam pagar (Avi-Yonah, 2007).

Com o *Internal Revenue Act of 1928*, as medidas de combate à evasão fiscal foram mais longe. A entrada em vigor deste diploma veio permitir que, nos casos em que se estivesse perante duas ou mais entidades relacionadas, em que uma fosse, diretamente ou indiretamente, detida ou controlada pela outra, o comissário da administração tributária americana realizasse correções, alocando rendimentos ou gastos a uma ou a outra, na medida em que essas correções se revelassem necessárias para afastar os efeitos de práticas evasivas e aproximar a tributação efetiva daquela que seria a tributação sem recurso aos meios artificiosos.

A esta norma estava subjacente, como Avi-Yonah (2007: 3) refere, uma clara preocupação com a questão da evasão fiscal internacional.

Em 1935 veio a adotar-se expressamente o *Arm's Length Standard* que, não sendo denominado por princípio, corresponde ao Princípio da Plena Concorrência e serviria de fórmula orientadora

dos termos e condições em que deveriam ser realizadas as operações económicas entre entidades relacionadas (Eden, 2000: 677).

Contudo a sua densificação, que consistiu essencialmente na construção dos métodos aplicáveis para análise da conformidade de determinada operação com o princípio aqui em discussão, aferindo se esta se encontra no chamado intervalo de plena concorrência, ocorreu apenas em 1968.

O contributo dos Estados Unidos da América nesta matéria é inegável, não só por terem sido responsáveis pelo desenvolvimento dos primeiros passos no que concerne à formulação deste princípio, mas também pela forte influência que assumiram na sua adoção no seio da OCDE.

Ainda assim, a atribuição da formulação deste princípio aos Estados Unidos da América não pode ser feita sem as devidas chamadas de atenção. Ainda que alguns autores, como Avi-Yonah (2007) atribuam a origem deste princípio aos atos legislativos norte-americanos, importa referir também os trabalhos que foram realizados no seio da Sociedade das Nações, organização internacional criada em 1919, que deu os primeiros passos na discussão do tema dos preços de transferência a nível internacional. Em 1928 foi criado o *Fiscal Committee* ao qual viria a ser dada a função de definir os critérios e os princípios que deveriam presidir à alocação, para fins fiscais, dos rendimentos a determinada jurisdição.

Para esse efeito foi constituído um grupo de trabalho, coordenado por *Mitchell Benedict Carroll*, advogado estadunidense, cujo objetivo essencial era o de realizar uma análise à tributação das Empresas Multinacionais.

Este estudo viria a dar origem ao chamado *Carroll Report*, correspondente ao quarto volume do estudo *Taxation of Foreign and National Enterprises*, em que o autor identifica várias metodologias de alocação dos rendimentos para fins fiscais, de entre as quais constava a que ele intitulava de *separate accounting*, que se aproximava já da lógica inerente ao Princípio da Plena Concorrência. Este princípio é aliás, nas palavras de Rosado Pereira (2009: 163) «[...] crucial na concretização do princípio da tributação como entidades independentes».

A influência dos trabalhos desenvolvidos pelos Estados Unidos da América no âmbito da sua legislação interna é, assim, inegável, tendo servido de base em muitos dos trabalhos realizados no seio da OCDE, organização que detém hoje aquele que é, provavelmente, o mais importante papel na divulgação e densificação do princípio (Vogel, 1999: 528).

2.2. A engenharia por detrás do princípio: aplicação

Para explicar o Princípio de Plena Concorrência socorrer-nos-emos das *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, publicadas pela OCDE em julho de 2017. Esta publicação é a última revisão realizada às diretrizes da OCDE de 1979 sobre Preços de Transferência. A utilização desta publicação da OCDE tem por base dois motivos justificativos.

Do ponto de vista cronológico, uma vez que a matéria dos Preços de Transferência e o próprio Princípio da Plena Concorrência foram sofrendo diversas alterações desde o seu surgimento, será conveniente recorrer às mais recentes obras sobre o assunto.

As próprias realidades às quais são aplicadas aquelas regras têm vindo a sofrer importantes mutações, incentivando novos desenvolvimentos neste âmbito.

Quanto ao segundo motivo é, desta feita, relacionado com a escolha da fonte. Optou-se naturalmente pelos trabalhos realizados no seio da OCDE, uma vez que é a esta organização que se devem os mais importantes desenvolvimentos nesta matéria, desenvolvimentos esses que são adotados por um vasto número de Estados na sua legislação doméstica e mesmo por organizações internacionais de cariz regional, como a União Europeia.

Como resulta do ponto 1.2 das diretrizes, os termos e condições em que se realizam as operações entre entidades independentes são definidas em primeira linha pelo próprio mercado.

Fatores como a lei da oferta e da procura vão influenciando os termos em que as entidades independentes realizam as transações entre si.

Estabelece o n.º 1 do artigo 9.º da Convenção Modelo para evitar a dupla tributação da OCDE que

Quando:

- a) uma empresa de um Estado contratante participar, directa ou indirectamente, na direcção, no controle ou no capital de uma empresa do outro Estado contratante; ou
- b) as mesmas pessoas participarem directa ou indirectamente, na direcção, no controle ou no capital de uma empresa de um Estado contratante e de uma empresa do outro Estado contratante, e em ambos os casos, as duas empresas, nas suas relações comerciais ou financeiras, estiverem ligadas por condições aceites ou impostas que difiram das que seriam

estabelecidas entre empresas independentes, os lucros que, se não existissem essas condições, teriam sido obtidos por uma das empresas, mas não foram por causa dessas condições, podem ser incluídos nos lucros dessa empresa e, conseqüentemente, tributados.

Não nos iremos alongar na análise a este artigo, porque será realizada em sede própria, mas é possível retirar daqui a ideia que está subjacente ao Princípio de Plena Concorrência. No essencial, a norma estabelece que os termos e condições praticados nas operações realizadas entre duas ou mais entidades relacionadas, devem ser estabelecidos como se fossem realizados entre entidades independentes, ou seja, como se fossem definidos única e exclusivamente por razões de mercado. Nas palavras de Rosado Pereira, (2009: 164), «[a] análise a efectuar é, portanto, realizada numa base individual, ou seja, de comparação de transacções específicas».

Pese embora se estabeleçam estas prerrogativas, a OCDE alerta para o facto de que as administrações tributárias não deverão tomar este princípio, e a ideia subjacente à sua aplicação, como uma verdade absoluta. Efetivamente, ainda que se venha a verificar que os termos e condições estabelecidos numa operação entre entidades relacionadas não serem aqueles que seriam praticados entre entidades independentes, ter-se-á de verificar que não existem razões financeiras e comerciais que justifiquem esse desvio face ao padrão de mercado, como resulta aliás do ponto 1.5 das diretrizes.

Eventuais desvios, em sede de preços de transferência, face ao que seria praticado entre entidades independentes poderão ter por base motivações que não sejam de natureza fiscal, e alguns desses desvios poderiam até ocorrer mesmo que uma das entidades envolvidas viesse a realizar a mesma operação com uma entidade independente. Todas estas *nuanças* consubstanciam algumas das dificuldades com que os aplicadores deste princípio se deparam, como teremos oportunidade de verificar.

2.3. Adequação do engenho: problemas de operacionalidade

No ponto anterior, tivemos já a oportunidade de alertar para alguns problemas que resultam da aplicação deste princípio. As correções baseadas na identificação de desvios dos termos e condições utilizados numa operação entre entidades relacionadas face aqueles que seriam estabelecidos caso as entidades fossem independentes poderão ter motivações não fiscais, e poderão ter na sua base uma racionalidade financeira e comercial que justifique a realização do negócio com essa configuração.

Esse consta mesmo dos pontos 1.2 e 1.4 das *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*.

Como refere Xavier (2017: 432),

Importa, porém, salientar que as eventuais “deslocações” de lucros nas relações internacionais não obedecem necessariamente a motivos fiscais, podendo ser influenciadas por outros factores, como a existência num dos territórios em presença de incentivos financeiros, restrições cambiais, accionistas minoritários, pressões salariais, exigências de crédito, que podem conduzir a que na estratégia empresarial do conjunto se prefira a alocação de lucros num do que noutra dos territórios em causa.

Não bastará às administrações tributárias identificarem a discrepância, tendo estas ainda de se certificar que não são legítimas.

Também o facto de a comparabilidade ser aferida com base em informação que muitas vezes não é de acesso generalizado poderá ser apontado como um obstáculo à aplicação eficaz deste princípio. Não existe, na grande maioria dos casos uma razão atendível para que as sociedades tornem pública a informação relativa às operações por si realizadas e, como tal, as bases de dados utilizadas para realizar estes estudos comparativos, nomeadamente de *benchmarking*, são relativamente limitadas, além de que nem sempre a informação de que dispõem tem a qualidade necessária para que possa ser utilizada nestes exercícios, como se poderá depreender da leitura do ponto 1.13 das referidas *Guidelines*, problemática também apontada por Rosado Pereira (2009: 178).

De maior relevância ainda é a questão da adequação da aplicação deste princípio a determinados grupos económicos ou a determinadas operações.

Relativamente às dificuldades suscitadas na aplicação deste princípio às operações realizadas por certos grupos económicos, existem casos em que, pela sua dimensão quase ímpar, pelo modelo de negócio assumido ou por outros aspetos relevantes da configuração destes grupos de sociedades, não é possível vislumbrar entidades independentes que realizem operações comparáveis para efeitos de determinação dos termos e condições compreendidos no intervalo de plena concorrência, consideração que a própria OCDE realiza no *supra* referido documento.

Como refere Serfözöová (2017: 26), em determinados mercados, há um domínio por parte de certos grupos económicos, cujas decisões comerciais influenciam a generalidade dos atores,

colocando em causa também a operacionalidade do Princípio da Plena Concorrência, na medida em que estas entidades têm a capacidade de influenciar a generalidade do mercado e, conseqüentemente, os eventuais pontos de comparação que poderiam ser utilizados, dando como exemplo a indústria farmacêutica. Também Rosado Pereira sublinha esta questão (2009: 178).

A questão aqui não é tanto a operação, mas sim a entidade que a realiza.

Relativamente às dificuldades relacionadas com a natureza da operação vinculada poderão ter por base diversos fatores.

Por um lado, poderão ser configuradas operações entre entidades relacionadas que dificilmente seriam realizadas entre entidades independentes, uma vez que o que determina a ocorrência dessas transações é precisamente o relacionamento entre essas duas entidades (Freitas Pereira, 2014: 500). Rosado Pereira (2009: 177) refere até algumas operações em que este fenómeno ocorre, como as transações que envolvem «*Royalties*, cedência de *know-how* e assistência técnica».

Neste caso não poderão ser obtidos quaisquer dados acerca dos termos e condições praticados entre entidades independentes, ficando o valor do princípio da plena concorrência no combate à deslocalização de rendimentos claramente prejudicado.

Além disso, existem bens transacionados ou serviços prestados que, pela sua natureza única, não permitem identificar operações entre entidades independentes que sirvam de referência para determinação do intervalo de plena concorrência, ficando o princípio uma vez mais inoperacional.

Este problema é particularmente visível nas operações em que o que estão em causa transações de ativos intangíveis ou prestações de serviços relacionados com estes, em que o *know-how* exigido é muito específico.

A temática dos ativos intangíveis deu lugar, aliás, a numerosos estudos e trabalhos específicos dada a sua complexidade como adiante teremos oportunidade de mostrar.

Face a toda esta problemática, coloca-se a questão de saber se este padrão continua a ser adequado para prosseguir e atingir os objetivos para os quais foi formulado.

A ponderação de alternativas a este princípio ficará para momento posterior, contudo, independentemente dos problemas com que se possa deparar, a sua utilidade é inegável, ainda que não seja adequado à generalidade das operações.

2.4. Promiscuidade dos seus efeitos?

E se fosse o próprio Princípio da Plena Concorrência a conceder aos grandes Grupos Multinacionais espaços de planeamento fiscal que não deveriam existir? A questão parece ser legítima.

As dificuldades que as administrações tributárias enfrentam na aplicação deste princípio, largamente adotado nesta matéria, parecem ser suscetíveis de funcionar como escudo para os próprios contribuintes. Em que medida será legítimo que uma administração tributária defina qual o preço que deve ser estabelecido para determinado ativo que, porventura, não encontra semelhante no mercado, é uma consideração que deve ser feita. Estará este princípio a servir apenas de forma de combate, por parte dos Estados, à erosão das suas bases tributáveis e a deslocalização de lucros para jurisdições com regimes fiscais privilegiados, ou poderá também, em determinadas circunstâncias, a suprir também a necessidade de planeamento fiscal por parte de determinados contribuintes?

Em casos extremos, como os de determinados ativos intangíveis, pode por vezes passar a ideia de que este princípio poderá mesmo servir de argumento para questionar correções feitas pelas administrações tributárias.

Os esforços realizados têm sido, essencialmente, no sentido de estudar novas formas de abordar o princípio de maneira a adaptar as suas prescrições às realidades económicas perante as quais surgem os problemas de aplicação.

Em determinados casos talvez se justifique o abandono deste princípio e a adoção de novos critérios de alocação dos rendimentos e gastos no seio dos grupos económicos, contudo esses critérios alternativos têm de ser previamente identificados. Independentemente das dificuldades de aplicação com que o princípio se possa deparar, em última análise, mesmo no que diz respeito a operações que tenham por objetivo ativos de avaliação complexa, este continuará a servir de limite à prática de eventuais abusos por parte dos grupos de empresas multinacionais.

O que é certo é que, tal como referem Saint-Amans e Russo (2016: 236), com a crise económica parece que a própria opinião pública se generalizou no sentido de considerar que as próprias regras internacionais sobre tributação dos rendimentos das sociedades conferem espaço para comportamentos evasivos.

3. Princípio da Plena Concorrência na OCDE

3.1. OECD Model Tax Convention on Income and on Capital

Tal como foi referido anteriormente, o regime relativo aos preços de transferência encontra-se plasmado no artigo 9.º da Convenção Modelo da OCDE, publicada pela primeira vez em 1977, embora remonte a 1963 (Machado e Costa, 2016: 182), modelo largamente adotado a nível internacional na celebração de convenções para evitar a dupla tributação internacional, e o qual serve também de base às convenções celebradas por Portugal (Xavier, 2007). Além desta opção portuguesa, importa também referir que esta assume grande relevância no seio da União Europeia, tendo sido fonte legitimadora de algumas das opções ou decisões do Tribunal de Justiça, tal como refere Dourado (2010: 129).

Esta Convenção Modelo nasceu da necessidade que os Estados tinham de, num contexto de crescente globalização, proteger as suas bases tributáveis, sem que fossem criadas situações de dupla tributação internacional que se traduziriam numa tributação injusta para os contribuintes, as empresas multinacionais que neles operavam.

Aliás, a preocupação com a proteção das bases tributáveis está plasmada na alteração do nome da Convenção Modelo, alterado com a revisão de 1991, abandonado a denominação de «Convenção para a Eliminação da Dupla Tributação Internacional», tomando uma designação mais abrangente, a «Modelo de Convenção para Evitar a Dupla Tributação Internacional e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento» (Dourado, 2017: 38).

Assim, com esta convenção nasceu o artigo 9.º aqui em discussão e que transpomos em seguida.

Artigo 9.º Empresas associadas

1 — Quando:

- a) Uma empresa de um Estado Contratante participe, direta ou indiretamente, na direção, no controlo ou no capital de uma empresa do outro Estado Contratante; ou
- b) As mesmas pessoas participem, direta ou indiretamente, na direção, no controlo ou no capital de uma empresa de um Estado Contratante e de uma empresa do outro Estado Contratante; e, em ambos os casos, as duas empresas, nas suas relações comerciais ou financeiras, estejam ligadas por condições aceites ou impostas que difiram das que seriam estabelecidas entre empresas independentes, os lucros que, se não existissem essas

condições, teriam sido obtidos por uma das empresas, mas não o foram por causa dessas condições, podem ser incluídos nos lucros dessa empresa e tributados em conformidade.

2 — Quando um Estado Contratante inclua nos lucros de uma empresa desse Estado — e tribute nessa conformidade — os lucros pelos quais uma empresa do outro Estado Contratante foi tributada nesse outro Estado, e os lucros incluídos deste modo constituam lucros que teriam sido obtidos pela empresa do primeiro Estado mencionado, se as condições estabelecidas entre as duas empresas tivessem sido as condições que teriam sido estabelecidas entre empresas independentes, esse outro Estado, se concordar que o ajustamento efetuado pelo primeiro Estado mencionado se justifica tanto em termos de princípio como em termos do respetivo montante, procederá ao ajustamento adequado do montante do imposto aí cobrado sobre os referidos lucros. Na determinação deste ajustamento serão tomadas em consideração as outras disposições do presente Acordo e as autoridades competentes dos Estados Contratantes consultar-se-ão, se necessário.

Do n.º 1 do artigo aqui em análise resulta que, quando se esteja perante empresas relacionadas, que realizem operações financeiras ou comerciais entre si, é possível ao Estado Contratante proceder a correções contabilísticas a essa entidade e tributar em conformidade com as correções realizadas, se este verificar que os termos e condições, e obviamente os preços, praticados não correspondem aqueles que seriam praticados entre empresas independentes em condições normais de mercado.

Xavier (2017: 444) identifica quatro requisitos essenciais para que o regime em causa opere.

O primeiro requisito prende-se com o nexo de interdependência, como o próprio autor refere, entre as empresas.

Esta interdependência resulta precisamente da existência de uma situação de direção, controlo ou participação, seja esta de forma direta ou indireta, de uma empresa face à outra, ou da submissão das empresas em causa à direção, controlo ou participação de uma outra empresa, comum às primeiras. Esta é a estrutura do nexo de interdependência de que fala Xavier (2017: 444). Também Vogel (1999: 523) identifica o facto de se estar perante empresas relacionadas como um dos requisitos de aplicação, mas autonomiza a estrutura da natureza, não considerando estas como duas realidades do mesmo elemento, mas sim como pressupostos autónomos.

Além da estrutura, é ainda necessário considerar a natureza da interdependência, que será a existência de operações comerciais ou financeiras entre estas, que não respeitem as imposições do Princípio da Plena Concorrência. Este é para Vogel (1999:523) o segundo requisito.

O segundo requisito, ao qual o autor chama elemento de estraneidade, exige que as empresas em causa estejam sujeitas a ordenamentos tributários diferentes entre si, conferindo relevância à manipulação do elemento de conexão.

Em terceiro lugar, Xavier (2017: 445-447) identifica a necessidade de existir uma vantagem anormal que resulte das operações. A vantagem será sempre a obtenção de uma vantagem fiscal.

A expressão anormalidade deve ser entendida precisamente como o afastamento dos termos e condições face aquilo que seriam acordados entre entidades independentes em operações similares. E aqui está a clara influência do Princípio da Plena Concorrência. Este requisito é na sua essência o equivalente ao último pressuposto de aplicação indicado por Vogel (1999:523), que indica precisamente a necessidade de se estar perante uma situação em que uma das empresas deveria ter tido lucros superiores ao que efetivamente apresentou, mas que por força das condições praticadas nas operações em causa não aconteceu. Enfim, parece que Vogel não separa este requisito do nexo causal, que iremos tratar em seguida, e que Xavier parece autonomizar (2017: 445-447).

Finalmente, deverá ainda existir um nexo causal entre a interdependência e a vantagem obtida, caso contrário, não tendo a vantagem origem na interdependência que existe entre as entidades, não fará sentido aplicar a norma em causa.

Caso se verifiquem todos os pressupostos de aplicação do regime em causa, estatui a norma que poderá a administração tributária do Estado Contratante de onde foram transferidos os lucros obtidos proceder à correção contabilística, para fins fiscais, na esfera da empresa relacionada responsável pela transferência dos montantes.

Em sentido inverso, deverá o outro Estado Contratante, da empresa para a qual foram transferidos os lucros, proceder à correção correlativa na contabilidade desta outra empresa caso este considere que as correções são justas, sob pena de se sujeitar os rendimentos a dupla tributação internacional (Raad, 1990: 95), como resulta aliás do n.º 2 do artigo em análise.

Contudo, deverá ser feita a ressalva de que, em muitas das Convenções celebradas por Portugal, se optou por não incluir este segundo parágrafo, como alude Teixeira (2016: 272).

O contribuinte não fica, ainda assim, condenado a deparar-se com a perpetuação de uma situação de dupla tributação, uma vez que poderá recorrer ao procedimento amigável previsto no artigo 25.º da Convenção Modelo, em que se prevê que as administrações tributárias possam entrar em contacto com o objetivo de resolver a situação de dupla tributação causada pela correção primária (Teixeira, 2016: 273). Contudo, em 1979, alertava Wisselink (1979: 49) para o facto de a Convenção Modelo, no seu artigo 9.º, se limitar a dar uma definição geral do Princípio da Plena Concorrência, o que só por si já levanta grande problemas de aplicação relacionados com a falta de densificação.

O relatório do Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE, do mesmo ano, sobre preços de transferência e empresas multinacionais, veio dar um primeiro importante contributo na densificação do princípio, relatório esse do qual nos ocuparemos em seguida.

Esta Convenção Modelo sofreu diversas alterações ao longo dos anos, sendo que a última remonta a 2017 não havendo, contudo, qualquer modificação a registar no que concerne ao texto do artigo 9.º fruto desta alteração (Calçada Pires, 2018: 137-138).

3.2. OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations: 1979

Foi durante os anos 70 que se iniciaram os trabalhos sobre a questão dos preços de Transferência e, conseqüentemente, sobre o Princípio da Plena Concorrência.

Em 1979 foram elaboradas e publicadas as *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises*, as quais tiveram em consideração os trabalhos entretanto realizados na legislação nacional dos Estados Unidos da América, e vieram, até certo ponto, colocar um termo à incerteza e conseqüente discricionariedade que a falta de densificação do Princípio da Plena Concorrência vinha a impor até ali.

O princípio da segurança jurídica assim o impunha, e a inexistência de diretrizes tornava o Princípio da Plena Concorrência difícil de aplicar e prejudicava gravemente a sua operacionalidade.

Uma especial referência relativamente ao facto de ter sido, neste primeiro relatório, expressada a «[...] preferência pelo princípio da plena concorrência e a recomendação da sua utilização pelos grupos multinacionais e pelas administrações fiscais» (Rosado Pereira, 2009: 163).

3.3. OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations: 1995

As diretrizes sobre preços de transferência da OCDE de 1995 procederam à atualização das que haviam sido publicadas em 1979, sendo que aquelas, ao contrário das que lhes serviram de base, tiveram ainda a aprovação por parte do Conselho da OCDE.

Além da respectiva aprovação, as diretrizes sobre preços de transferência de 1995 trouxeram ainda algumas novidades, em matérias cujo teor era limitado ou inexistente na sua primeira versão. Monda (2002: 302) destacam a inclusão de novos pontos que versavam especificamente a questão dos ativos intangíveis existentes no seio de grandes grupos multinacionais, que se tinham revelado particularmente desafiantes para a aplicação do Princípio da Plena Concorrência, pelas dificuldades que suscitavam na análise comparativa.

Estas *Guidelines* viriam a sofrer novas revisões em 2009, 2010 e 2017. A primeira não será analisada por não ser substancialmente tão significativa. A de 2010 merecerá uma breve referência, e a de 2017, por ser aquela que se encontra mais adaptada à realidade económica atual e tem em consideração as problemáticas mais recentes, servirá de base à análise que faremos, de forma sucinta, destas diretrizes.

3.4. OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations: 2010

A 16 de agosto de 2010, foram publicadas as diretrizes sobre preços de transferência revistas, na qual foram realizadas importantes alterações.

Estas alterações recaíram, nomeadamente, sobre os capítulos I a III, tendo sido alterados os critérios a que deve obedecer a seleção do método de preços de transferência mais adequado para aferir o intervalo de plena concorrência.

Até 2010, existia uma hierarquia estabelecida entre os métodos que deveriam ser utilizados, podendo ser utilizado o seguinte, única e exclusivamente, se não fosse possível aplicar o primeiro. Era utilizada uma clara separação entre os chamados métodos tradicionais e os métodos não tradicionais baseados no lucro, dando clara primazia aos primeiros. Depois de

2010, a escolha do método passou a respeitar uma lógica de adequação ao caso concreto, como a jusante teremos oportunidade de explicar com maior pormenorização.

Além desta importante alteração, foram ainda realizadas alterações às recomendações existentes quanto à aplicação dos métodos não tradicionais e à análise de comparabilidade, e acrescentado um capítulo referente a reestruturações societárias.

3.5. OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations: 2017

Em 2017, a OCDE procedeu à realização daquela que é, até ao momento, a última revisão das diretrizes sobre preços de transferência. Esta revisão surgiu na sequência do *action plan on Base Erosion and Profit Shifting*, doravante BEPS, que teremos oportunidade de apresentar mais detalhadamente em momento posterior.

À semelhança do que havia ocorrido com a revisão de 2010, também esta revisão, agora em análise, trouxe consigo importantes alterações.

As alterações prendem-se, nomeadamente, com as ações 8 a 10 do referido plano de ação, cujo objetivo seria o de alinhar os resultados decorrentes dos preços de transferência com a criação de valor dos respetivos ativos em análise, como por exemplo o caso dos intangíveis cujo valor seja de difícil cálculo.

Foram também realizadas alterações relacionadas com as novas regras respeitantes à documentação relacionada com os preços de transferência, e algumas alterações pontuais e determinados pontos das diretrizes.

Com esta revisão, a OCDE voltou a dar um voto de confiança ao Princípio da Plena Concorrência no que concerne à resolução de problemas relacionados com os preços de transferência de ativos intangíveis.

Em maio de 2018, a OCDE deu a conhecer no seu *site* a pretensão de iniciar nova revisão às diretrizes, visando desta vez os capítulos IV e VII, que se referem respetivamente, às práticas administrativas para evitar e resolver litígios de preços de transferência e às considerações especiais relativas às prestações de serviços intragrupo.

3.6. O caráter não vinculativo e a adesão às diretrizes

Não nos iremos debruçar, na presente dissertação, acerca da força vinculativa dos Tratados Internacionais.

As convenções para evitar a dupla tributação internacional serão vinculativas, única e exclusivamente para aqueles que as celebrem. Uma vez que os Estados são entidades dotadas de poderes de soberania, não se lhes poderia impor normas de cariz tributária, sendo necessária uma aceitação ou adoção da parte daqueles.

O que importa verdadeiramente discutir é o caráter vinculativo ou não das diretrizes sobre preços de transferência emanadas pela OCDE.

A OCDE tem 35 países membros, aos quais se juntam mais alguns Estados com o estatuto de observadores. Contudo a Convenção Modelo tem servido de base à celebração de acordos para evitar a dupla tributação entre diversos Estados que nem sempre são Estados relacionados com a própria organização, tal como poderá ser verificado através da consulta do *site* da mesma.

Importa então perceber se as diretrizes emanadas por esta organização internacional têm caráter vinculativo para os seus destinatários.

O § 29 da Introdução à Convenção Modelo poderá dar algumas pistas iniciais, começando desde logo por recordar que os comentários são realizados com a colaboração de inúmeros especialistas da área, nomeados pelo executivo de cada um dos países membros, e por enaltecer a importância dos mesmos para a resolução das questões que possam surgir na aplicação e interpretação da própria Convenção. Contudo, uma vez que não foram concebidos para fazer parte integrante das eventuais Convenções celebradas entre os Estados, não poderão ser legalmente vinculativos.

Se consultarmos alguns dos muitos textos informativos de que a OCDE dispõe, poderemos encontrar alguns comentários à natureza vinculativa, ou não, das diretrizes.

Num desses documentos, datado de junho de 2001, em que a OCDE presta alguns esclarecimentos relativamente às *Guidelines*, é dito que estas são de natureza voluntária, não dispondo de caráter vinculativo. Contudo, refere a mesma organização que «*[t]he Guidelines are non-binding for enterprises. Nonetheless, governments have committed themselves to promoting their observance and effective implementation*». A OCDE recorda que os Estados, em qualquer dos casos, assumiram

um compromisso político e que devem, na medida do possível, procurar garantir a observância destas diretrizes.

Como refere Ferreira (2014: 15-16), a vinculatividade, aqui em discussão, está na base da distinção entre *soft law* e *hard law*, sobre a qual não nos iremos alongar, mas que no essencial nos diz que estaremos perante instrumentos de *hard law* sempre que deles resultem a vinculação dos destinatários, ao passo que os instrumentos de *soft law* não teria força vinculativa, mas «criam expectativas quanto a futuros comportamentos» (Ferreira, 2014: 15-16). A expressão parece-me feliz e explicativa da realidade. Trata-se da expectativa que nasce dos compromissos políticos assumidos pelos diferentes Estados.

Estas *Guidelines*, como já foi referido, revestem grande importância no que toca à resolução de eventuais conflitos de interpretação das Convenções entre os dois Estados Contratantes (Ferreira: 2014, 17).

A Convenção celebrada em 1960, que constituiu a OCDE tem no seu artigo 5.º aqueles que são os atos a que esta organização poderá recorrer para prosseguir os seus objetivos.

Article 5.º

In order to achieve it's aims, the Organisation may:

- a) take decisions which, except as otherwise provided, shall be binding on all the Members;
- b) make recommendations to Members; and
- c) enter into agreements with Members, non-member States and international organisations.

Dos instrumentos ao seu dispor, apenas as decisões são vinculativas, e quanto à Convenção Modelo e aos respetivos comentários optou-se pela configuração de recomendação.

Tal como refere Lasiński-Sulecki (2014: 76), os contribuintes seriam, em primeira análise, os primeiros grandes beneficiados da atribuição de força vinculativa às diretrizes, na medida em que podiam guiar as suas decisões nos termos que as interpretações aí plasmadas indicam, ficando protegidos.

O autor refere ainda (Lasiński-Sulecki, 2014: 76-77) que, embora a falta de força vinculativa conceda às administrações fiscais alguma margem de manobra, sendo positiva a não vinculatividade deste prisma, estas próprias beneficiariam na situação aposta, mais não fosse

pela certeza que atribuiria à sua atuação e pela diminuição dos conflitos com outras administrações fiscais, como consequência de uma interpretação uniformizada.

Entendemos que esta visão tem importantes *nuances*. Efetivamente, a conceção destas diretrizes com força vinculativa poderia trazer alguns benefícios.

Mas, em primeiro lugar, o Princípio da Plena Concorrência, sobre o qual versam, tem inúmeros problemas que continuariam a dar espaço para uma certa discricionariedade. Além disso, as constantes revisões realizadas iriam suscitar algumas questões relacionadas com a aplicação das mesmas no tempo, embora estas possam ser facilmente resolvidas.

Finalmente, pese embora as *Guidelines* tenham efetivamente a participação de todos os Estados-Membros da OCDE e daqueles que estão associados, essa participação é atribuída a especialistas da matéria sobre os quais não recai especiais normas de garantia da sua imparcialidade, o que poderá ser problemático, sobretudo se considerarmos o peso político que os diferentes membros assumem no contexto internacional.

Conclusivamente, a estas *Guidelines* não foi atribuído o valor vinculativo que é inerente à chamada *hard law*. Como refere Lasiński-Sulecki (2014: 68), «[t]he OECD TPGs describe themselves as a non-binding measure not only in their title – which includes the word “guidelines” – but also in their contents». Não se poderão ignorar as expectativas criadas à volta do compromisso político assumido, mas em todo o caso o caráter vinculativo não é uma característica destas diretrizes, ainda que fosse conveniente que lhes fosse atribuído, tomando em consideração as nuances acima referidas.

Como refere Xavier (2017: 153) «[o] peso interpretativo dos comentários não pode, pois, ir além do que se reconhece à melhor doutrina».

3.7. A comparabilidade das transações

O Princípio da Plena Concorrência baseia-se num exercício de comparabilidade entre transações, como já foi dito. Mas essa análise comparativa tem de seguir determinadas regras, ou se quisermos, ter em consideração determinados pressupostos.

Esta análise é realizada tendo em consideração as operações comerciais e financeiras entre as entidades relacionadas, assim como as circunstâncias económicas relevantes em que essas operações são realizadas, e operações realizadas entre entidades independentes, que sejam

semelhantes e que se realizem envoltas por circunstâncias económicas relevantes semelhantes, sem prejuízo de eventuais diferenças poderem ser supridas com o recurso a ajustamentos que se revelem adequados.

É o que resulta do § 1.33 das diretrizes da OCDE.

Para tanto, tal como se refere no § 1.34, é importante que se tenha conhecimento do setor de atuação do grupo multinacional, para melhor se identificarem os fatores que poderão ter relevância, assim como que se identifiquem as estratégias de negócio assumidas, a *supply chain* do grupo, a distribuição das funções pelas diferentes entidades que o integram e os riscos assumidos por cada uma delas.

Os fatores de comparabilidade relevantes, que devem ser identificados nesta análise para garantir que se encontram as operações entre entidades independentes adequadas a aferir os termos e condições que seriam acordados em condições normais de mercado, são enumerados no § 1.36. São estes:

- a) os termos contratuais definidos pelas partes na transação;
- b) as funções que cada parte exerceu no seio da transação em análise, nomeadamente no que diz respeito aos ativos utilizados para a sua concretização e os riscos assumidos;
- c) as características relevantes do bem transmitido ou do serviço prestado;
- d) as circunstâncias económicas das empresas envolvidas e o mercado em que atuam;
- e) A estratégia de negócio delineada por cada uma das partes da transação.

Tal como refere Rosado Pereira (2009: 165), é importante que estes fatores sejam semelhantes nas operações comparadas ou que a influência das diferenças entre eles possa ser devidamente identificada e posteriormente neutralizada com os necessários e adequados ajustamentos.

3.8. Os métodos de Preços de Transferência

3.8.1. Introdução

Para exposição daqueles são os métodos de preços de transferência, recomendados pela OCDE, iremos utilizar a mesma estrutura e ordem que é utilizada nas diretrizes. Esta opção parte da ideia de que será mais conveniente apresentar primeiro aqueles que são os critérios que deverão

ser verificados na escolha do método utilizado e, posteriormente, apresentar cada um dos métodos de forma sucinta.

Estes métodos de preços de transferência são, de maneira simples, como refere Vogel (1999: 529), uma forma de aferir a conformidade de determinadas operações com o Princípio da Plena Concorrência, procurando encontrar ou identificar operações semelhantes, realizadas entre entidades independentes que possam servir de base à análise de comparabilidade.

Estes métodos foram, num primeiro momento, desenvolvidos no âmbito da legislação tributária estadunidense em 1968, nos quais a OCDE se viria a basear na formulação das suas diretrizes (Vogel, 1999: 528).

3.8.2. A seleção dos métodos de Preços de Transferências adequados

Antes da revisão às diretrizes sobre preços de transferência da OCDE, levada a cabo em 2010, existia uma hierarquia que guiava a escolha do método de Preços de Transferência a utilizar, como aliás referimos anteriormente no ponto 3.4.

É importante que se identifiquem os diferentes métodos previstos nas diretrizes. Um primeiro grupo que é composto pelos métodos tradicionais (*traditional transaction methods*) integra os métodos do preço comparável, o do preço de revenda minorado e o do custo majorado. Estes teriam particular utilidade nos casos em que fosse possível identificar uma operação comparável com aquele que está em análise. O segundo grupo é o dos métodos baseados no lucro, ou *transational profit methods*, o qual inclui o método do fracionamento do lucro e o método da margem líquida da operação.

Como resultava da versão das diretrizes de 2009, § 2.49 do capítulo II, estava estabelecida uma preferência pelos métodos tradicionais face aos métodos baseados nos lucros, constando expressamente que os «[...] *traditional transaction methods are preferable to other methods*», ficando o recurso a outros métodos de determinação do intervalo de plena concorrência limitado às situações em que a utilização dos métodos tradicionais não fosse possível, ou seja, quando não existisse informação, ou esta não fosse fiável, que permitisse encontrar operações comparáveis.

As alterações realizadas ao capítulo II, operadas com a revisão de 2010, vieram afastar esta primazia dos métodos tradicionais face aos restantes.

Atualmente, na versão de 2017 das *Guidelines* pode ler-se logo no § 2.2 do capítulo II que a seleção do método de preços de transferência a utilizar será feita tendo em consideração as circunstâncias específicas do caso concreto. Continua o mesmo parágrafo com a referência de que, para proceder a esta seleção dever-se-á que considerar várias questões, como a existência, ou não, de informação fidedigna, o grau de comparabilidade entre as operações e adequação do método de acordo com a natureza da operação e a realidade funcional de cada uma das entidades.

Em certa medida, a preferência pelos métodos tradicionais mantém-se, como se poderá verificar com a leitura do § 2.3, mas apenas nos casos em que a sua aplicação se revele tão adequada quanto a dos alternativos, dando ainda primazia, dentro dos métodos tradicionais, ao método do preço comparável de mercado, em iguais circunstâncias.

Do § 2.9 resulta ainda que as empresas multinacionais poderão recorrer a métodos alternativos aos listados nas diretrizes da OCDE, desde que nenhum destes métodos se revele mais adequado, devendo para efeitos de prova documentar o porquê de os restantes não se terem revelado adequados.

Finalmente, no § 2.12 refere-se ainda que, pese embora a definição do intervalo de plena concorrência não dependa da aplicação de mais que um método para uma operação em específico, fica à discricionariedade do contribuinte o recurso a mais do que um método, se entender que daí resultará melhor fundamentação para a sua política de preços de transferência.

3.8.3. Explicação dos métodos de Preços de Transferência

De seguida, apresentaremos os traços gerais e eventuais vantagens de cada um dos métodos para que possamos compreender como se reflete, em concreto, o Princípio da Plena Concorrência.

3.8.3.1. Método do preço comparável de mercado

Este método consiste na comparação entre o valor cobrado a título de contraprestação da venda de um bem ou da prestação de um serviço, no seio de uma operação realizada entre entidades relacionadas, com o preço praticado numa operação similar entre entidades independentes. Caso exista alguma discrepância entre os preços estabelecidos numa e noutra, poder-se-á estar perante uma operação vinculada que não respeita o Princípio da Plena Concorrência.

Para que a operação seja comparável existem dois requisitos alternativos. O primeiro é que, caso existam diferenças entre a operação vinculada e aquela que serve de comparativo, essas diferenças não poderão ser suscetíveis de afetar o preço de mercado ou que, alternativamente, possam ser realizados os ajustamentos necessários para eliminar os efeitos materiais dessa diferença, tal como resulta do § 2.15 do capítulo II das diretrizes. Este parágrafo vem ainda, uma vez mais, manifestar a preferência pelo recurso a este método.

Tal como resulta do § 2.18, este método será à partida o mais adequado para encontrar o intervalo de plena de concorrência no que diz respeito a transações de bens corpóreos, realçando no § 2.20 que será particularmente relevante que as características economicamente relevantes dos bens envolvidos nas operações em análise sejam semelhantes, assim como as condições estabelecidas no contrato, nomeadamente o número de unidades, período durante o qual se deverá desenrolar o contrato, métodos de pagamento, entre outros.

Naturalmente que se deverá também considerar também a data das transações, uma vez que o passar do tempo provoca constantemente alterações nos preços dos produtos, ressalva que é feita no § 2.22.

3.8.3.2. Método do preço de revenda minorado

É o preço de revenda de determinado produto, praticado por uma entidade que o havia adquirido a outra entidade relacionada, que serve de base à aplicação deste método. Em seguida, subtrai-se a esse preço uma margem de lucro bruta, que incluiria assim todas as despesas operacionais incorridas para a realização da revenda, assim como a respetiva margem de lucro, que teria de ser definida com consideração aos riscos assumidos pela parte revendedora.

O valor que resulta deste exercício será aquele que corresponde a um preço compreendido no intervalo de plena concorrência, devendo ainda, para o efeito, ter-se em consideração outros custos afetos à compra inicial, como os relacionados com obrigações fiscais.

As operações comparáveis podem ser internas ou externas. Serão internas quando o a margem de lucro do preço de revenda na operação vinculada seja determinada por referência à margem de lucro do preço de revenda praticado pelo mesmo revendedor, em operações comparáveis, com entidades independentes.

Serão externas quando a margem de lucro de referência seja a obtida no âmbito de operações realizadas entre entidades terceiras (§ 2.28).

Ter-se-á, necessariamente, de considerar os riscos assumidos por cada uma das entidades, nomeadamente qual das entidades relacionadas suporta os riscos relacionados com *stocks*, assim como as funções que cada uma delas exerce em todo o processo e ainda o tipo de produtos em causa, para aferir a comparabilidade das operações.

No § 2.32 refere-se que, em determinados casos, poderá ser necessário atribuir maior peso às funções exercidas por cada uma das entidades da operação em análise ou aos circunstancialismos económicos, que ao próprio produto transacionado, de maneira a chegar a uma margem de lucro mais próxima da realidade.

Esta abordagem será mais adequada nos casos em que a entidade revendedora não proceda a alterações, melhorias, significativas no produto transacionado. O § 2.35 indica mesmo que este método encontrará maiores obstáculos à sua aplicação nos casos em que o revendedor tenha realizado alterações ao produto antes da sua revenda, acrescentando, conseqüentemente, valor ao mesmo.

Quando as operações que sirvam de base à análise comparativa sejam operações externas, será ainda necessário considerar a estrutura e as estratégias de gestão da empresa independente, de maneira a perceber se, caso existam diferenças significativas no que concerne àquelas questões, estas são suscetíveis de exercer influência da margem de lucro do preço de revenda, como aliás se extrai do § 2.33 das diretrizes da OCDE.

Outras considerações deverão ser feitas, nomeadamente o lapso de tempo decorrido entre o momento da primeira compra e a revenda, na medida em que este possa ter influência nos termos e condições da última transação. Essa influência poderá ser exercida, a título de exemplo, por alterações no mercado, taxas de câmbio ou custos com gestão de *stocks* (§ 2.36). Finalmente, no § 2.40 chama-se à atenção para a necessidade de verificar se a entidade revendedora dispõe de exclusividade relativamente à comercialização do produto, o que poderá determinar alterações na margem de lucro do preço de revenda.

3.8.3.3. Método do custo majorado

Na aplicação do presente método o primeiro passo é determinar os custos em que o prestador de serviços ou vendedor de produtos incorreu na prestação ou transação com a entidade relacionada. Aos custos é adicionada uma margem de lucro ou, como refere o § 2.45, *mark-up*, tomando em consideração a realidade do mercado e as funções a cargo desta entidade. O

resultado deste exercício será considerado um preço conforme o Princípio da Plena Concorrência.

Mais uma vez, encontramos a distinção entre operações comparáveis internas e externas, sendo que o ideal, para determinar o *mark-up*, será recorrer às prestações de serviços ou transações de bens comparáveis, realizadas pelo mesmo prestador, mas naturalmente com entidades independentes.

Tal como ocorre nos métodos anteriores, será necessário que a operação entre entidades independentes, ou mesmo as próprias entidades, revelem diferenças, face aos dados da operação vinculada em análise, suscetíveis de criar variações no *mark-up* ou que, existindo as diferenças, os efeitos das mesmas no *mark-up* possam ser devidamente identificados e neutralizados.

A determinação dos custos nem sempre se afigura fácil, tal como refere o § 2.49, além de que nem sempre os custos serão um bom indicador para aferir a margem de lucro real, como no exemplo dado no mesmo parágrafo, em que se desenvolva um novo produto, de valor avultado, mas em que os custos incorridos foram baixos.

A própria natureza dos custos incorridos pode diferir, e considerações como a de saber se o prestador detém o direito de propriedade sobre os ativos ou se, alternativamente, recorre a contratos de *leasing* são relevantes para aferir a comparabilidade das operações (§ 2.50).

O § 2.52 das diretrizes alerta também para a necessidade de identificar eventuais diferenças nas normas contabilísticas utilizadas, de maneira a perceber se os custos que estão a servir de base de cálculo ao *mark-up* na operação vinculada, são os mesmos que estão a ser considerados nas operações independentes em análise.

Os parágrafos seguintes ocupam-se da determinação dos custos que devem ser considerados e de que forma o devem ser, concluindo depois o § 2.58 que, independentemente de tudo, será necessário que a determinação dos custos, na operação vinculada e nas operações independentes que servem de base à análise comparativa, seja coerente.

3.8.3.4. Método da margem líquida da operação

Este método consiste na definição de uma margem de lucro líquida adequada para a operação, ou operações, vinculadas, tomando por determinadas variantes, como por exemplo os custos (§ 2.64).

Face à semelhança com os últimos dois métodos tradicionais apresentados, a aplicação deste método segue uma lógica semelhante. Também aqui se poderá tomar por base operações independentes internas ou externas, nos termos acima descritos.

Nos casos em que a operação vinculada envolva contribuições únicas e de valor acrescentado significativo da parte de cada uma das entidades vinculadas, este método não será, à partida, o mais adequado, sendo a sua aplicação mais adequada aos casos em que nenhuma, ou apenas uma das partes, realizam essas contribuições. No caso em que apenas uma o faça, sugere o § 2.65 que se deverá proceder à análise da outra parte, por ser significativamente mais fácil.

Nos parágrafos 2.68 a 2.73 são apresentados alguns pontos positivos e negativos do método em causa. A primeira vantagem deste método que se destaca é a maior impermeabilidade dos indicadores da margem de lucro líquida, como o retorno dos ativos, às diferenças entre operações do que os preços praticados, enquanto indicador na aplicação do método do preço comparável de mercado. Além disso, este método também é menos influenciado pelas diferenças funcionais das entidades, no seio das operações vinculadas e independentes, do que aqueles que se baseiam na margem de lucro bruta.

Por outro lado, existem outros fatores, referidos nos parágrafos 2.74 a 2.81, que exercem influências significativas na margem de lucro líquida que não o fariam nos outros métodos acima referidos ou, pelo menos, não o fariam com a mesma intensidade.

Os parágrafos seguintes (2.82 a 2.113) fazem uma apresentação extensa de vários aspetos a ter em consideração na aplicação deste método e na determinação da margem de lucro líquida da operação, complementando no final com alguns exemplos da sua aplicação.

3.8.3.5. Método do fracionamento do lucro

O primeiro passo a realizar neste método é identificar aquilo que as diretrizes nomeiam como *combined profits*, ou seja, o conjunto dos lucros obtidos por ambas as entidades nas transações vinculadas. Logo no § 2.114 esclarece-se que a menção a lucros deverá ser entendida como incluindo também as perdas em que algumas das entidades tenham eventualmente incorrido na transação. Os parágrafos 2.130 a 2.137 fornecem diretrizes relativamente à forma como deverão ser determinados os *combined profits*.

Em seguida, é realizada a divisão dos lucros combinados entre ambas as entidades, com respeito pelo que resultaria de uma aplicação do Princípio da Plena Concorrência. Os parágrafos 2.138 a 2.151 são dedicados a esclarecer de que forma se deverá realizar a referida divisão.

Não nos iremos ocupar da análise daqueles, uma vez que o objetivo não será reproduzir na íntegra os aspetos da aplicação do método, mas sim dar a conhecer os seus traços gerais. Contudo, consideramos que, à semelhança do que aconteceu no método anterior, é conveniente apresentar aquelas que são as vantagens e desvantagens deste método, tal como mencionadas nas diretrizes sobre preços de transferência da OCDE, que é o que faremos em seguida.

As diretrizes, no seu § 2.115, indicam que a maior vantagem do método do fracionamento do lucro é o facto de dar solução aos casos em que estamos perante operações em que existe grande integração entre as entidades, casos em que uma abordagem típica dos métodos unilaterais, que tomam em consideração apenas uma das entidades, não seriam adequados. É também este método que se mostra mais adequado à análise de operações em que ambas as partes envolvidas realizam contribuições valiosas e de carácter único, nomeadamente no que diz respeito à utilização de ativos intangíveis sem comparáveis de mercado.

A existência de informação acerca de operações comparáveis assume naturalmente grande importância, na medida em que é possível através destas perceber qual o contributo que cada uma das entidades independentes considera ter tido na operação entre elas e, assim, perceber também a porção dos lucros que cada uma considerou adequada para si na transação, o que ajudará naturalmente na parte da divisão dos *combined profits*. Quando não seja possível realizar este exercício, o § 2.117 considera ainda uma outra solução, a de realizar a divisão dos lucros considerando as funções que cada uma das entidades exerceu, os ativos que utilizou e os riscos que assumiu na operação vinculada.

Em todo o caso, este método garante que dificilmente ocorrerá uma situação em que a divisão dos lucros da operação vinculada seja realizada de forma completamente desproporcional e mesmo discricionária, uma vez que ambas as entidades são analisadas no âmbito da sua aplicação, tal como referido no § 2.119.

Contudo, este método enfrenta também grandes obstáculos na sua aplicação, dos quais se ocupa o § 2.120. Se é verdade que está muito menos dependente de informação acerca da atividade de outras entidades independentes, o que muitas vezes se mostra um obstáculo nos restantes

métodos, também é verdade que o facto de partir de uma análise a ambas as entidades vinculadas faz com que as administrações tributárias fiquem em muitos casos sujeitas a problemas de obtenção de informação relativamente à entidade estrangeira que esteja em causa.

Além disso, a aplicação deste método depende da determinação das receitas e custos combinados das entidades envolvidas na transação, o que nem sempre se afigura fácil.

3.9. Action plan on Base Erosion and Profit Shifting

3.9.1. Aspetos introdutórios

Para realizar uma explicação acerca dos traços gerais deste plano de ação, é necessário fazer um breve enquadramento, pelo que partiremos do contexto em que este surge. Tal como já foi referido no capítulo introdutório da presente dissertação, a globalização trouxe consigo importantes oportunidades de planeamento fiscal para as empresas multinacionais. Em determinados casos esse planeamento poderá ser realizado mediante utilização abusiva das formas legais e manipulação dos elementos de conexão de determinado facto tributário. A perda de receita fiscal por parte dos Estados, em que as taxas de imposto são mais altas tornou-se uma preocupação latente na sua agenda política.

Estas práticas levam à redução das receitas tributárias, o que acarreta necessariamente prejuízos para a prossecução, por parte dos Estados, dos direitos sociais dos cidadãos, além de tornar ineficiente a finalidade redistributiva do sistema fiscal.

Adicionalmente, geram também problemas concorrenciais, uma vez que as empresas de menor dimensão que, desafiadas pelos circunstancialismos de um mercado muitas vezes dominado pelos grandes grupos multinacionais, são ainda obrigadas a exercer a sua atividade com sujeição a cargas fiscais mais elevadas, considerando que as suas estruturas não lhes permitem, na maioria dos casos, diminuir o seu encargo fiscal por esta via.

Estas e outras razões são mesmo referidas no capítulo introdutório do plano de ação BEPS, como estando na base do seu surgimento.

Os padrões internacionais de tributação das sociedades começaram a ser questionados pelos próprios Estados, que se iam deparando com situações de dupla não tributação geradas por inconsistências nas relações entre as suas legislações domésticas e as convenções internacionais

que haviam celebrado. A própria realidade económica vinha a revelar desenvolvimentos face aos anos anteriores que tornavam premente a revisão destes padrões, face à revolução tecnológica que hoje se encontra em curso, que vem a moldar uma parte significativa dos modelos de negócio adotados. Tudo isto veio criar um ambiente favorável para a proliferação de práticas de planeamento fiscal abusivo, que implicam a erosão das bases tributáveis dos Estados e a deslocalização dos lucros das jurisdições com tributação mais elevada para outras, com uma carga fiscal mais baixa.

Como refere Dourado (2017: 50), o relatório *Addressing Base Erosion and Profit Shifting* parte para os seus desenvolvimentos tendo em mente, desde logo, que o sistema de tributação internacional, nos moldes atuais, não está adaptado ao modelo global de negócios.

Realça, e bem, Lopes Courinha (2014: 3), recorrendo ao próprio relatório *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, o que se pretende «[...] não é a busca de eficiência fiscal que deve ser reprimida ou obstada, mas a artificialidade das respetivas estruturas e/ou falta de substância económica» que estão na base das vantagens fiscais obtidas, alerta que nos apraz também aqui referir. Adicionalmente, Calçada Pires (2018: 178) refere que este projeto surge «[...] visando reforçar a tributação onde se realiza a actividade económica e onde se cria o valor [...]».

Visando combater a referida erosão das bases tributáveis e a deslocalização dos lucros para jurisdições de tributação baixa, ou nula, a OCDE começou a identificar e analisar as realidades económicas cujo tratamento em sede de tributação internacional revelava maiores fragilidades, para, em seguida, construir soluções para os problemas identificados. Foi desse processo que nasceu o relatório *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, que viria a dar lugar ao *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, publicado em julho de 2013, que identificou um conjunto de 15 ações que a organização identificou como essenciais no combate à erosão das bases tributáveis e à deslocalização dos lucros.

Este plano de ação tem a pretensão de servir de base ao desenvolvimento de instrumentos, nacionais e internacionais, que permitissem criar maior coerência entre as diversas jurisdições envolvidas, no que diz respeito à tributação de rendimentos das sociedades, embora, como demonstra Lopes Courinha (2014: 10), Portugal tenha conseguido em larga escala antecipar muitas das medidas que o próprio plano de ação vem recomendar aos Estados e organizações envolvidas.

Não nos iremos debruçar sobre todas as ações previstas no plano, mas tão somente sobre aquelas que versam a aplicação das regras de preços de transferência, por se enquadrarem no âmbito do nosso tema.

Iremos, por isso, abordar as ações 8, 9 e 10 do plano BEPS, que visam garantir a coerência entre os resultados dos preços de transferência e a real criação de valor que decorre das operações, e não à ficção criada por termos contratuais acordados (Calçada Pires, 2018: 188). No fundo, está subjacente a estas ações a pretensão de realinhar a tributação com a substância económica.

3.9.2. Ação 8 – Intangíveis

Esta ação tem por objeto a utilização de ativos intangíveis para finalidade de transferência de lucros por intermédio de preços de transferência.

Como já tivemos oportunidade de referir, o Princípio da Plena Concorrência, que serve de critério delimitador dos preços de transferência nas operações intragrupo, encontra, naquelas que envolvem ativos intangíveis, uma das suas grandes dificuldades de aplicação.

Este foi precisamente um dos problemas identificados no plano de ação, constando desta ação 8 as recomendações da OCDE.

Uma das recomendações foi a de proceder a uma definição clara daquilo que pode ser qualificado como intangível, até porque só uma definição clara e comum à generalidade dos Estados poderá garantir uma abordagem coerente de todas as partes.

Pretendia-se também que os lucros obtidos mediante transmissão do direito de propriedade ou de uso de determinado intangível fossem alocados de acordo com a criação de valor gerada, e que fossem desenvolvidas regras de preços de transferência que tivessem especificamente por objeto *hard-to-value intangibles*.

Finalmente, considerou a OCDE que era também urgente realizar uma revisão às diretrizes sobre preços de transferência no que concerne a este tipo de ativos.

Como resultado, em 2015 foi publicado o relatório final, realizado pela OCDE e denominado *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*, tendo a revisão de 2017 das diretrizes sobre preços de transferência integrado já estas recomendações.

A sua análise será feita a jusante, no capítulo que respeita ao caso concreto dos ativos intangíveis.

3.9.3. Ação 9 – Riscos e Capital

A ação 9 teve em vista essencialmente as operações levadas a cabo no seio dos grupos multinacionais de sociedades que visem alocar determinados riscos a uma empresa do grupo, acompanhada com uma alocação de lucros, como consequência da remuneração da transmissão dos riscos (Panayi, 2016: 641).

Assim, previa a ação que novas regras de preços de transferência fossem criadas, de forma a impedir a transferência de lucros através da realização de operação desta natureza, mediante definição de preços desajustados daquilo que seria a prática imposta pelo Princípio da Plena Concorrência, mediante alinhamento dos preços de transferência com o valor gerado.

3.9.4. Ação 10 – Outras transações de risco elevado

Com esta ação, a OCDE focou-se nas operações vinculadas realizadas entre entidades relacionadas de natureza tal que não ocorrem, ou raramente ocorrem, entre entidades independentes, tornando a análise de comparabilidade pouco fidedigna ou mesmo impossível de ser realizada.

Para esse efeito, considerou a OCDE que se afigurava necessária a clarificação da aplicação dos métodos de preços de transferência, em particular o método do fracionamento do lucro, revisão que foi publicada recentemente, a 21 de junho de 2018, intitulada *Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method*.

A ação 10 identifica também a necessidade de criar regras específicas contra determinados tipos de operações que visem a transferência dos lucros, tais como os pagamentos realizados por serviços de gestão prestados por uma outra entidade relacionada, operações que pela sua natureza não encontram facilmente comparativo entre entidades independentes.

3.9.5. Conclusão

Como é possível perceber pelos desenvolvimentos recentes em sede de preços de transferência, apesar das dificuldades de aplicação e das críticas apontadas, a OCDE mantém a sua confiança no Princípio da Plena Concorrência, questão que procuraremos aprofundar adiante.

Em Portugal os desenvolvimentos nesta matéria levam já largos anos e, como referimos anteriormente, o ordenamento jurídico português cumpre já com algumas das recomendações agora levadas a cabo pela OCDE.

Independentemente dessa antecipação, Portugal terá agora a oportunidade de realizar novos desenvolvimentos de forma mais coordenada, sobretudo com os Estados-Membros da UE.

4. O Princípio da Plena Concorrência no Direito Português

4.1. Adoção internacional nos ordenamentos jurídicos internos

Atualmente fazem parte da OCDE 35 países com o estatuto de membros, sendo que alguns outros mantêm uma colaboração estreita com esta organização, ainda que não assumam aquele estatuto, como se pode aliás retirar do *site* institucional da própria organização.

Dos 28 Estados-Membros que hoje integram a União Europeia, a opção pela adoção de regras de preços de transferência na sua legislação interna, fundadas no Princípio da Plena Concorrência e nas diretrizes da OCDE sobre esta matéria, é generalizada, tal como refere o texto informativo disponível no *site* da União Europeia, *Transfer Pricing in EU context*. Mas a influência dos trabalhos da OCDE não se esgota nos ordenamentos jurídico-tributários dos países membros destas duas organizações, como repara, e bem, Morais (2009: 140).

Portugal, membro ativo da OCDE, optou por integrar no seu ordenamento jurídico uma cláusula especial antiabuso para os preços de transferência, baseada no artigo 9.º da Convenção Modelo da OCDE, e reconhece as diretrizes da OCDE sobre preços de transferência como o mais importante instrumento de interpretação destas regras. O preâmbulo da Portaria n.º 1446-C/2001 é um claro indicador dessa opção quando no seu § 8 sugere o recurso às diretrizes da OCDE nos casos em que a aplicação das regras de preços de transferência se revele mais complexa.

Dourado (2017: 23-24) realça aliás a permeabilidade do ordenamento jurídico-tributário português «às influências dogmáticas e avanços de política fiscal externas», referindo ainda que «[o]s desafios que o Direito Fiscal Português enfrenta são os mesmos que os restantes membros da União Europeia e da OCDE».

4.2. Artigo 63.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

Este artigo do CIRC estabelece nos seus números 1 e 2 que

Artigo 63.º Preços de transferência

1 – Nas operações comerciais, incluindo, designadamente, operações ou séries de operações sobre bens, direitos ou serviços, bem como nas operações financeiras, efetuadas entre um sujeito passivo e qualquer outra entidade, sujeita ou não a IRC, com a qual esteja em situação de relações especiais, devem ser contratados, aceites e praticados termos ou condições substancialmente idênticos aos que normalmente seriam contratados, aceites e praticados entre entidades independentes em operações comparáveis.

2 – O sujeito passivo deve adotar, para a determinação dos termos e condições que seriam normalmente acordados, aceites ou praticados entre entidades independentes, o método ou métodos suscetíveis de assegurar o mais elevado grau de comparabilidade entre as operações ou séries de operações que efetua e outras substancialmente idênticas, em situações normais de mercado ou de ausência de relações especiais, tendo em conta, designadamente, as características dos bens, direitos ou serviços, a posição de mercado, a situação económica e financeira, a estratégia de negócio, e demais características relevantes dos sujeitos passivos envolvidos, as funções por eles desempenhadas, os ativos utilizados e a repartição do risco.

O artigo 63.º n.º 1 do CIRC consagra precisamente o Princípio da Plena Concorrência (Freitas Pereira, 2014: 499), ao referir que os sujeitos passivos de IRC devem nas operações, comerciais e financeiras, que realizem com entidades relacionadas, estabelecer termos e condições semelhantes àqueles que seriam acordados entre entidades independentes em operações comparáveis.

Relativamente à questão de se fazer referência a *termos e condições*, e não *preços*, pese embora se possa considerar a expressão escolhida na norma portuguesa mais correta, do ponto de vista concetual, na prática a opção pela expressão *preços* não traria grandes problemas de aplicabilidade, uma vez que os termos e condições são, em certa medida, secundários, atendendo a que o que realmente releva é a influência que estes potencialmente exercem no preço acordado.

O n.º 2 vem, em seguida, estabelecer de que forma o sujeito passivo poderá determinar os termos e condições que deverá estabelecer nas operações que realize com entidades relacionadas, de maneira a garantir que estes correspondam aos termos e condições que seriam adotados, caso uma operação semelhante fosse realizada entre entidades independentes, em condições normais de mercado.

Os métodos enumerados no n.º 3 correspondem aos recomendados pelas diretrizes da OCDE sobre preços de transferência.

Independentemente das diferenças apontadas, é clara a adoção, por parte do ordenamento jurídico português, do Princípio da Plena Concorrência tal como formulado pela OCDE.

O n.º 4 do artigo aqui em análise enumera, de forma exemplificativa, algumas das situações em que se considera existirem relações especiais entre o sujeito passivo e outra entidade, para efeitos de aplicação do regime do artigo 63.º do CIRC.

Do n.º 12 do artigo 63.º do CIRC decorre ainda que, caso a administração tributária de outro Estado, com o qual Portugal tenha celebrado Convenções Internacionais, realize correções primárias por força das regras de preços de transferência, poderá a Autoridade Tributária realizar as correções correlativas, desde que resulte dessas Convenções essa possibilidade.

4.3. A Portaria n.º 1446-C/2001

Esta Portaria vem densificar a regulamentação em matéria de preços de transferência. Nos seus artigos 13.º a 16.º, são realizadas algumas considerações relativamente às obrigações de informação e documentação, as quais são consideradas imprescindíveis para justificar a política de preços de transferência adotada pelo sujeito passivo.

Logo no preâmbulo do diploma é dada ênfase à necessidade de colaboração da Autoridade Tributária com o contribuinte neste âmbito.

O diploma fornece ainda importantes informações relativamente aos procedimentos relacionados com eventuais ajustamentos correlativos nos seus artigos 17.º e *ss.*

Mas a maior virtude, porventura, da Portaria n.º 1446-C/2001 é a de proceder à densificação das regras relativas à aplicação dos métodos enumerados no artigo 63.º do CIRC, que visam a determinação do chamado intervalo de plena concorrência, dentro do qual os termos e condições contratados nas operações vinculadas deverão ser estabelecidos.

Para aplicação do n.º 2 do artigo 63.º do CIRC, é essencial que sejam identificadas operações comparáveis (Freitas Pereira, 2014: 507). Este exercício não é simples, mas o diploma em análise vem esclarecer algumas das questões, baseando-se naquelas que são as diretrizes da OCDE.

O artigo 4.º da Portaria estabelece as regras que se devem verificar na escolha, por parte do sujeito passivo, daquele que é o método de preços de transferência mais adequado para cada operação relevante para estes efeitos, por forma a conseguir determinar o intervalo de plena

concorrência em que se devem situar os termos e condições a estabelecer nas operações vinculadas.

O artigo seguinte reveste grande importância. Como já foi dito, a análise de comparabilidade entre determinada operação vinculada e uma operação independente é um exercício complexo, uma vez que existem inúmeros fatores suscetíveis de afetar essa comparabilidade.

O artigo 5.º realiza uma enumeração exemplificativa de fatores relevantes para aferir a comparabilidade entre as operações

Artigo 5.º Factores de comparabilidade

Para efeitos do artigo anterior, o grau de comparabilidade entre uma operação vinculada e uma operação não vinculada deve ser avaliado, tendo em conta, designadamente, os seguintes factores:

- a) As características específicas dos bens, direitos ou serviços que, sendo objecto de cada operação, são susceptíveis de influenciar o preço das operações, em particular as características físicas, a qualidade, a quantidade, a fiabilidade, a disponibilidade e o volume de oferta dos bens, a forma negocial, o tipo, a duração, o grau de protecção e os benefícios antecipados pela utilização do direito e a natureza e a extensão dos serviços;
- b) As funções desempenhadas pelas entidades intervenientes nas operações, tendo em consideração os activos utilizados e os riscos assumidos;
- c) Os termos e condições contratuais que definem, de forma explícita ou implícita, o modo como se repartem as responsabilidades, os riscos e os lucros entre as partes envolvidas na operação;
- d) As circunstâncias económicas prevalentes nos mercados em que as respectivas partes operam, incluindo a sua localização geográfica e dimensão, o custo da mão-de-obra e do capital nos mercados, a posição concorrencial dos compradores e vendedores, a fase do circuito de comercialização, a existência de bens e serviços sucedâneos, o nível da oferta e da procura e o grau de desenvolvimento geral dos mercados;
- e) A estratégia das empresas, contemplando, entre os aspectos susceptíveis de influenciar o seu funcionamento e conduta normal, a prossecução de actividades de pesquisa e desenvolvimento de novos produtos, o grau de diversificação da actividade, o controle do risco, os esquemas de penetração no mercado ou de manutenção ou reforço de quota e, bem assim, os ciclos de vida dos produtos ou direitos;

f) Outras características relevantes quanto à operação em causa ou às empresas envolvidas.

Estes fatores podem ser facilmente reconduzidos aos indicados nas diretrizes da OCDE, o que prova uma vez mais a adoção das recomendações daquela organização.

Recorremos ao Processo n.º 844/2014-T, do CAAD, de onde extraímos os fatores considerados por um sujeito passivo para realizar um levantamento das operações independentes comparáveis, tendo este sido sujeito a escrutínio e considerado adequados, apenas para colocar estes fatores em análise.

Para o efeito importa desde logo identificar o sujeito passivo em causa.

O sujeito passivo, requerente no Processo acima identificado, é uma Sociedade Anónima que se dedica à produção e venda de vinho do Porto. Esta Sociedade realizou operações vinculadas com uma entidade estrangeira, sediada em *Jersey*, tendo vendido a esta última algumas garradas de vinho do Porto, com especificidades relevantes.

Para aferir a conformidade destas operações com o Princípio da Plena Concorrência tentou então identificar operações independentes comparáveis, recorrendo a uma base de dados denominada SABI, da qual constava informação relativa a mais de um milhão e meio de empresas localizadas na Península Ibérica.

Em primeiro foram selecionadas apenas as que apresentavam o mesmo Código CAE que a requerente, correspondente ao «comércio por grosso de bebidas alcoólicas».

Foram aceites apenas empresas em atividade e que não dispunham de contas consolidadas, para afastar todas as que pertenciam a grupos económicos e que por isso exercem também elas algumas operações vinculadas.

Foram excluídas associações e cooperativas por terem fins estatutários diversos dos que as sociedades comerciais têm.

Rejeitaram-se ainda as entidades que não tinham sede em Portugal, como a requerente, atribuindo assim alguma relevância à localização também.

Selecionaram-se apenas as empresas em que os rendimentos operacionais no último ano com dados disponíveis atingiram os três milhões de euros, rejeitando pequenas empresas cujas funções exercidas poderiam ser muito distintas.

Foram utilizadas apenas as empresas cuja informação relacionada com os rendimentos operacionais se encontrava disponível para, pelo menos, dois anos dos três anos de referência.

Finalmente, foram ainda identificadas aquelas que transacionavam produtos semelhantes e que exerciam funções similares à requerente.

As soluções adotadas poderiam, ou não, ser melhoradas. Contudo, trata-se apenas de um exemplo dos fatores a equacionar quando se realiza uma análise de comparabilidade entre operações vinculadas e operações independentes.

Nos artigos 6.º a 10.º da Portaria, o legislador procedeu à exposição da forma como se deve aplicar cada um dos métodos, tendo ainda colocado algumas situações em que, no seu entender, a aplicação do método se mostra geralmente adequado.

Não iremos proceder a uma exposição mais densificada, uma vez que estes artigos se baseiam, em traços gerais, nas diretrizes da OCDE, tendo essa exposição sido feita em momento anterior, aquando da apresentação das diretrizes.

4.4. Artigo 138.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

Outro artigo que assume alguma relevância e merece menção é o artigo 138.º do CIRC que regula os chamados acordos prévios sobre preços de transferência. Dispõe o n.º 1 que

Artigo 138.º Acordos prévios sobre preços de transferência

1 — Os sujeitos passivos podem solicitar à Direcção-Geral dos Impostos, para efeitos do disposto no artigo 63.º do Código do IRC, a celebração de um acordo que tenha por objecto estabelecer, com carácter prévio, o método ou métodos susceptíveis de assegurar a determinação dos termos e condições que seriam normalmente acordados, aceites ou praticados entre entidades independentes nas operações comerciais e financeiras, incluindo as prestações de serviços intragrupo e os acordos de partilha de custos, efectuadas com entidades com as quais estejam em situação de relações especiais ou em operações realizadas entre a sede e os estabelecimentos estáveis.

Tal como resulta da norma, esta figura consiste num acordo que pode ser celebrado entre a Autoridade Tributária e um sujeito passivo, visando estabelecer, em momento anterior à verificação de determinada operação entre entidades relacionadas, o método, ou métodos, adequados a assegurar que os termos e condições dessa operação se encontram dentro do chamado intervalo de plena concorrência. Como refere Almeida Silva (2013: 21), «[t]rata-se de

um instrumento voluntário de resolução prévia de questões de preços de transferência», que permite assim «evitar o prolongamento do litígio e o desfecho incerto, se o caso for a tribunal» (Dourado, 2017: 96).

Como complemento a este artigo, existe ainda a Portaria 620-A/2008, de 16 de julho, que regula essencialmente o procedimento a verificar para realização destes acordos.

4.5. Conclusões

O ordenamento jurídico português é fortemente influenciado, no que diz respeito a regras de preços de transferência, pelos trabalhos realizados no seio da OCDE. Não só na adoção do Princípio da Plena Concorrência critério, mas também na forma de verificação da conformidade das operações com este princípio, sendo mesmo reconhecida a importância das diretrizes da OCDE sobre preços de transferência como instrumento de interpretação e aplicação das regras de preços de transferência.

5. Princípio da Plena Concorrência no Direito Comunitário

5.1. Aspectos introdutórios

O Direito da União Europeia tem uma importância primordial para os seus Estados-Membros. A entrada na organização traduziu-se, para todos eles, numa perda de soberania em determinadas matérias, de entre as quais destacamos a tributária, por ser aquela sobre a qual versa a presente dissertação.

O princípio do primado do Direito da União Europeia (Machado e Costa, 2016: 110) implica que este deva ser encarado como limitativo do Direito nacional dos Estados-Membros, na medida em que os órgãos legislativos nacionais devem abster-se de produzir legislação contrária aos Tratados e os órgãos judiciais nacionais são obrigados a desaplicar todas as normas internas que se revelem contrárias ao Direito Comunitário.

Em matéria de IVA a harmonização é já bastante acentuada, ainda que não esteja completa e os Estados-Membros tenham assim alguma flexibilidade (Celorico Palma, 2012: 7-11). Contudo, no que diz respeito a impostos diretos, como nomeadamente a tributação dos rendimentos das sociedades, os Estados-Membros mantêm a sua competência (Machado e Costa, 2016: 111), ainda que sujeita a limitações impostas pelo Direito da União Europeia, ficando qualquer alteração, ao nível da UE e neste domínio, dependente da regra de unanimidade.

A falta de harmonização entre os ordenamentos jurídico-tributários dos Estados-Membros, no que concerne à tributação direta das sociedades, tem proporcionado graves inconsistências (Dourado, 2017: 47) que, por sua vez, dão lugar a diversas formas de planeamento fiscal abusivo. Contudo, a harmonização no que toca a tributação direta é um tema muito sensível para a maioria dos Estados e tem sido boicotada, como referem Machado e Costa (2016: 33) «[...] por Estados de baixar tributação (v.g. Irlanda, Reino Unido) e de alta tributação (v.g. Dinamarca, Finlândia, Suécia)».

As motivações poderão ser diversas, desde a simples vontade de manter alguma competência no que concerne a essa área de tributação, até à preocupação pela sustentabilidade dos Estados sociais que vigoram em determinados países ou pela competitividade do país no que concerne à capacidade de captação de investimento. Como aliás referiu Santos (1999:9), continuando a

afirmação a afastar-se do anacronismo, «[n]um mundo de economias globalizadas, abertas, interdependentes, assume grande relevo o fenómeno da competitividade das nações [...]».

O que é certo é que a harmonização neste domínio tem sido, contrariamente ao que ocorreu com o IVA, bastante moderada. Face à indisponibilidade dos Estados-Membros, a Comissão Europeia viu-se obrigada a pensar em meios alternativos, passando a recorrer a instrumentos de *soft law*, que acabam por servir de fator impulsionador (Dourado, 2010: 224; Carolis, 2013: 309).

Mas face ao exposto, considerando a falta de harmonização e de vontade política da parte de alguns Estados, importa perceber em que medida o Princípio da Plena Concorrência se impõem aos Estados-Membros através da UE. Iremos, para o efeito, assinalar os momentos que marcam a sua aparição neste ordenamento jurídico e, em seguida, procurar dar a conhecer as suas implicações.

Refere Anson (2017: 14) que, «[t]he earliest evidence of the recognition of the ALP in EU Taxation is in *Lankhorst-Hobrost*, *SGI* and *Test Claimants in the Thin Cap Litigation Group* cases».

No caso *Lankhorst-Hobrost*, relativo ao acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de dezembro de 2002, Processo C-324/00, estava em causa, de forma muito redutora, a liquidação de imposto sobre o rendimento das sociedades pela administração tributária alemã com base numa norma interna que constava do *Körperschaftsteuergesetz*, a lei que previa o regime do imposto sobre o rendimento das sociedades comerciais.

A norma em causa, e cuja conformidade com os Tratados estava em análise, era o § 8a que no seu n.º 1 estabelecia que a

«A remuneração do capital externo que uma sociedade de capitais, sujeita a tributação sem qualquer limitação, tenha recebido de um sócio sem direito a crédito de imposto que, no decurso do exercício em causa, tenha detido uma participação substancial no capital social inicial da sociedade, será considerada uma distribuição encoberta de dividendos quando:

[...]

Haja sido acordada uma remuneração por referência a uma fracção do capital e o capital externo seja mais de três vezes superior ao capital próprio correspondente à participação do referido sócio no decurso do exercício, a menos que a sociedade tivesse podido obter o referido capital externo de outra entidade terceira em igualdade de condições ou se o capital

externo constituir um empréstimo destinado a financiar operações bancárias habituais.

[...]»

Acerca do n.º 1 o Tribunal de Justiça pronunciou-se no sentido de este se consubstanciar numa violação à liberdade de estabelecimento, como resulta do § 32 do acórdão, na medida em que suscita casos em que determinada filial, residente na Alemanha, corre o risco de ver tributada a remuneração paga por entradas de capital, com origem na sua sociedade-mãe, a título de distribuição oculta de dividendos, única e exclusivamente pela razão da sociedade-mãe estar localizada no estrangeiro, ao passo que a remuneração paga por uma filial residente à sua sociedade-mãe, igualmente residente em território alemão, não será sujeita a esta tributação em igualdade de circunstâncias.

O Governo da Alemanha e o Governo do Reino Unido, invocaram como um dos argumentos para a existência daquela norma em concreto a «necessidade de garantir a coerência dos regimes fiscais aplicáveis», como resulta do § 39 do acórdão, especificando posteriormente que se referiam à necessidade de garantir a conformidade das operações de capitalização externa com o Princípio da Plena Concorrência. Embora o Tribunal de Justiça reconheça essa necessidade, respondeu que no caso em apreço a norma não era direcionada para o efeito.

Seguiu-se o caso *Test Claimants in the Thin Cap Litigation* de 13 de março de 2007, Processo C-524/04, em que o Governo do Reino Unido vem defender que, ao contrário do que ocorreu com a legislação alemã no acórdão anterior, as normais nacionais sobre subcapitalização visavam diretamente o combate à evasão fiscal através da criação de expedientes puramente artificiais, e que a sua legislação é proporcional e adequada à finalidade subjacente, uma vez que a medida versava apenas operações que não respeitassem o Princípio da Plena Concorrência, tal como resulta do § 71 do acórdão.

O Governo do Reino Unido referiu aliás que a aplicação do Princípio da Plena Concorrência funcionava como elemento objetivo para determinar se as operações de financiamento em causa eram, e em que medida eram, expedientes puramente artificiais com vista à evasão fiscal, mediante diminuição do lucro por pagamentos remuneratórios dessas operações, por parte das sociedades residentes no Reino Unido, como se expõe no § 81 do acórdão em causa.

Neste caso, o Tribunal de Justiça subscreveu as conclusões do advogado-geral *Ad Geelhoed*, que se pronunciou no sentido de que são necessários dois elementos para que uma legislação nacional, baseada na verificação de elementos objetivos, seja considerada proporcional à

prossecução de finalidade antielisivas. O primeiro é que se possibilite ao contribuinte apresentar provas e justificações de potenciais razões económicas ou comerciais que estejam na base da transação e dos termos estabelecidos, e o segundo, que os ajustamentos, na eventualidade de se confirmar a existência de expedientes puramente artificiais, se limite aquela parte que ultrapassa os termos e condições que seriam estabelecidos entre entidades independentes.

A norma em causa não permitia este «contraditório» e os ajustamentos versavam sobre a totalidade dos montantes pagos, pelo que se concluiu pela sua não conformidade com os Tratados, mas o que importa realçar é esta admissão, em certa medida tácita, da adequação do Princípio da Plena Concorrência para esta finalidade, embora, com o devido respeito, nos pareça forçado falar em reconhecimento da existência deste princípio no ordenamento jurídico tributário da UE.

Atualmente o reconhecimento deste princípio como parte integrante do ordenamento jurídico comunitário é, na nossa opinião indiscutível, mas consideramos que as evidências apresentadas se traduzem mais em considerações acerca da adequação do mesmo, que a um verdadeiro reconhecimento da sua existência no seio do DUE e à inerente vinculatividade para os seus Estados-Membros.

Em seguida iremos então expor o percurso realizado por este princípio no seio da UE.

5.2. O Fórum Conjunto da União Europeia sobre Preços de Transferência

O Fórum Conjunto da UE sobre Preços de Transferência foi criado em junho de 2002 e é constituído por um representante de cada uma das administrações tributárias dos Estados-Membros, 18 membros do setor empresarial e é presidido por uma pessoa independente.

A discussão aberta e o consenso fazem parte dos desenvolvimentos realizados no seio deste Fórum, que procura encontrar e entregar soluções, em matéria de preços de transferência, não legislativas e, como tal, sem força vinculativa, à Comissão. Ainda assim, é desde logo importante realçar que o consenso acaba por se traduzir em compromissos políticos entre os diferentes Estados-Membros, que se encontram devidamente representados.

Foi, em certa medida, o meio encontrado para proporcionar uma aplicação mais uniforme das regras de preços de transferência entre os Estados-Membros, que se baseia em grande medida nas diretrizes sobre preços de transferência da OCDE.

Foram inúmeros os trabalhos realizados no seio deste grupo, que tem permitido afastar as práticas em sede de preços de transferência do anacronismo.

Destacamos aqui trabalhos como o Código de Conduta para a efetiva adoção da Convenção de Arbitragem sobre Preços de Transferência ou a realização de Diretrizes para a realização de Acordos Prévios sobre Preços de Transferência na UE, que serão posteriormente mencionados em sede própria.

5.3. Convenção da UE sobre Arbitragem em Matéria de Preços de Transferência

Um dos problemas subjacentes aos preços de transferência e à aplicação do Princípio da Plena Concorrência, ou às consequências da sua aplicação, é que a correção primária, por parte da Administração Tributária da jurisdição da entidade que transferiu os seus lucros, gera um fenómeno de dupla tributação e, como referimos anteriormente, dificilmente um Estado se mostrará particularmente disponível para abdicar de receita fiscal que à partida seria sua. Assim, o procedimento amigável que resulta do artigo 25.º da Convenção Modelo da OCDE padecerá de naturais dificuldades, uma vez que a sua solução implicará sempre um consenso entre duas partes, com interesses potencialmente opostos, o que deixa o contribuinte numa situação de dupla tributação (Bjornholm, 2016: 534).

Assim, no âmbito da UE, organização que pela sua, já forte, integração se encontram em posição favorável, foram realizados esforços para encontrar soluções que concedessem maior segurança jurídica ao próprio contribuinte e que fossem mais garantísticas.

A Convenção de Arbitragem surge precisamente para eliminar a dupla tributação decorrente dos ajustamentos realizados pelos Estados Contratantes, derivados da desconformidade de determinadas operações com o Princípio da Plena Concorrência (Rousselle, 2005: 15).

Ao proceder ao ajustamento primário o Estado-Membro irá tributar lucros que estarão a ser tributados por outro Estado-Membro também, na esfera da entidade relacionada para os quais esses lucros foram, na ótica do primeiro Estado, indevidamente transferidos. Se o facto de os

interesses dos Estados serem divergentes já é suscetível, por si, de criar um problema (Leite de Campos, 2007), este problema poderá adensar-se na eventualidade de se tratarem de operações em que a análise de comparabilidade de que depende a aplicação do Princípio da Plena Concorrência não se afigure fácil e se revele particularmente equívoca, como nas operações que envolvem ativos intangíveis. O procedimento amigável constante da Convenção Modelo da OCDE ficará nestes casos inviabilizado e o contribuinte verá assim a sua situação particularmente agravada.

A Convenção de Arbitragem foi a solução encontrada para, no âmbito da UE, garantir que os Estados-Membros serão obrigados a eliminar a dupla tributação internacional. Após proposta por parte da Comissão Europeia, surgiu então uma Convenção multilateral, que viria a ser assinada a 23 de julho de 1990, como se extrai da página *web* da Comissão.

Esta Convenção vigorou, primeiramente, durante o período compreendido entre 1 de julho de 1995 e 31 de dezembro de 1999.

Ainda a decorrer o ano de 1999, o Conselho procedeu à alteração da Convenção de Arbitragem, por forma a acrescentar uma cláusula de renovação automática da sua vigência por períodos de 5 anos, renovação essa à qual qualquer Estado-Membro se poderia opor, sendo que o referido protocolo viria a ser ratificado pela totalidade dos 15 Estados que integravam a UE à data apenas em 2004, e a vigência da convenção viesse a retroagir a 1 de janeiro de 2000.

O que importa aqui mencionar é que já em 1990, na convenção multilateral aqui em análise ficou plasmada a adoção do Princípio da Plena Concorrência, que resulta do n.º 1 do artigo 1.º em conjugação com o mesmo número do artigo 4.º. Ainda assim, não se poderá falar aqui de uma adoção expressa, por parte da UE, deste princípio. Esta Convenção foi realizada com o pressuposto de que entre os Estados-Membros já existiam Convenções para evitar a Dupla Tributação, baseadas no Modelo da OCDE, que no seu artigo 9.º adota o mesmo princípio. Não decorre daqui uma vinculação dos Estados ao mesmo, mas também aqui há claros indícios da pronúncia da UE pela adequação deste princípio como critério de decisão em matéria de preços de transferência.

O Fórum Conjunto da UE sobre preços de transferência teve um importante papel na sua implementação. Em primeiro lugar, é de destacar o Código de Conduta para a efetiva implementação da Convenção de Arbitragem de 2006 e, posteriormente, revisto em 2009, que

veio dirigir aos Estados-Membros algumas recomendações no que diz respeito à aplicação da Convenção. Estas recomendações, consistiam em soluções uniformes para a generalidade dos Estados-Membros e signatários da Convenção, nos problemas mais eminentes (Carolis, 2013: 310).

5.4. Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas

Deve ser feito o devido enquadramento, antes de se proceder à exposição do tema em análise. Assim, como referem Santos e Celorico Palma (1999:10), importa ter presente que este Código de Conduta surge num momento em que o tema da concorrência fiscal prejudicial, em particular no que dizia respeito à tributação dos rendimentos das sociedades, ganhava cada vez mais destaque nas agendas políticas dos Estados.

Contudo, e como já referimos anteriormente, ainda existe grande relutância, por parte de alguns Estados-Membros, à harmonização das legislações nacionais, em matéria de tributação direta, através de instrumentos legislativos, vinculativos e por isso redutores do poder de soberania que os Estados ainda detêm sobre o tema, pelo há largos anos que se tomou a posição, no seio da UE, de recorrer a instrumentos de *softlaw*, vistos como os meios alternativos mais em acordo com as pretensões dos Estados, de guardarem para si esta parcela da sua soberania.

O Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas foi adotado por Resolução do Conselho e dos representantes dos Estados-Membros a 1 de dezembro de 1997. Este documento, não tem força jurídica, consubstanciando antes, nas palavras de Santos e Celorico Palma (1999: 16), uma «[e]spécie de *gentlemen's agreement*» integrado como compromisso político».

Aliás, uma das preocupações reveladas pelos autores acima referidos no rescaldo da criação do Código de Conduta era precisamente que este, tendo apenas valor enquanto compromisso político, pudesse vir a revelar-se eficaz face aos Estados que menores poderes políticos demonstrassem no plano internacional (Celorico Palma e Santos, 1999: 17), apreensão que poderá ser vista hoje, pelo menos em nosso entender, como uma verdadeira premonição, por razões que explicaremos mais à frente.

Este Código foi criado com a principal finalidade de combater a referida concorrência fiscal prejudicial, e não tem um tratamento direto, através da identificação e avaliação das medidas

fiscais potencialmente prejudiciais para o funcionamento normal da concorrência. Para este efeito, foi criado o Grupo do Código de Conduta, no seio do Conselho, ainda em 1997.

Deste Código resultaram dois importantes compromissos para os Estados envolvidos que são o que resulta do § C do Código, em que estes se comprometem a não introduzir novas medidas prejudiciais, e o que resulta do § D em que estes assumem o compromisso de analisar as medidas existentes, potencialmente prejudiciais e, caso se verifique que o são, as alterem ou eliminem por forma a respeitar os princípios assumidos no próprio Código de Conduta. São, respetivamente, as cláusulas de *standstill* e *roll-over* como referem Santos e Celorico Palma (1999: 22).

Este Código não diz diretamente respeito aos casos de aplicação do Princípio da Plena Concorrência, ainda assim mereceu referência na presente dissertação por duas razões.

Nas considerações a levar a cabo na avaliação do carácter prejudicial, ou não, de determinada medida, listadas no § B, constam duas que pretendemos destacar.

O n.º 4 do § B refere que, a medida que aplique um método de determinação «[...] dos lucros resultantes das actividades de um grupo multinacional [...]» que se afasta daqueles que são os padrões definidos no plano internacional, como por exemplo ao nível da OCDE, poderá vir a revelar-se prejudicial.

Temos aqui uma referência, ainda que indireta, ao Princípio da Plena Concorrência enquanto critério para aferir se uma medida fiscal nacional é prejudicial.

A segunda razão, é o n.º 5 do § B que indica como indício do carácter prejudicial, para a concorrência, de uma medida fiscal, a falta de transparência na aplicação das disposições legais, quer ao nível legislativo, quer ao nível administrativo.

As recentes decisões do TJUE em matéria de preços de transferência dão conta precisamente da falta de transparência por parte de algumas administrações tributárias na realização dos seus acordos prévios sobre preços de transferência o que não era, em caso algum, o pretendido com a inclusão do § E deste Código de Conduta, em que se pretendia que existisse um dever de troca de informação entre os Estados-Membros relativamente a estas medidas.

Mas também não será aqui que o Princípio da Plena Concorrência, tal como construído e projetado pela OCDE, encontra uma base sólida de consagração no DUE.

5.5. Auxílios de Estado e Princípio da Plena Concorrência

Na Comunicação 2016/C 262/01 da Comissão, sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º n.º 1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, doravante TFUE, é abordada, entre outras, a questão dos auxílios de Estado sob a forma fiscal por intermédio de decisões administrativas em sede de preços de transferência. Impõem-se recordar que, o TFUE integra o «direito constitucional da UE» (Machado e Costa, 2016: 110), e que este regime de proibição de auxílios de Estado, faz parte de uma atuação preventiva de uma real ou potencial concorrência fiscal prejudicial entre os Estados-Membros (Machado e Costa, 2016: 144).

Importa ter presente que esta comunicação surge na sequência de vários casos em que a Comissão identificou medidas que, no seu entender, consubstanciavam auxílios de Estado.

Auxílios de Estado incompatíveis com os Tratados da União Europeia, nomeadamente por não respeitarem não conformidade com o Princípio da Plena Concorrência.

Resulta então do artigo 107.º n.º 1 do TFUE que

Artigo 107.º

1 – Salvo disposição em contrário dos Tratados, são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções.

A medida em análise deverá, em primeiro plano, conceder uma vantagem fiscal à empresa a quem se destina, sendo que este conceito deverá ser interpretado de forma ampla, como parece resultar da análise de Santos (2003: 391-392 e 2015: 188).

Terá de se verificar uma alocação de recursos estatais que resulte na vantagem acima referida (Santos, 2003: 403), o que é facilmente vislumbrado nos casos em que a vantagem concedida está relacionada com questões de tributação.

A medida em análise deverá também ser seletiva, na medida em que não seja acessível, ou não seja acessível nos mesmos termos em que foi concedida à primeira empresa, de forma injustificada a outras empresas concorrentes, resultando no *«favorecimento de certas empresas ou certas produções»* (Santos, 2015: 188).

As trocas comerciais entre Estados-Membros devem ser afetadas pela medida, como refere Santos (2015: 189).

Finalmente, será ainda necessário que esta medida falseie, ou ameace falsear a concorrência (Santos, 2003: 450-452). Nos casos em que sejam concedidas vantagens fiscais a determinada produção, sendo esta possibilidade vedada a outras empresas concorrentes, esta poderá à partida ser suscetível de falsear a concorrência.

No § 169 encontramos um enquadramento da questão. De acordo com o mesmo, a decisão fiscal visa definir, previamente à ocorrência de determinado facto tributário, estabelecer qual o enquadramento jurídico que este virá a ter de acordo com as normas nacionais e internacionais em vigor na jurisdição em causa, tendo em consideração as circunstâncias do caso concreto.

No ordenamento jurídico português é, como referido anteriormente, o artigo 138.º do CIRC que regula a realização destas decisões no que concerne a preços de transferência.

A Comissão Europeia tem, nos últimos anos, realizado grande escrutínio a estas práticas administrativas, por parte das administrações tributárias dos Estados-Membros da UE. Na sequência dessa análise, a Comissão identificou e investigou diversos acordos realizados entre algumas empresas e determinadas administrações tributárias, tendo, num significativo número de casos, emanado decisões em que se pronunciava pela existência de auxílios de Estado incompatíveis com o mercado único, situação agravada pela falta de transparência e publicidade das práticas em causa, como aliás resulta do comunicado de imprensa da Comissão Europeia quando refere que «*[t]he lack of transparency on tax rulings can be exploited by certain companies in order to artificially reduce their tax contribution*». A título de exemplo, considerem-se a Decisão (UE) 2018/859 ou a Decisão (UE) 2017/1283 da Comissão, relativas a auxílios de estatais concedidos pelos Governos do Luxemburgo e da Irlanda à *Amazon* e à *Apple*, respetivamente (Perdigão Borrego, 2016: 201).

Assim, a Comissão veio esclarecer na sua Comunicação que estes acordos devem respeitar o Princípio da Plena Concorrência e as regras sobre auxílios estatais, referindo que nos casos em que a decisão não resulte numa correta aplicação do regime comum entenda-se respeito pelas regras sobre preços de transferência poderá vir a consubstanciar-se na concessão de uma vantagem seletiva à entidade em causa, através de recursos estatais, mediante redução da carga

fiscal da qual não beneficiarão as restantes entidades. É o que resulta, de um modo geral, do § 170.

O próprio Tribunal de Justiça da União Europeia, como refere a própria Comunicação no seu § 171, já se pronunciou no sentido de que, uma decisão que permita a redução da carga tributária por parte de uma entidade, por intermédio de fixação de preços de transferência com entidades relacionadas que não respeitem o Princípio da Plena Concorrência, será um desvio ao regime padrão de tributação e consubstanciará por isso, uma vantagem seletiva para efeitos de aplicação do regime de auxílios estatais na aceção do artigo 107.º n.º 1 do TFUE.

O § 172 dá conta da irrelevância da opção pela adoção, ou não, por parte dos Estados-Membros, do Princípio da Plena Concorrência no seu ordenamento jurídico interno. Daqui decorre que este Princípio integra o Direito da União Europeia e, porventura, o sistema fiscal de cada um dos seus Estados-Membros.

Nesta Comunicação a Comissão refere ainda que, na apreciação da conformidade dos preços de transferência estabelecidos com o Princípio da Plena Concorrência, poderá ter em consideração as diretrizes da OCDE sobre esta matéria.

Finalmente, em jeito conclusivo, são identificadas três fórmulas possíveis para que determinada decisão administrativa, em sede de preços de transferência, por parte de um Estado-Membro possa ser considerada contrária às regras de auxílios estatais, consagradas no artigo 107.º n.º 1 do TFUE.

A primeira é a hipótese em que a decisão aplique erroneamente o direito fiscal interno, que integra necessariamente o Direito da União Europeia, e que daí resulte a redução do imposto devido pela entidade.

Em segundo lugar, serão considerados auxílios estatais também, os casos em que empresas que se encontrem em igualdade de circunstâncias, factuais e jurídicas, sejam impedidas de obter decisão com o mesmo teor.

Finalmente, quando a determinadas empresas, nas mesmas circunstâncias que outras, seja dado tratamento mais favorável que essas outras por via de decisão administrativa, estaremos também perante a concessão de uma vantagem para fins de aplicação do regime do artigo 107.º n.º 1 do TFUE. O § 174 enumera as três situações aqui expostas.

Para este efeito será, naturalmente, essencial que haja transparência na atuação administrativa, de maneira a que os acordos estabelecidos possam ser objeto de escrutínio pelos restantes Estados-Membros e pelos órgãos da União Europeia.

A celebração de acordos prévios sobre preços de transferência tinha sido já versada na Comunicação 2007/71, de 26 de fevereiro, em que, na sequência dos trabalhos realizados pelas atividades do Fórum Conjunto da UE sobre Preços de Transferência, foram realizadas emitidas algumas diretrizes em sede de acordos prévios de preços de transferência.

Consta do § 45 que poderá ser celebrado acordo prévio de preços de transferência unilateral, no qual apenas uma administração fiscal e o contribuinte que o requereu serão partes. Contudo, esta mesma unilateralidade poderia resultar na realização destes acordos sem que as restantes administrações tributárias tivessem conhecimento dos mesmos, pelo menos com o detalhe que lhes interessaria.

Do § 111 da mesma comunicação, é feita uma remissão para o Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas, no qual, no meio das suas considerações acerca dos acordos desta natureza, se referia que os Estados-Membros deveriam trocar automaticamente informações relativas aos acordos prévios sobre preços de transferência unilaterais que tenham celebrado, entre si, desde que se entenda que as administrações tributárias dos outros Estados-Membros sejam interessadas diretas nesse acordo.

O valor deste Código de Conduta, como referem Santos e Celorico Palma (1999: 16), é limitado ao de um «[...] compromisso político [...] não afectando, nessa qualidade, os direitos e as obrigações dos Estados-membros nem as respectivas competências e as da Comunidade [...]». Os autores questionam aliás, como que antevendo, a sua eficácia, face à inexistência de valor jurídico (Santos e Celorico Palma, 1999: 17), o que, em jeito de opinião, se veio a confirmar verdadeiramente, como comprovam as recentes Decisões da Comissão relativas às *rulings* concedidas a determinados Grupos Multinacionais. Como refere Panayi (2016: 649), as *rulings* envolvidas nestes casos não eram dadas a conhecer aos restantes na totalidade dos seus aspetos relevantes.

Tudo isto acabou por influenciar a aprovação da Diretiva (UE) 2015/2376 sobre troca automática de informações, que a seguir trataremos.

Sem prejuízo, a Comissão não deixa de realçar a importância destes acordos (Dourado, 2017: 159), na medida em que não sejam desvirtuadas as suas finalidades.

5.6. A Diretiva (UE) 2015/2376 sobre Troca Automática de Informações

Como referimos, um dos problemas apontados à realização de acordos prévios sobre preços de transferência por determinadas administrações fiscais era o da falta de transparência.

O facto de estes acordos serem celebrados sem que as administrações fiscais dos outros Estados-Membros tivessem conhecimento da sua existência, ou dos moldes concretos em que haviam sido celebrados e, naturalmente, das consequências que daí advinham.

Tendo-se deparado, a Comissão, com diversos acordos celebrados entre algumas administrações fiscais e determinados grupos multinacionais cujo teor, entendeu, traduzia-se na concessão de auxílios de Estado incompatíveis com o mercado único a estas entidades, entendeu aquele órgão da UE realizar uma proposta legislativa que viria a ser adotada pelo Conselho da União Europeia, dando origem à Diretiva (UE) 2015/2376 de 8 de dezembro, que procedeu à alteração da Diretiva 2011/16/UE. Aliás, como parece sugerir Ribeiro, essa alteração surge precisamente como resposta aos *Luxembourg Leaks* (2018: 196).

A propósito da Diretiva 2011/16/UE, relembra Ribeiro (2018: 188) que se trata do limite mínimo no que diz respeito a cooperação entre as administrações tributárias dos Estados-Membros, não ficando estes impedidos de, através de outros instrumentos, estabelecerem regras mais amplas e rigorosas que as plasmadas na Diretiva 2011/16/UE.

Logo nas considerações introdutórias da Diretiva, refere-se no § 1 que se reconhecem as virtudes da realização de «decisões fiscais prévias», mas que não se pode ignorar o facto de estes instrumentos terem sido utilizados para atribuir a determinados Grupos Multinacionais um nível de tributação bastante reduzido e com o montante sujeito a tributação a ser elevado, no país em que o acordo foi realizado, de forma artificial, através da transferência de lucros que tiveram a sua origem na atividade exercida pelo grupo multinacional noutros Estados-Membros, que se veem assim lesados.

Assim, tornou-se premente alterar a Diretiva 2011/16/UE no que respeitava à troca automática obrigatória de informações entre as administrações tributárias dos diferentes Estados-Membros,

que embora já impusesse essa troca de informações em diversos domínios, deixava de fora os acordos prévios sobre preços de transferência.

Até às alterações operadas pela Diretiva (UE) 2015/2376, ficava à discricionariedade do Estado-Membro que celebrava o acordo em causa, decidir quais os Estados-Membros que efetivamente deveriam obter a informação em causa, mas com estas últimas alterações alterou-se essa situação.

Ao artigo 3.º da Diretiva 2011/16/UE, a Diretiva (UE) 2015/2376 veio aditar os pontos 14 a 17 por forma a estabelecer algumas definições, nomeadamente a de acordo prévio sobre preços de transferência.

Além disso, acrescentou-se o artigo 8.º-A que logo no seu n.º 1 estabelece que a autoridade competente de um Estado-Membro, com quem tenha sido celebrado, alterado ou renovado um acordo prévio sobre preços de transferência após 31 de dezembro de 2016 deverá comunicar a informação acerca deste às suas homólogas dos restantes Estados-Membros e à Comissão.

Esta obrigação tem ainda eficácia retroativa, na medida em que essa informação deverá ser igualmente comunicada nos casos em que o acordo tenha sido celebrado no período compreendido entre 1 de janeiro de 2012 e 1 de janeiro de 2017, com determinadas *nuances*.

Aqueles acordos que tenham sido celebrados, alterados ou renovados entre 1 de janeiro de 2012 e 31 de dezembro de 2013, só deverão ser comunicados caso se encontrassem válidos a 1 de janeiro de 2014. Caso o acordo tenha sido celebrado, alterado ou renovado entre 1 de janeiro de 2014 e 31 de dezembro de 2016, deverá sempre ser comunicado, conforme dispõe o n.º 2.

O n.º 3 prevê a abordagem a dar nos casos em que o um acordo prévio seja bilateral ou multilateral, incluindo países terceiros, caso o acordo fiscal internacional preveja que este não pode ser divulgado.

Os números seguintes estabelecem algumas regras do procedimento. O n.º 6 vem estabelecer qual a informação que deve ser transmitida neste âmbito, sendo fácil perceber, pela sua leitura, que a ideia é que o conjunto de informação fornecido seja altamente detalhado, em contraste com as práticas recentes.

Finalmente, o n.º 10 permite aos Estados-Membros solicitarem informação adicional em determinados casos, além da que é automaticamente entregue por força do n.º 6.

Aqui não se poderá identificar qualquer menção expressa ao Princípio da Plena Concorrência, pese embora verse sobre matéria de preços de transferência, ainda assim, a referência a esta Diretiva não poderia deixar de ser feita, face aos recentes desenvolvimentos nas investigações da Comissão Europeia acerca de determinadas *rulings*.

A título de curiosidade, e recorrendo novamente a Ribeiro (2018: 198), a Comissão ficará encarregue de apoiar no desenvolvimento «de um diretório central seguro, ao nível dos Estados-Membros, no qual sejam registadas as informações a comunicar».

5.7. A Diretiva (UE) 2016/1164 ou «Diretiva Antiabuso»

Em julho de 2016 foi publicada a Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, que surge na sequência dos trabalhos realizados no âmbito do plano de ação da OCDE sobre a erosão das bases tributárias e transferência de lucros.

No § 2 do preâmbulo da Diretiva refere-se mesmo que os compromissos assumidos no âmbito daquele plano de ação devem ser considerados como critérios mínimos a implementar por parte dos Estados-Membros.

Face à crescente necessidade de combater a elisão fiscal, suprimir assimetrias e distorções do mercado único para proteger as receitas fiscais de cada um dos Estados-Membros, surgiu a Diretiva aqui em análise, que veio estabelecer regras comuns à generalidade dos Estados-Membros em diversas matérias, nomeadamente, a dedutibilidade dos juros ou o combate às assimetrias híbridas. Conforme Ribeiro (2018: 233), pretende-se acima de tudo «[...] minorar os efeitos nefastos de uma implementação puramente unilateral [...]» das medidas em causa.

Parece-nos conveniente recordar que, tratando-se de uma Diretiva, estamos perante um instrumento que é vinculativo para a generalidade dos Estados-Membros, pese embora não integre imediatamente o seu ordenamento jurídico interno, carecendo de transposição, ainda que esta seja obrigatória para os seus destinatários. Esta é vinculativa, ao contrário do que acontece com os Regulamentos, apenas no que diz respeito ao resultado obtido, ficando a critério de cada um dos Estados-Membros a forma e os meios utilizados para a obtenção desse resultado (Martins, 2018: 499).

A adoção do Princípio da Plena Concorrência como critério para o combate à deslocalização dos lucros está plasmada na configuração de algumas das normas previstas no instrumento legislativo.

Na Proposta de Diretiva do Conselho de janeiro de 2016, que viria a dar lugar à chamada «Diretiva Antiabuso» eram, aliás, referidas várias menções a este princípio.

A primeira referência ao Princípio da Plena Concorrência constava do § 7 das considerações iniciais da proposta, que sugeria que nos casos em que um contribuinte transferisse determinados ativos, ou mesmo a sua residência fiscal, para outra jurisdição, o Estado que se iria ver privado de uma futura tributação de eventuais mais-valias, poderia prever *exit taxes*, tributando a transferência dos ativos como se esta correspondesse verdadeiramente a uma alienação dos mesmos. O princípio é indicado como critério de determinação do valor de mercado dos ativos sujeitos à tributação à saída. Na «Diretiva Antiabuso» esta consideração vem no § 10 das suas considerações introdutórias. No próprio artigo 5.º da Diretiva, o legislador absteve-se de realizar nova menção expressa ao Princípio da Plena Concorrência, pese embora seja reforçada a ideia da determinação do valor dos ativos de acordo com o preço de mercado.

No § 10 relativo às considerações iniciais da proposta, que se refere às chamadas regras *CFC* (*Controlled Foreign Companies*), o Princípio da Plena Concorrência aparece, uma vez mais, como critério de determinação, daquele que seria o ajustamento a realizar e, conseqüentemente, o lucro a atribuir à sociedade-mãe residente do Estado-Membro, em detrimento da sociedade estrangeira controlada por aquela. Tal como refere o mesmo ponto, a tributação dos rendimentos da sociedade controlada, sujeita a baixa tributação, deverá limitar-se ao lucro que lhe foi atribuído por intermédio de uma «transferência artificial», consubstanciando assim uma prática abusiva, sendo que o que seria ou não considerado artificialmente transferido deveria ser determinado através de uma aplicação do Princípio da Plena Concorrência às operações em causa. Na «Diretiva Antiabuso» essa referência foi retirada das considerações iniciais, mas o artigo 8.º n.º 2 estabelece o Princípio da Plena Concorrência como critério de definição dos lucros atribuíveis à sociedade estrangeira controlada.

Na proposta, encontramos ainda uma outra menção ao Princípio da Plena Concorrência que deve ser realçada, uma vez que poderá consubstanciar um novo reconhecimento deste princípio enquanto parte integrante do ordenamento jurídico comunitário. O § 12 das considerações introdutórias da «Diretiva Antiabuso» vem esclarecer que, independentemente da transposição

e aplicação das regras de combate à elisão fiscal que dela resultem, estas não devem afetar o funcionamento do Princípio da Plena Concorrência, quer na ótica de dever de conformidade das operações realizadas pelos contribuintes, quer na ótica do direito de realizar os ajustamentos necessários, por parte das administrações tributárias dos Estados-Membros, nos casos em que se deparem com operações desconformes ao referido princípio.

Em suma, a própria UE voltou a reafirmar a importância do Princípio da Plena Concorrência em determinados casos, consagrando mesmo este princípio a aplicar pelos Estados-Membros, na determinação dos impostos à saída devidos, ou como limitação dos ajustamentos realizados aquando da aplicação das regras *CFC*, o que vem confirmar a sua adoção e vinculatividade, ainda que em termos muito específicos.

5.8. Common Consolidated Corporate Tax Base

Um tema que se afasta do Princípio da Plena Concorrência aqui em análise, mas que é apresentado como alternativa ao mesmo, no seio da União Europeia, é a *Common Consolidated Corporate Tax Base*, ou em português, Matéria Coletável Comum Consolidada do Imposto sobre as Sociedades.

Iremos realizar apenas um enquadramento, uma vez que uma análise mais detalhada ficará para momento posterior, no capítulo 7. da presente dissertação.

Este projeto, se assim o quisermos chamar, foi alvo de proposta de Diretiva, por parte da Comissão, em 2011. A Comunicação da Comissão (COM) 2011 121/4, 2011/008 (CNS) apresentava então em março de 2011, com a divisa «*[m]aking business easier and cheaper*», a Diretiva que propunha então que os grupos multinacionais a atuar na Europa pudessem calcular a sua matéria coletável, ao nível da União Europeia, de forma consolidada. O grupo seria tratado como uma entidade única. Depois de considerados os lucros obtidos em determinados Estados-Membros e apuradas as perdas que tivessem ocorrido nos outros, consolidavam-se os resultados e, em seguida, uma parte dessa matéria coletável seria atribuída a cada um dos Estados-Membros, com base numa fórmula que teria em consideração os ativos, a mão-de-obra e as vendas realizada (Kemmeren, 2011: 208; Machado e Costa, 2016: 151-152).

As regras de cálculo da matéria tributável seriam comuns para todo o grupo, mantendo cada um dos Estados-Membros o direito de definir a taxa a aplicar, como aliás resulta imediatamente da

parte explicativa da proposta apresentada. Além da poupança que a Comissão previa que os Grupos Multinacionais conseguissem ao nível dos custos relacionados com *compliance*, também eram apontadas como principais vantagens deste regime o aumento da segurança jurídica, colocada por vezes em causa pelo facto de estes Grupos de Empresas serem obrigados a conhecer e a cumprir as regras de tributação dos rendimentos das sociedades de 27 países diferentes, à data da proposta, e ainda a eliminação da dupla tributação ao nível da União Europeia.

Contudo, esta proposta não foi aprovada, tendo diversos Estados-Membros revelado reservas quanto à mesma. Aliás, previamente e após a sua apresentação, diversos Paramentos e Governos dos Estados-Membros, assim como académicos e especialistas da área manifestaram a sua posição relativamente à proposta, no sentido da discordância com a mesma (Kemmeren, 2011: 209-210).

Kemmeren (2011: 210) teceu críticas aos opositores da proposta da Comissão, por considerar que a generalidade dos argumentos utilizados nasce de uma tomada de posição focada na oposição de ideias face aos restantes Estados-Membros, ignorando as eventuais vantagens competitivas que este regime poderia trazer para o Mercado Único face aos países terceiros.

O plano de ação BEPS veio relançar a discussão, e no dia 25 de outubro de 2016 foi emitido comunicado de imprensa da Comissão que confirmou uma nova tentativa de implementar a *Common Consolidated Corporate Tax Base*, mas com algumas alterações face à proposta apresentada em 2011.

Em primeiro lugar, a Comissão apresenta agora um discurso mais consistente, ou mais convincente, na medida em que não se focava apenas nas vantagens que este regime poderia entregar aos grupos multinacionais, mas também no potencial contributo que este poderia vir a dar no combate à evasão fiscal, nomeadamente ao retirar qualquer valor, ainda que apenas ao nível da UE, aos preços de transferência.

De acordo com a nova proposta, manter-se-ia a opção de 2011 de calcular a matéria coletável da atividade das empresas multinacionais, ao nível da UE, de forma consolidada e de acordo com regras comuns, nomeadamente no que diz respeito a depreciações ou dedução de gastos, assim como se manteria a determinação da taxa a aplicar a cargo de cada Estado-Membro. Contudo, ao contrário da anterior, em que o regime seria opcional, dependendo de uma decisão

dos contribuintes de lhes ver aplicado o regime, na proposta de 2016 o regime prevê vir a ser obrigatório para os grupos multinacionais a atuar na Europa cujas receitas ultrapassem os 750 milhões de euros anuais (Machado e Costa, 2016: 152).

De acordo com a Comissão, este regime poderá funcionar como verdadeiro impulsionador do investimento na UE. A diminuição dos encargos administrativos relacionados com a tributação e a segurança jurídica proveniente de regras de cálculo de matéria coletável comuns serão determinantes para atrair novos investimentos e criarão um ambiente favorável à expansão dos negócios já existentes.

Além disso, contribuirá significativamente para a eliminação dos litígios relacionais com dupla tributação que, à data da Comunicação aqui em análise, eram já cerca de 900.

Este tema voltará a ser abordado, de forma mais detalhada, aquando da discussão acerca das alternativas existentes ao Princípio da Plena Concorrência.

5.9. Princípio da Plena Concorrência na União Europeia?

5.9.1. Aspetos introdutórios

Foi referido no ponto 5.1. que em matéria de tributação direta os desenvolvimentos no sentido da harmonização, no seio da UE, são ainda bastante limitados.

Esta matéria é particularmente sensível para os seus Estados-Membros, uma vez que a fiscalidade direta é um fator com grande potencial de influenciar a decisão de investir, ou não, por parte dos agentes económicos, e como tal, a liberdade de moldar a sua legislação nacional nesta matéria, em acordo com objetivos nacionais, reveste grande importância.

Verifica-se também que os Estados procurarão sempre tomar decisões legislativas, no que diz respeito à tributação direta, e em particular no que concerne à tributação dos rendimentos das sociedades, de acordo com as suas convicções e necessidades. Para uma larga maioria dos Estados que integram a UE continua a ser essencial poder exercer as suas competências legislativas nesta área de forma flexível, de maneira a ajustar esses desenvolvimentos a objetivos tão discrepantes, como a captação de investimentos através da concessão de vantagens fiscais às empresas ou o aumento das receitas fiscais através do respetivo aumento da carga tributária.

Contudo, essa flexibilidade é limitada pelo Direito da União Europeia, e como refere Rosado Pereira (2009: 298), a jurisprudência do TJUE tem exercido um importante papel na garantia da conformidade das normas nacionais com estes limites. A atividade jurisprudencial do TJUE assume um papel preponderante no suprimento dos problemas surgidos de uma falta de harmonização da tributação direta.

Em 2006, como dá conta Dourado (2017: 153), já o TJUE havia aplicado o artigo 107.º n.º 1 do TFUE, relativo aos auxílios de Estado, a um caso que envolvia questões de preços de transferência. Como explica a autora (Dourado, 2017: 154), o Tribunal de Justiça pronunciou-se no sentido de que o regime belga aplicável aos centros de coordenação, concedia uma vantagem seletiva ao aplicar um método de determinação do lucro tributável «[...] através de um montante fixo, correspondente a uma percentagem do montante total das despesas e dos custos de funcionamento [...]», desconsiderando as despesas relacionadas com pessoal e os encargos financeiros suportados, dando origem a resultados desconformes com o Princípio da Plena Concorrência.

A jurisprudência em causa tem vindo a deparar-se, cada vez mais, com problemas relacionados com Preços de Transferência e, conseqüentemente, com a aplicação do Princípio da Plena Concorrência, o que decorre em grande parte do exercício por parte da Comissão Europeia do seu papel de «guardião dos Tratados», nos termos do artigo 258.º do TFUE, que recentemente emitiu diversas Decisões, em que identificou diversos auxílios de Estado incompatíveis com o mercado único, concedidos através de decisões fiscais de administrações tributárias de alguns Estados-Membros (Ribeiro, 2018: 129).

Recorde-se que esta atuação não se foca diretamente em questões de política fiscal, mas sim de política de concorrência, cuja competência exclusiva recai sobre a UE (Dourado, 2017: 165), legitimando a atuação da Comissão.

Iremos em seguida analisar por isso duas recentes Decisões da Comissão Europeia, em que o Princípio da Plena Concorrência assume um papel de destaque e que nos poderá dar algumas pistas acerca da sua existência, ou não, no ordenamento jurídico da UE e, em caso positivo, qual a sua configuração.

5.9.2. As Decisões da Comissão

5.9.2.1. Decisão da Comissão acerca do auxílio estatal concedido pelos Países Baixos ao grupo Starbucks

A Decisão (UE) 2017/502 da Comissão tem por base um acordo prévio sobre Preços de Transferência celebrado entre a *Starbucks Manufacturing EMEA BV*, entidade integrada no Grupo *Starbucks*, e a administração fiscal dos Países Baixos em 2008.

A Comissão concluiu, após análise do acordo prévio de Preços de Transferência, que este se traduzir num auxílio de Estado, na aceção do artigo 107.º n.º 1 do TFUE, incompatível com o mercado único. Assim, procuraremos expor os factos relevantes e a fundamentação que está na base da argumentação utilizada pela Comissão para esta tomada de posição.

No que concerne à primeira condição de que depende a qualificação de determinada medida como auxílio de Estado, a alocação de recursos estatais, não se levantam grandes problemas.

A administração fiscal dos Países Baixos ao celebrar o acordo em análise, em que o contribuinte propõe um método de afetação do lucro, e tendo a Comissão dado como provada a redução da dívida fiscal desse contribuinte por força do acordo prévio sobre Preços de Transferência, está a alocar recursos próprios. É o que resulta, de forma explícita, dos § 225 e 226 da Decisão.

As condições da medida falsear, ou ter potencial para falsear a concorrência, e de afetar as trocas comerciais entre Estados-Membros também se poderá facilmente deduzir por força da natureza do contribuinte, que pertence a um grupo económico presente em todo o mundo e com uma representação significativa no mercado da UE, e por se tratar de vantagem concedida pelo próprio Estado-Membro. O grupo *Starbucks* tem uma dimensão significativa, e uma posição de mercado bastante relevante.

No que diz respeito à conceção de uma vantagem e do carácter seletivo dessa vantagem, o exercício é significativamente mais complexo. Começando a Comissão por identificar aquele que deverá ser considerado o «sistema de referência» no que diz respeito à tributação das sociedades no ordenamento jurídico tributário dos Países Baixos. Para a Comissão, aquele «[...] é o regime neerlandês do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas [...]», tal como resulta do § 232 da Decisão, prosseguindo com a explicação que regra geral os lucros tributáveis são os lucros apurados do ponto de vista contabilístico, ainda que em determinadas situações possam ser realizados alguns ajustamentos ou correções, nomeadamente pela verificação de

operações relacionadas que não respeitem o Princípio da Plena Concorrência, tal como adotado pelo próprio ordenamento jurídico do Estado-Membro aqui versado.

Partindo do sistema de referência, tal como definido, a Comissão continuou a análise procurando determinar se a medida em causa se traduzia numa derrogação àquele, concluindo que, se resultasse daquele acordo uma redução da carga fiscal a que estaria sujeito o contribuinte se abrangido pelo regime geral, o acordo constituiria uma vantagem seletiva face às restantes empresas, sujeitas ao regime padrão.

Se do método de afetação de lucros estabelecido no acordo prévio de Preços de Transferência resulta um lucro tributável que não se assemelha aquele que resultaria nos casos em que determinada entidade, ainda que sendo integrada num grupo económico, realizasse as suas operações vinculadas com respeito pelo Princípio da Plena Concorrência, então estaríamos perante uma decisão fiscal que concedia uma vantagem seletiva, posição que é mesmo assumida pelo próprio TJUE, como ressalta do § 258 da Decisão, que remete para Acórdão do TJUE de 22 de junho de 2006, relativo aos processos C-182/03 e C-217/03. A Comissão destaca, aliás, que para determinar se uma medida constitui, ou não, um auxílio de Estado na aceção do artigo 107.º n.º 1 do TFUE, terá que se atender ao Princípio da Plena Concorrência, independentemente de este ter sido adotado pelo Estado-Membro em causa, ou não, no seu ordenamento jurídico.

A Comissão alertou também para a necessidade de se olhar para o Princípio da Plena Concorrência com algum cuidado pois, ainda que reconheça que a sua aplicação não pode ser vista como «uma ciência exata», os métodos utilizados para determinação da conformidade dos termos e condições estabelecidos nas operações vinculadas, com o princípio, devem seguir uma ordem lógica e coerente, tal como resulta do § 266, sob pena de resultar num esvaziamento do efeito útil deste.

O relatório sobre preços de transferência apresentado pela *Starbucks Manufacturing EMEA BV* e pelo seu consultor fiscal à administração tributária dos Países Baixos, e por esta aceite, estabelece uma remuneração das atividades de torrefação realizadas pelo contribuinte equivalente à aplicação de uma margem de lucro, estabelecida entre 9% e 12%, às despesas de exploração, além de prever que todo o lucro obtido que exceda esse valor seja pago à *Alki Limited Partnership* a título de *Royalties* pelo *know-how* que esta fornece ao contribuinte, relativamente às suas atividades de torrefação.

Uma primeira crítica é dirigida, pela Comissão, ao relatório sobre preços de transferência que está na base da celebração do acordo prévio sobre Preços de Transferência aqui em análise, referindo que este relatório não realiza qualquer análise acerca da conformidade dos pagamentos de *Royalties* realizados com o Princípio da Plena Concorrência, ignorando a necessidade de estabelecer uma metodologia que assegurasse a conformidade destes pagamentos com o referido princípio.

Como já foi referido, e consta do § 286 da Decisão, os *Royalties* pagos têm na sua base a utilização da Propriedade Intelectual detida pela *Alki*, por parte da *Starbucks Manufacturing EMEA BV*, e que inclui «as curvas de torrefação» e o *know-how* dessa mesma atividade.

Mas a Comissão demonstra dúvidas quanto aos preços estabelecidos e quanto à sua conformidade com o Princípio da Plena Concorrência. Em primeiro lugar, por o valor ser diretamente determinado pelo excedente de lucro obtido pela *Starbucks Manufacturing EMEA BV*, tal como acima explanado, parecendo ignorar o verdadeiro valor intrínseco ao ativo em causa.

Foi ainda realizada uma comparação entre os acordos celebrados por empresas do Grupo *Starbucks* com entidades independentes, e esta operação. Para determinar as operações comparáveis a Comissão teve em consideração diversos fatores, como as características dos bens transacionados, as funções exercidas pela entidade independente na operação, a situação económica dessa entidade, que pudesse ditar diferenças relevantes, tais como a região em que atuavam, e ainda a estratégia e modelo de negócio adotado pela entidade. Poderá ser visto com mais detalhe nos § 291 a 298 da Decisão.

Sugere em seguida a Comissão que, utilizando o método do preço comparável de mercado, tendo por base os pagamentos de *royalties* efetuados pela *Starbucks Manufacturing EMEA BV* à *Alki Limited Partnership* por um lado, e os pagamentos efetuados por entidades independentes a empresas do grupo *Starbucks*, por outro, é possível determinar o intervalo de plena concorrência para estas operações.

Depois de realizada a análise de comparabilidade, concluiu a Comissão que estas operações, realizadas entre entidades do grupo *Starbucks* e terceiros, não davam lugar a pagamento de quaisquer montantes a título de *Royalties*. Para fundamentar de forma mais sólida, a Comissão obteve ainda acesso a acordos semelhantes celebrados entre entidades externas ao grupo, dos

quais também não resultava o pagamento de quaisquer *Royalties* por utilização de propriedade intelectual.

Feitas todas as considerações anteriores, a Comissão defende, no § 309 da Decisão, que estes acordos não deveriam gerar qualquer obrigação de pagamento de *Royalties*.

A Comissão defende que, mesmo considerando o *know-how* de torrefação e as curvas de torrefação suscetíveis de ter um valor, a *Starbucks Manufacturing EMEA BV* não pode usufruir dele face à sua atividade. Explica a guardiã dos Tratados que, embora essas práticas estejam associadas a uma marca e à homogeneidade do produto, esses elementos ganham relevância apenas na relação com o consumidor final, nas lojas. A Comissão acrescenta que para quem realiza a torrefação estes não têm valor.

Esta observação é pertinente, na medida em que, na realidade esse *know-how* serve sobretudo como diretrizes para o torrefator, tal como ocorre na contratação entre as empresas do grupo de terceiros, casos em que não há lugar ao pagamento de quaisquer montantes configurados como *Royalties*, quando estes terceiros não explorem efetivamente esse *know-how* no mercado, tal como resulta do § 311.

Aliás, após análise do acordo celebrado entre a *Starbucks Manufacturing EMEA BV* e a *Alki Limited Partnership*, a Comissão constatou que para a primeira resultam obrigações de utilização de «equipamentos, máquinas e métodos de produção adequados» face às pretensões da *Alki* relativamente aos produtos.

Adicionalmente, notou a Comissão que desde 2010, a *Starbucks Manufacturing EMEA BV* começou a apresentar perdas advindas da sua atividade enquanto torrefatora, por força do aumento da margem de lucro exigida pela *Starbucks Coffee Trading Company SARL* pela venda dos grãos de café verde. Contudo, os pagamentos relacionados com *Royalties* continuavam a ser efetuados, aparentemente sustentados por outras atividades, o que a Comissão considerou que sugeria consubstanciar única e exclusivamente uma forma de transferência de lucros.

A Comissão repara também que, dificilmente a *Alki Limited Partnership* poderia assumir riscos relevantes até porque, tal como consta do § 325, esta não dispunha de trabalhadores próprios e os parceiros com que trabalha são outras sociedades em igual situação. Por outro lado, a *Starbucks Manufacturing EMEA BV*, suportava diversos riscos, nomeadamente os relacionados com inventário.

Com base nos argumentos anteriormente expostos, a Comissão veio então concluir que não deveria existir qualquer remuneração a título de *Royalties* e que para a determinação da matéria coletável dever-se-á tomar em consideração o resultado contabilístico da *Starbucks Manufacturing EMEA BV*, desconsiderando as deduções de gastos com origem nos pagamentos de *Royalties*.

Analisou também a Comissão os estabelecidos para os grãos de café verde no acordo entre a *Starbucks Manufacturing EMEA BV* e a *Starbucks Coffee Trading Company SARL*, tendo concluído que a margem de lucro acordada entre as partes para o período compreendido entre os exercícios de 2005 e 2010 estava em conformidade com o Princípio da Plena Concorrência. Contudo, no ano de 2011, a margem de lucro inicial, que era de cerca de 3%, aumentou substancialmente para 18%, tendo a Comissão concluído que esse valor, resultante de um aumento para o qual a contribuinte não apresentou qualquer justificação, deveria ser desconsiderado no excedente para fins de dedução de gastos.

Relativamente às operações de compra e venda de grãos de café verde entre as entidades relacionadas, a Comissão apontou o dedo ao relatório sobre preços de transferência que, mais uma vez, ignora a análise de comparabilidade e dispensa a ponderação da conformidade dos termos e condições estabelecidos com o Princípio da Plena Concorrência, como explanado no § 359 da Decisão, atribuindo semelhante desfecho ao que já havia sido atribuído às operações que envolviam os serviços de torrefação, considerando estas operações desconformes ao Princípio da Plena Concorrência e, conseqüentemente, que estas tornavam o acordo prévio sobre preços de transferência celebrado uma medida que atribuía à *Starbucks* uma vantagem seletiva.

Mas as incongruências identificadas pela Comissão não ficaram por aqui. Além de ter discordado com a escolha do método utilizado, a Comissão acusou também a administração fiscal holandesa, assim como o consultor responsável pela realização do relatório sobre Preços de Transferência, de ignorarem um passo essencial na aplicação do método margem líquida da operação. Enquanto método unilateral, apenas uma das partes envolvidas nas operações deve ser selecionada e testada de acordo com o método. Contudo, essa seleção obedece a uma determinada lógica, a de que a parte testada deverá ser aquela que exerce as funções menos complexas.

Ora, partiram as partes do acordo prévio sobre preços de transferência do pressuposto que essa parte era a *Starbucks Manufacturing EMEA BV*, posição acerca da qual a Comissão revela total

desacordo, entendendo que se ignoram elementos factuais relevantes, como o facto de o contribuinte exercer mais funções além da torrefação, como a aquisição de estudos de mercado para determinação dos preços a praticar ou a titularidade e consequente gestão de Propriedade Intelectual, que apresentava aliás uma parte significativa das depreciações realizadas pelo contribuinte.

Tendo em mente estas considerações, a escolha da parte testada foi, para a Comissão, errada, como resulta do § 377 da Decisão, tendo por isso dado origem a resultados que não cumprem com os padrões definidos pelo Princípio da Plena Concorrência.

Finalmente, é ainda apontada a falta de mérito da escolha das despesas de exploração como indicador dos lucros obtidos. Ignoraram, uma vez mais, as partes interessadas, que uma parte muito significativa dos lucros tem origem na atividade de revenda realizada pelo contribuinte e que, por consequência, o indicador mais adequado seria o total de vendas realizadas.

Feitas todas estas considerações, concluiu a Comissão que o acordo prévio sobre Preços de Transferência celebrado era uma medida que concedia uma vantagem seletiva, e que esse tratamento seletivo não foi devidamente justificado pelas partes.

A Comissão identificou como beneficiário o grupo *Starbucks*, sustentando-se na posição já assumida, entretanto, pelo TJUE de que um grupo económico pode ser considerado uma entidade única para fins de atribuição destas vantagens.

Assim, verificadas as quatro condições, a Comissão determinou, através da sua análise, que este acordo prévio sobre Preços de Transferência se tratava de um auxílio de Estado incompatível com o mercado interno, e ilegal, uma vez que não foi cumprido o procedimento de aprovação a que obriga o artigo 108.º n.º 3 do TFUE.

5.9.2.2. Decisão da Comissão acerca do auxílio estatal concedido pela Irlanda ao grupo Apple

O caso que maior notoriedade ganhou foi, sem dúvida alguma, o das *tax rulings* concedidas pela Irlanda à *Apple*. Se considerarmos os números tornar-se-á fácil perceber o porquê. A título de exemplo considere-se o valor que a Comissão, na sua decisão, considerou que deveria ser recuperado pela Irlanda junto da *Apple*, que ascende aos 13 mil milhões de euros, ou a taxa efetiva de imposto sobre os rendimentos das sociedades que a Comissão afirma ter sido aplicada

aos lucros obtidos pela *Apple* na Irlanda no ano de 2014, fixada nos 0,005 %, como Schwanke e Haines referem (2016: 27).

Em junho de 2014, a Comissão Europeia deu início ao procedimento formal de investigação sobre duas decisões fiscais concedidas pela administração fiscal irlandesa, em 1991 e em 2007, a duas entidades do grupo *Apple*, a *Apple Sales International* e a *Apple Operations Europe*, que viria a resultar na Decisão (UE) 2017/1283 da Comissão que se pronunciou no sentido de considerar as decisões fiscais da administração tributária irlandesa um auxílio de Estado incompatível com os Tratados.

Os contornos do caso são complexos, e não os iremos aprofundar exaustivamente, uma vez que já diversos autores, de maior autoridade, o fizeram. Assim limitar-nos-emos expor o entendimento da Comissão e explorar as questões dos auxílios de Estado e do Princípio da Plena Concorrência

Relativamente à primeira condição para determinar se existe um auxílio de Estado, na aceção do artigo 107.º do TFUE, ter-se-á de verificar se a medida prevê a alocação de recursos estatais ao beneficiário.

Relativamente a esta condição a Comissão expõem, no § 221 da Decisão em análise, de forma clara e sem grande complexidade, que, estando em causa decisões fiscais emitidas pela administração tributária irlandesa, em que esta procedeu à aceitação de uma fórmula de cálculo do imposto sobre as sociedades, sugerida pela *Apple*, e tendo estas resultado na diminuição das receitas fiscais que deveriam ter sido obtidas pelo Estado irlandês, há uma clara alocação de recursos estatais.

No que concerne à condição das medidas falsearem, ou serem suscetíveis de falsear a concorrência e de afetar as trocas comerciais no seio da UE, também não restam grandes dúvidas que a concessão de uma vantagem fiscal a um grupo multinacional como o grupo *Apple*, que opera a nível global e tem uma forte presença em todos os Estados-Membros da UE, o poderá colocar em posição privilegiada face aos seus concorrentes, considerando que reduz significativamente os encargos fiscais que teria sem a medida em causa, e a que empresas suas concorrentes estão sujeitas, tal como resulta do § 222 da decisão.

Relativamente à atribuição de uma vantagem seletiva, o exercício é menos intuitivo e a argumentação utilizada é substancialmente mais densa.

A Comissão, para avaliar se existe seletividade, começou por analisar qual seria o regime de referência, ou seja, o regime normal de tributação, que no caso em apreço seria o regime geral de tributação das sociedades no seio do ordenamento jurídico irlandês. Como refere a Comissão no § 228, o «objetivo intrínseco consiste na tributação do lucro de todas as sociedades sujeitas a tributação na Irlanda», nas quais se incluem sucursais de sociedades não residentes, ainda que apenas relativamente aos lucros por si obtidos.

Em seguida a questão considerada foi a de perceber se existia no caso em apreço uma derrogação ao sistema de referência de tributação das sociedades, aproveitando este exercício também para perceber se decorreu alguma vantagem para as entidades em causa das decisões emitidas pela administração tributária irlandesa.

Para este efeito a Comissão recorreu ao Princípio da Plena Concorrência. Como refere a Comissão no § 253, o lucro de uma entidade independente é, em traços largos, definido pelos custos com fatores de produção e pelos ganhos realizados com vendas, e como tal os lucros obtidos por uma entidade não residente integrada, que se reconhece ter particularidades, deverão ainda assim ser determinados da forma mais aproximada possível, respeitando naturalmente aquelas que seriam as condições normais de mercado, concluindo as suas operações em conformidade com o Princípio da Plena Concorrência.

É precisamente esta a consideração que a Comissão alude ser essencial para perceber se as decisões do Estado irlandês conferem vantagens ao Grupo *Apple* e se estas são seletivas.

A Comissão explica que não pretende proceder à aplicação direta do artigo 9.º da Convenção Modelo da OCDE, nem das diretrizes sobre Preços de Transferência desta organização, mas sim a uma aplicação do Princípio da Plena Concorrência enquanto corolário do artigo 107.º n.º 1 do TFUE. Como refere o órgão da UE no § 256 da Decisão, esta

aplica o princípio de plena concorrência neste contexto não como base para «impor» impostos que, de outro modo, não seriam devidos ao abrigo do sistema de referência, mas como referência para verificar se o lucro tributável de uma sucursal, ao qual é aplicado o regime normal de tributação do lucro das sociedades, é determinado de forma a assegurar que as sociedades integradas não residentes que operam por intermédio de uma sucursal na Irlanda não beneficiam de tratamento favorável ao abrigo desse regime em comparação com sociedades não integradas cujo lucro tributável reflete preços determinados no mercado negociados em condições de plena concorrência.

No fundo, entende a Comissão que, atendendo ao facto de se estar a aplicar o regime normal de tributação, o resultado gerado deverá ser conforme o Princípio da Plena Concorrência, que embora não seja um elemento objetivo de determinação da matéria coletável, é uma imposição para os resultados gerados. Alerta ainda que o Princípio da Plena Concorrência decorre automaticamente do regime de auxílios de Estado e é vinculativo para os Estados-Membros, não dependendo de qualquer adoção por parte da legislação nacional destes.

Um dos factos relevantes para o caso, é que a *Apple Sales International* e a *Apple Operations Europe* detêm cada uma delas licenças de propriedade intelectual. E é precisamente relativamente a este direito que a Comissão suscita diversos problemas no que diz respeito às medidas em análise. A Comissão considerou que as licenças de Propriedade Intelectual detidas pela *Apple Sales International* e pela *Apple Operations Europe* não deveriam ter sido aceites pela administração tributária irlandesa como estando afetadas fora da Irlanda, à sede social das entidades, e sim às suas sucursais irlandesas, mesmo que parcialmente.

Como justificação desta tomada de posição, a Comissão refere, no § 271, que não é possível conceber as licenças de Propriedade Intelectual de que dispunham a *Apple Sales International* e a *Apple Operations Europe* como não sendo parte dos ativos da sucursal. Para efeitos de detenção da licença, as sedes sociais e respetivas sucursais devem ser consideradas uma única entidade.

O problema tomou ainda maiores proporções considerando que ambas as entidades, detidas em última instância pela *Apple Inc.*, sediada nos EUA, embora fossem irlandesas, não tinham nesse país a sua residência fiscal, atuando na Irlanda apenas através de sucursais. Ainda que à luz do direito nacional irlandês a regra geral estabelecesse que todas as sociedades criadas à luz do direito irlandês seriam consideradas residentes, para efeitos fiscais, estas duas entidades caíam no âmbito de aplicação da exceção, prevista no mesmo ordenamento jurídico, segundo a qual não seriam residentes nos casos em que as sociedades fossem controladas «por uma pessoa residente num Estado-Membro ou num país signatário de uma convenção fiscal», tal como resulta do § 49 da Decisão da Comissão. A norma não ignorava completamente se as entidades eram consideradas residentes noutra jurisdição ou não, operando em qualquer dos casos. Como efetivamente não o eram, não tinha residência fiscal em jurisdição alguma.

Assim, era essencial que os métodos de afetação de lucros definidos nas decisões fiscais respeitassem as condições de plena concorrência, por forma a garantir que os lucros atribuídos às sucursais irlandesas correspondessem aqueles que resultariam caso as operações por si

realizadas fossem praticadas em situação de plena concorrência. A Comissão nos § 280 e ss sustenta que, ao contrário do que era referido pela *Apple* e pela Irlanda, não era correto afetar as licenças de Propriedade Intelectual às sedes sociais, uma vez que deu como provado que estas últimas não realizaram, nem dispunham dos meios essenciais para realizar, a gestão das licenças de propriedade intelectual.

Como refere a Comissão, as sedes sociais da *Apple Sales International* e da *Apple Operations Europe* não dispunham de presença física nem de funcionários. Estas entidades apresentaram como prova da sua atividade apenas atas de reuniões realizadas, esporadicamente, pelos seus conselhos de administração, das quais não constavam sequer menções à discussão de questões relacionadas com a gestão de licenças de propriedade intelectual.

Feitas estas considerações entendeu a Comissão que face às provas apresentadas e à estrutura das sedes sociais, as licenças deveriam ter sido afetas às sucursais, uma vez que apenas estas dispunham dos meios necessários para gerir as mesmas. A Comissão recorre aliás ao relatório sobre afetação de lucros da OCDE de 2010, em que, no que concerne a intangíveis, se realça a importância da «decisão ativa tomada abaixo dos quadros superiores [...] para a afetação da propriedade», como é possível extrair do § 323.

Face à distribuição de funções, ativos e riscos que daqui decorrem, refere a Comissão no § 293 que, caso a administração fiscal irlandesa tivesse realizado estas considerações, perceberia que o método de afetação de lucros aceite não geraria resultados equivalentes aos que resultariam caso as sucursais tivessem realizado acordo similar, mas enquanto entidades independentes.

Segundo a Comissão, a administração tributária irlandesa ignora completamente o facto de a sucursal da *Apple Sales International* assumir importantes funções, nomeadamente relacionadas com vendas, distribuição, serviços de pós-venda e mesmo de desenvolvimento de atividades de *marketing*, assim como as funções realizadas pela sucursal da *Apple Operations Europe*, enquanto entidade responsável pelo fabrico e montagem. Finalmente, a Comissão estranha também o facto de a administração tributária irlandesa não questionar o facto de a *Apple Inc.* ser remunerada, por força de um acordo de partilha de custos celebrado com a *Apple Sales International* e a *Apple Operations Europe*, unicamente pelas sucursais daquelas entidades. Este acordo incluía, nomeadamente, serviços de investigação e desenvolvimento prestados pela *Apple Inc.*, tendo a Comissão concluído que entre 2011-2014 as duas sucursais irlandesas financiaram

mais de metade do total das despesas incorridas pelo Grupo *Apple* com investigação e desenvolvimento, como resulta do § 311.

Não só a afetação destas licenças, exclusivamente, às sedes sociais apresenta, na opinião da Comissão, decisões suscetíveis de gerar resultados desconformes com o Princípio da Plena Concorrência. Ainda que essa decisão da autoridade tributária irlandesa pudesse ser considerada correta, adicionalmente, a Comissão refere que os próprios métodos de determinação da matéria coletável, aceites nas decisões são desadequados, gerando resultados desconformes com o Princípio da Plena Concorrência, determinando uma matéria coletável muito inferior à que resultaria em condições normais de mercado.

Em primeiro lugar, a Comissão entende que, na aplicação do método unilateral indireto de afetação do lucro definido na decisão, semelhante ao método da margem líquida da operação, a Irlanda não escolheu corretamente a parte testada.

De acordo com a Comissão, e seguindo as orientações da OCDE, «[a] fim de assegurar a fiabilidade da estimativa da remuneração em condições de plena concorrência é, portanto, essencial que a seleção da parte testada seja a melhor possível», como consta do § 328 da Decisão. Essa escolha que, de acordo com a Irlanda, recaiu sobre aquela parte cujas funções se revelavam menos complexas não é, na perspetiva da Comissão a mais correta. Continua a Comissão no § 329, tal como foi referido anteriormente, as sedes sociais não realizaram, e não dispunham dos recursos necessários para o fazer, quaisquer funções relevantes de gestão das licenças, e como tal a Irlanda pareceu partir, erradamente, do pressuposto de que o direito de propriedade das licenças definiria qual a parte que realizaria as funções mais complexas no que diz respeito à gestão daquelas.

Em segundo lugar, os próprios indicadores utilizados para determinar o nível do lucro obtido pelas sucursais são questionados. Para isso a Comissão começa por enaltecer a importância de se atender às funções de cada uma das sucursais.

Do § 336 resulta que a *Apple Sales International* exercendo essencialmente atividades de aquisição, venda e distribuição dos produtos não deverá ser considerada um distribuidor de baixo risco, uma vez que assume o risco relacionado com o volume de negócios por si realizados, que a sede social não poderia assumir face à inexistência de qualquer estrutura. Assim considerado, entende a Comissão que as despesas de exploração, que constatou manterem-se relativamente estáveis

ao longo dos exercícios em análise, não seriam um indicador suscetível de determinar o lucro em conformidade com o Princípio da Plena Concorrência, sendo que se deveriam considerar antes as vendas.

Além disso, no § 338, a Comissão reitera que estando as garantias dos produtos vendidos a cargo da *Apple Sales International*, e não dispondo igualmente de estrutura, para o efeito, a sede social, o risco recai, uma vez mais, sobre a própria sucursal.

Estas decisões por parte da administração tributária irlandesa marginalizam por completo os riscos assumidos pela sucursal irlandesa da *Apple Sales International*, e aceitam um indicador para a determinação do lucro que não é suscetível de gerar resultados coerentes com o Princípio da Plena Concorrência.

Quanto à *Apple Operations Europe*, no § 343, a Comissão recorda que a sucursal irlandesa tem a seu cargo o fabrico e montagem de produtos informáticos, entre outros, para o Grupo *Apple*, e que parece resultar dos factos conhecidos que essa sucursal assume os riscos e suporta os custos com inventário desses produtos, faltando novamente a estrutura à sede social para que o pudesse fazer.

Também neste caso a Comissão refere que deverá ser utilizado como indicador os custos totais, ao invés das despesas de exploração, por considerarem também os custos com matérias-primas.

Realizadas todas estas considerações, a Comissão conclui que existe efetivamente uma vantagem seletiva, decorrente de uma derrogação ao regime de referência, uma vez que a desconformidade com o Princípio da Plena Concorrência colocaria o grupo *Apple* numa posição vantajosa face a outras entidades em igualdade de circunstâncias factuais e jurídicas, mas que não fossem integradas num grupo económico.

A Comissão afirma que há aqui um exercício discricionário por parte da administração fiscal irlandesa, que ignora quaisquer fatores objetivos na tomada da sua decisão.

Uma vez que a Irlanda não provou existir qualquer justificação decorrente da economia geral do seu sistema fiscal, a Comissão considerou as decisões em causa incompatíveis com o mercado interno, por força do artigo 107.º n.º 1 do TFUE.

Além disso, uma vez que não foi comunicado à Comissão para aprovação, este auxílio de Estado seria ainda ilegal por violação da norma do artigo 108.º n.º 3 do TFUE.

5.10. Observações e conclusões

Havíamos referido no § 5.9.1. desta dissertação que o TJUE assume um papel importantíssimo nos trabalhos de harmonização levados a cabo na UE em matéria de tributação direta, tendo como ponto de partida essencial as liberdades de circulação.

Contudo, e como bem observa Ribeiro (2018: 138), também o instituto dos auxílios de Estado se tem revelado um importante instrumento de defesa e construção do mercado único, e neste domínio em muito se destacam as inúmeras Decisões da Comissão, nomeadamente as dos casos *Starbucks* e *Apple*, acima apresentados, ou as dos casos *Fiat*, *Amazon* ou *McDonald's*.

Contudo o autor, conduz uma crítica à tomada de posição da Comissão face a estas questões referindo que «[...] a solução para as disparidades, tendo em conta que não são imputáveis a um Estado individualmente considerado, passa por legislação que promova uma harmonização e não pela aplicação dos auxílios de Estado» (Ribeiro, 2018: 139-143).

Com o devido respeito, e ressalvando que concordamos em pleno com o autor, uma vez que o recurso aos auxílios de Estado é como um «estancar momentâneo da ferida», a verdade é que a via legislativa, o recurso à *hard law*, em matéria de tributação direta não se tem revelado uma opção viável para uma parte ainda significativa dos Estados, e não se afigura fácil a alteração do paradigma, embora se reconheçam os esforços plasmados, nomeadamente, em instrumentos como a proposta de Diretiva para estabelecer uma Matéria Coletável Comum Consolidada do Imposto sobre as Sociedades (Ribeiro, 2018: 143).

O ceticismo em relação ao sucesso desta proposta é latente, como aliás referem Haines e Schwance (2016: 34), que realçam as dúvidas que alguns Estados-Membros ainda apresentam relativamente ao impacto positivo da efetivação desta proposta.

Como foi dito, reconhecemos o perigo de se permitir um recurso demasiado alargado à figura dos auxílios de Estado, tal como refere Ribeiro, que se socorre aliás do acórdão do Tribunal Geral acerca do *Banco Santander* (2018: 140).

Neste acórdão, o Tribunal Geral considerou que a Comissão realizou uma aplicação errada do artigo 107.º n.º 1 do TFUE, na medida em que utilizou uma visão demasiado ampla do que seria a condição da seletividade. O Tribunal Geral refere aliás no § 72 do acórdão em causa que

[...] a perspectiva proposta pela Comissão [...] poderia levar a concluir pela existência de uma seletividade para todas as medidas fiscais cujo benefício esteja subordinado a certas condições, ainda que as empresas beneficiárias não partilhem de nenhuma característica própria que permita distingui-las das outras empresas, para além do facto de poderem respeitar as condições a que a atribuição da medida está subordinada.

Entendeu assim o Tribunal que esta medida não era suscetível de ser considerada um auxílio de Estado por não ser seletiva, não favorecendo «certas empresas ou certas produções», como resulta do artigo 107.º n.º 1 do TFUE.

Assim, Ribeiro (2018: 140) alerta para o facto de que «[o] recurso demasiado frequente ao expediente dos auxílios de Estado pode gerar problemas ao nível da articulação entre a competência dos Estados-Membros e a da União Europeia [...]». O perigo é facilmente identificável, contudo entendemos que o exercício realizado pela Comissão para identificar a vantagem seletiva de uma medida está conforme o entendimento do TJUE e que a sua fundamentação na generalidade das Decisões analisadas parece consistente. A identificação de um «sistema de referência» comum a empresas integradas e independentes, não sendo essa distinção suficiente para identificar uma situação factual e jurídica distinta entre elas, parece a solução mais justa e que mais se adequa aos princípios subjacentes aos sistemas de tributação direta das sociedades da generalidade dos Estados-Membros.

Byrne (2016: 13) dava conta de uma certa expectativa criada em volta desta decisão do Tribunal Geral.

De acordo com a autora, uma decisão favorável ao *Santander* poderia vir a dar novo fôlego às restantes Multinacionais que se debatiam contra Decisões da Comissão acerca de determinadas decisões fiscais que, no entender desta última, consubstanciavam auxílios de Estado incompatíveis com o mercado único, nomeadamente o Grupo *Apple*.

Estas expectativas saíam, contudo, frustradas considerando que, posteriormente, o TJUE no acórdão de 21 de dezembro de 2016, veio a dar razão à Comissão por entender que o facto de uma aquisição, por uma entidade residente em Espanha, de 5% das participações sociais de uma entidade estrangeira, conferir a essa entidade um benefício fiscal, não concedido às que fizessem igual aquisição, mas das participações sociais de uma entidade também ela residente em Espanha, consubstancia uma vantagem seletiva.

De acordo com o Tribunal Geral, aquela medida em de caráter geral e não seletiva, tendo exigido à Comissão que provasse que esta medida favorecia uma categoria particular de empresas ou produções. O TJUE, em sentido contrário, e tal como plasmado no § 77 do acórdão em causa, veio defender que não pode ser exigido à Comissão que «[...] identifique determinadas características próprias e específicas comuns às empresas que obtêm o benefício fiscal, que permitem distingui-las das que dele são excluídas», ou seja, a inexistência de um setor específico de empresas ou produções que beneficiasse da medida em causa não excluía a sua seletividade.

A avaliação do caráter seletivo da medida no sentido da Comissão, confirmada pelo TJUE, não altera o facto de esta intervenção por parte dos órgãos da UE ser entendida por muitos como uma ingerência em assuntos da soberania dos seus Estados-Membros, como aliás refere Kennedy (2016: 37), que entende que a Irlanda perdeu a autonomia para aplicar o seu próprio Direito Fiscal, no âmbito do caso *Apple*. Não concordamos com esta última afirmação, uma vez que o Direito Fiscal da Irlanda integra, em todo o caso, também o Direito da União Europeia, e é esse o foco das Decisões da Comissão.

Se é verdade que a recuperação retroativa de montantes tão avultados, como os envolvidos no caso *Apple*, parece chocar, também chocam os efeitos das decisões fiscais em apreço, cujos resultados se parecem afastar por completo do Princípio da Plena Concorrência.

No que concerne a este princípio, entendemos poder dizer com alguma segurança que é já parte integrante do ordenamento jurídico-tributária da UE. A posição da Comissão nos casos *Fiat*, *Starbucks*, *Apple* e *Amazon* é coerente e ponderada.

A Comissão faz, na generalidade dos casos, a ressalva de que não se trata de uma aplicação direta do princípio, por intermédio do artigo 9.º da Convenção Modelo da OCDE, mas sim de uma aplicação do Princípio da Plena Concorrência enquanto decorrência do regime de auxílios de Estado. O Princípio da Plena Concorrência é, nas Decisões apontadas, considerado um critério de determinação da concessão de uma vantagem seletiva, ou não, por parte da medida em causa.

Vejam-se, para esse efeito os § 258 a 264 da Decisão (UE) 2017/502, relativa ao caso *Starbucks*, os § 225 a 229 da Decisão (UE) 2016/2326, relativa à *Fiat*, os § 249 a 256 da Decisão (UE) 2017/1283, relativa à *Apple* e, finalmente, os § 401 a 406 da Decisão (UE) 2018/859.

O princípio é então configurado como uma decorrência natural da proibição de auxílios estatais, embora não seja consagrado de forma expressa. Nas diferentes Decisões da Comissão, e mesmo

nos já mencionados acórdãos do TJUE, o recurso aos comentários da OCDE são constante, e neste contexto consideramos que essa prática é correta pois, pese embora estes não tenham eficácia vinculativa, os desenvolvimentos em sede de preços de transferência no seio da OCDE contam com a participação da Comissão e da generalidade dos Estados-Membros da UE, além de que, como já foi referido, estes comentários não deixam de ter um valor interpretativo elevado.

Nas palavras de Dourado (2017: 158), «[a] Comissão está a construir um princípio da plena concorrência baseado na exigência de livre concorrência no mercado interno, autónomo do Direito interno e das orientações da OCDE».

A abordagem adotada pelos órgãos da UE poderá não ser a mais correta, na medida em que não vem revestida de segurança jurídica, contudo, face às dificuldades de cooperação e harmonização, por parte dos Estados-Membros, no que diz respeito à tributação dos rendimentos das sociedades, deverá ser, por enquanto, a única ao alcance da UE, para garantir o funcionamento do mercado único e a continuação do combate à elisão fiscal.

6. O caso crítico das operações relacionadas com ativos intangíveis

6.1. Aspectos introdutórios

À semelhança da opção que foi feita aquando da exposição dos métodos de preços de transferência, também aqui iremos tomar uma base estrutural que segue a adotada nas diretrizes da OCDE.

«Os ativos intangíveis estão no centro do sucesso empresarial e constituem o cerne do seu valor» (Dourado, 2017: 148). O que existe de tão peculiar neste tipo de ativos que justifique a um peso tão significativo no desempenho de uma atividade empresarial? A sua relevância no que concerne aos preços de transferência é notória, e bastará pensar que nas diretrizes da OCDE o capítulo VI é exclusivamente dedicado às operações que envolvem estes ativos.

Os problemas com este tipo de ativos começam imediatamente no momento da sua definição, que tem gerado alguma controvérsia. Nas *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* de 2017, que reflete já os desenvolvimentos levados a cabo no âmbito do plano de ação BEPS relativamente a ativos intangíveis, a OCDE reconhece no § 6.5 que uma definição demasiado restritiva ou demasiado ampla deste tipo de ativos poderá criar espaço para interpretações dispares e que em nada favorecem uma correta aplicação do Princípio da Plena Concorrência. Num caso, ou noutro, tanto os contribuintes como as administrações tributárias teriam a tentação de realizar uma interpretação que melhor atenda aos seus interesses.

Assim, a OCDE propõe no § 6.6 uma definição de intangível como sendo algo não reconduzível a um ativo com substância física ou a um ativo financeiro, que é suscetível de ser detido ou controlado para uso no exercício de atividades comerciais e cujo seu uso, ou a transferência da sua propriedade, deverá ser compensado nos termos e condições em que o seria caso a operação vinculada fosse alternativamente realizada entre entidades independentes. Nesta definição cabem assim realidades como as patentes, o *know-how* e os segredos comerciais, as marcas comerciais, o *goodwill*, entre outros.

O valor que estes ativos podem, no desempenho da atividade empresarial, assumir para uma empresa é, em alguns casos, muito elevado. Basta pensar, a título de exemplo, numa cadeia de

fast food, cuja empresa-mãe tenha residência fiscal num determinado Estado e que, com o intuito de expandir a sua atividade, cria um estabelecimento estável num outro Estado. A primeira empresa dispõe já de processos de produção otimizados, ou seja, de um *know-how*, assim como possivelmente de uma marca com alguma visibilidade no Mercado. Fará sentido que o seu estabelecimento estável deva remunerar a empresa-mãe, uma vez que irá usufruir na prossecução da sua atividade de uma marca já desenvolvida, de eventuais campanhas de *marketing* e de um modelo de negócio já otimizado, e estas vantagens poderão estar na base do sucesso do estabelecimento estável, ou terão pelo menos um grande contributo.

Mas especiais cuidados devem ser tidos na determinação da existência, ou não, de um ativo intangível, porque como refere a OCDE no § 6.11 das diretrizes, a título de exemplo, nem todas as atividades relacionadas com *marketing* constituirão um ativo intangível.

No § 6.12 realça-se a importância que a análise funcional, em sede de preços de transferência, assume para se determinar quais os intangíveis relevantes que merecem compensação, e em que medida estes criam valor no seio da atividade empresarial e que compensações a sua transferência ou utilização devem gerar.

Como refere Dourado (2017: 61), «[a] utilização deficiente dos preços de transferência está especialmente relacionada com [...] intangíveis, mais facilmente manipuláveis». Mais facilmente manipuláveis porque, como diz Dourado (2017: 149), são ativos de grande mobilidade, o que leva muitas multinacionais a transferir a sua propriedade para empresas do grupo que têm residência fiscal em territórios de baixa, ou nula, tributação, onde os pagamentos relacionados com os mesmos são depois sujeitos ao regime fiscal aí vigente.

6.2. A titularidade do direito de propriedade

A propósito do direito de propriedade sobre o ativo em causa, também as diretrizes oferecem algumas considerações a levar a cabo na definição dos termos e condições conformes ao Princípio da Plena Concorrência das operações que envolvam intangíveis.

Resulta do § 6.32 que nem sempre o titular jurídico do direito de propriedade sobre o ativo intangível deverá ser compensado, uma vez que é possível que outras entidades relacionadas tenham assumido riscos de capital em relação ao mesmo ou tenham suportado encargos, nomeadamente de desenvolvimento e de manutenção. Esta consideração é feita no § 6.33. Esta

questão coloca-se na Decisão da Comissão no caso *Apple*, em que a Comissão concluiu que as empresas-mãe das sucursais irlandesas não dispunham de uma estrutura que lhes permitisse realizar a gestão das licenças de propriedade intelectual, embora da prova documental apresentada pelo contribuinte parecesse resultar que essa gestão era mesmo feita pelas sociedades-mãe.

Como fomos referindo ao longo da presente dissertação, no que diz respeito a operações que envolvem ativos intangíveis, as dificuldades relacionadas com a determinação de operações comparáveis são acrescidas, seja porque não é possível encontrar operações semelhantes entre entidades independentes ou porque o próprio ativo não encontra similar no mercado (§ 6.33).

O valor criado por esses intangíveis também não pode ser definido com exatidão. No exemplo dado, da cadeia de *fast food*, será impossível alocar uma parte específica dos lucros de vendas à utilização de uma marca já consolidada, com a certeza de que aquela percentagem dos lucros foi obtida precisamente por aquela empresa, ao desenvolver a sua atividade, se apresentar com um nome e possivelmente um logotipo, aos quais os consumidores associam já um serviço específico.

Segundo a OCDE, a análise de transações relacionadas que tenham por objeto ativos intangíveis deverá ser realizada em seis passos, enumerados no § 6.34 das diretrizes.

O primeiro será determinar os ativos usados ou transferidos na operação vinculada.

Em seguida terá de se analisar a totalidade dos contratos existentes, por forma a determinar o titular do direito de propriedade sobre o ativo e, eventualmente, outros acordos de distribuição de riscos e encargos com a gestão deste. Aliás, é mencionado no § 6.36 que a inexistência de suporte textual, a discrepância entre a atuação material das entidades com o que se encontra acordado, fará com que as operações em causa tenham de ser aferidas pelos factos. Como resulta do § 6.43 das diretrizes, a titularidade do direito de propriedade não concede por si só, pelo menos à vista do regime de preços de transferência, o direito a uma compensação se não se verificarem atividades de gestão do ativo.

Destes últimos acordos poderá resultar uma divisão das funções assumidas por cada uma das entidades relacionadas, e será por isso necessário concretizar quais os riscos assumidos e os ativos utilizados no cumprimento das suas obrigações funcionais.

Como já foi referido, é ainda necessário confirmar as circunstâncias concretas, a substância, da atividade de cada uma das empresas. A existência de um acordo não determina que na realidade as funções sejam efetivamente exercidas nos moldes em que as partes contrataram. Aliás, o entendimento da Comissão no caso *Apple* vai precisamente nesse sentido, uma vez que, face às provas apresentadas pelo grupo multinacional, concluiu-se que a gestão da licença de propriedade intelectual em causa não poderia ser e não foi realizada pelas empresas-mãe das sucursais irlandesas.

Em sequência, deverão ser determinadas a totalidade das operações vinculadas concernentes aos intangíveis em causa.

Finalmente, é necessário determinar o intervalo de plena concorrência para as operações vinculadas em análise e, conseqüentemente, os termos e condições em que estas deveriam ser realizadas. A conformidade dos termos e condições acordados entre as partes terá de ter em consideração os riscos que cada uma delas assumem, os ativos que utilizam e as funções que exercem. Não é substancialmente diferente do que ocorre para as restantes operações vinculadas, mas é mais complexo e significativamente mais dependente da análise funcional.

Neste documento da OCDE, é ainda possível encontrar recomendações relativamente a determinados elementos a ter em conta em operações que envolvam certos ativos intangíveis.

No caso dos intangíveis relacionados com *marketing*, recomenda a OCDE que nos casos em que uma empresa relacionada desenvolva atividades neste âmbito, das quais resultem benefícios para o detentor do direito de propriedade de uma marca, esta deverá ser devidamente remunerada, como se extrai do § 6.76, tendo sempre por base os riscos suportados e as funções realizadas.

A título de exemplo, é referido o caso em que a outra entidade atue como um mero agente, sem assumir qualquer risco relativamente ao ativo, recebendo do proprietário do mesmo ativo o reembolso das despesas, caso em que deverá ser remunerado apenas pelas funções exercidas enquanto tal.

Nos outros casos, em que não atue como mero agente, a empresa relacionada poderá já receber uma remuneração adicional, tal como uma entidade independente à partida exigiria. Essa remuneração terá em consideração os riscos assumidos e as funções exercidas, e poderá assumir, nomeadamente, a forma de redução dos montantes a entregar a título de *royalties* ou de maior participação nos lucros.

Relativamente aos acordos que versem sobre atividades de investigação, desenvolvimento e otimização de processos, a lógica mantém-se, e tem de se dar especial atenção aos riscos assumidos por cada entidade e à distribuição e configuração das funções. Um exemplo de um elemento com relevância para esta determinação, dado no § 6.79, é o facto de a empresa relacionada, que por acordo realiza determinada atividade, ter ou não especiais competências e experiência que se traduzam numa mais valia para a investigação.

Finalmente, no que concerne à remuneração devida pelo uso do nome de uma empresa, refere-se logo que essa utilização só deverá gerar uma obrigação de pagamento caso essa utilização tenha alguma utilidade comercial e não seja um mero identificador.

Nos casos em que a utilização do nome assuma realmente alguma relevância, tem de se procurar determinar os benefícios financeiros que resultam para a empresa integrada, nomeadamente os que decorrem da dispensa do recurso a outras alternativas, assim como os riscos assumidos, os ativos utilizados e as funções desempenhadas, tal como resulta do § 6.83.

6.3. A transferência ou a licença de uso dos ativos intangíveis

Se uma operação que envolva ativos intangíveis poderá ser complexa, nos casos em que esteja em causa uma pluralidade de ativos intangíveis numa só operação, a análise da mesma poderá tornar-se ainda mais difícil.

A OCDE alerta para a necessidade de se atender ao valor dos ativos de forma integrada. Isto porque, tal como referido no § 6.93 das diretrizes, é possível que determinado ativo intangível não tenha qualquer utilidade se for isoladamente considerado, ou que tenha uma utilidade consideravelmente mais limitada, ao passo que a transferência ou concessão do direito de uso desse ativo em conjunto com outros ativos intangíveis poderão fazer com que este se torne substancialmente mais valioso.

No § 6.96 das diretrizes, a OCDE dá conta da necessidade de prevenir que, quer contribuintes, quer administrações fiscais, procurem separar a transação de determinados ativos intangíveis única e exclusivamente para melhor servir os seus interesses, quando face às circunstâncias e à natureza e utilidade dos ativos intangíveis em causa, uma empresa independente não o faria.

Existe ainda a possibilidade de uma operação que tenha por objeto venda de bens ou prestações de serviços em que sejam utilizados ativos intangíveis.

Nestes casos, resulta do § 6.105 um exemplo da situação em análise, em que um construtor de automóveis utiliza patentes valiosas relacionadas com o processo de construção, vendendo em momento posterior os automóveis a uma empresa associada, responsável pela distribuição.

A utilização das patentes deverá influenciar o valor dos automóveis, acordado aquando da venda ao distribuidor, mas não é possível identificar aqui uma licença de utilização ou uma transferência da patente, que continuará a ter como único titular e gestor, nesta relação bilateral, o construtor.

6.4. Ativos intangíveis no intervalo de plena concorrência

Na determinação de comparabilidade entre uma operação vinculada em específico e outras operações entre entidades independentes, é necessário ter diversos elementos em consideração, independentemente do objeto da operação.

Contudo, para as operações que envolvam a transferência do direito de propriedade sobre um ativo intangível, ou a concessão do direito de uso, a OCDE identifica alguns elementos em específico que devem ser tidos em consideração.

O primeiro, mencionado no § 6.118, está relacionado com a natureza exclusiva, ou não, do direito transmitido. Naturalmente que a transmissão de um direito de uso exclusivo terá mais valor que a concessão do mesmo direito sem essa natureza, o que tornará a remuneração superior.

No § 6.119 dá-se conta da necessidade de ter em conta também a configuração da proteção legal de que dispõe o ativo intangível objeto da operação, nomeadamente quanto à extensão e à duração. A duração da proteção legal poderá também influenciar a vida útil do ativo, que deve ser igualmente considerada, como resulta do § 6.121.

É atribuída também relevância ao âmbito geográfico do intangível ou do direito de utilização, de acordo com o § 6.120.

Deverá considerar-se a fase de desenvolvimento em que se encontram os ativos intangíveis, pois em determinados casos será possível no momento da operação prever os benefícios que deles poderão resultar, do ponto de vista comercial, ao passo que ativos que não estejam totalmente desenvolvidos no momento em que são transmitidos poderão não permitir antecipar o impacto comercial que virão a ter, se o vier a ter, conforme o § 6.125 das diretrizes da OCDE.

Terá de se atender igualmente aos direitos, que resultam do acordo, para cada uma das partes relativamente a alterações que venham a acrescentar valor ao ativo em causa.

Por último, a análise deve procurar determinar aquelas que são as expectativas que as partes têm relativamente a benefícios futuros, advindos do ativo em causa, como consta do § 1.127.

Relativamente ao risco, que é um dos indicadores com influência na determinação do intervalo de plena concorrência, a OCDE enumera no § 6.128 de forma não taxativa, os riscos que deverão merecer atenção na análise de comparabilidade, identificando riscos relacionados com o desenvolvimento do ativo no futuro, riscos relativos à depreciação do ativo e sua inutilidade ao tornar-se obsoleto, além dos riscos relacionados com a proteção dos direitos que determinada entidade tem sobre o ativo.

Relativamente ao método de preços de transferência a utilizar para determinar o intervalo de plena concorrência, de forma simplificada, a OCDE refere logo no § 6.57 que face à dificuldade em arranjar operações comparáveis quando se tratam de ativos intangíveis, é possível que seja necessário recorrer ao método do fracionamento do lucro. Aliás, no § 6.138 a OCDE reforça a sua confiança no Princípio da Plena Concorrência e reforça a ideia de que, mesmo sem comparáveis, é ainda possível determinar o intervalo de plena concorrência.

Para isso, sugere-se no § 6.139 que se tome em consideração as funções de cada parte, os ativos utilizados e os riscos assumidos para a transação. Adicionalmente terá de se considerar as razões comerciais e económicas que estão subjacentes à operação e as alternativas, à realização dessa operação, de que as partes dispunham. Finalmente, terá de se atender às vantagens comerciais que a realização daquela operação oferece a cada uma das partes, assim como às expectativas de benefícios futuros.

Nas diretrizes existe, no § 6.142, uma recomendação expressa para que se evite aplicar métodos baseados nos custos, uma vez que o valor de um ativo intangível geralmente não pode ser determinado de acordo com os custos em que se incorreu para o seu desenvolvimento.

Poderá, contudo, ser utilizado o custo como indicador, mas numa outra perspetiva, ponderando quais os custos em que se incorreria para encontrar uma alternativa ao ativo em causa, de acordo com o § 6.143.

No entendimento da OCDE aqueles métodos que mais potencial têm para conduzir a resultados condizentes com a ideia subjacente ao Princípio da Plena Concorrência são o método do preço

comparável de mercado, nos casos em que existam comparáveis, ou o método do fracionamento do lucro nos restantes casos.

A OCDE nas suas diretrizes tem ainda a preocupação de abordar as dificuldades impostas por transações que envolvem ativos intangíveis cujo seu valor, à data da operação, não pode ser determinado com precisão.

Uma primeira abordagem sugerida é de tentar antecipar os benefícios que decorreram da aquisição da propriedade ou do direito de utilização do ativo intangível em causa, tendo em consideração todos os dados económicos disponíveis à data.

Tal como resulta do § 6.182, uma empresa independente em igual situação procuraria identificar aqueles desenvolvimentos, favoráveis ou não, que poderiam, com mais ou menos probabilidade, ocorrer.

A alternativa, nos casos em que essa projeção não possa ser realizada com exatidão, ou que essa não justifique a assunção dos riscos intrínsecos à incerteza do valor do ativo, poderá passar pela celebração de acordos que prevejam pagamentos condicionados a determinados resultados ou incluir cláusulas de ajustamento do preço, acionáveis igualmente conforme os desenvolvimentos do valor do ativo intangível. Estas opções estão plasmadas no § 6.183 das diretrizes da OCDE.

Finalmente, é dado destaque aos *hard-to-value intangibles*, em consonância aliás com o que a ação 8 do plano de ação BEPS, por nós já mencionada, pretendia.

De acordo com o § 6.189 das diretrizes esse termo deverá abranger intangíveis ou direitos relacionados com intangíveis que no momento da operação que ditou a sua transferência não dispunham de comparáveis e cujos benefícios que deles poderiam vir a resultar não pudessem ser previstos com alguma precisão.

Nestes casos sugere a OCDE, no § 6.187 das diretrizes, que as administrações tributárias estejam atentas aos resultados gerados pelo ativo objeto da operação, para poderem assim comparar com a avaliação feita pelas partes no momento em que se realizou o acordo e avaliar a existência de uma incerteza que justificasse eventuais discrepâncias entre a avaliação inicial e o valor posterior.

Isto permitirá às administrações tributárias determinar, ainda que com alguma incerteza, em que moldes uma entidade independente teria celebrado o acordo e realizado a operação.

É possível, ainda assim, o contribuinte provar que as diferenças entre o preço acordado e que o valor que resulta, em momento posterior, dos indicadores financeiros se deve a fatores não previsíveis à data da operação e que, com base nos fatores ou desenvolvimentos previsíveis, a projeção realizada corresponde a um resultado que seria expectável.

6.5. Método do fracionamento do lucro nos intangíveis

Como foi referido anteriormente, a OCDE sugere que o método de preços de transferência mais adequado para determinar os termos e condições em que uma entidade independente celebraria um acordo de transferência de um ativo intangível, ou de um direito que incida sobre um ativo intangível, deverá ser o método do fracionamento do lucro, quando não existam operações entre entidades independentes comparáveis. Esta ideia está plasmada no § 6.148 das diretrizes.

No § 6.152, é feita novamente a ressalva, mas agora especificamente para a aplicação deste método, de que é necessário ter em consideração que as funções exercidas e os riscos assumidos para determinar a quem, e em que medida, deve ser alocada a remuneração da transferência de um direito sobre um ativo intangível.

Face à crescente litigiosidade, nomeadamente relacionada com ativos intangíveis, em matéria de preços de transferência, provavelmente fruto das dificuldades que temos vindo a apresentar, é de uma extrema importância que a aplicação dos métodos de preços de transferência se faça de forma clara.

Cumpre-nos por isso mencionar o documento da OCDE de julho de 2018, intitulado *Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method*, pela relevância que este assume no que diz respeito aos preços de transferência relativos a ativos intangíveis.

O § 2.123 refere precisamente aquelas dificuldades de aplicação, apontando estas dificuldades, nomeadamente, às dificuldades que as administrações fiscais podem ter para aceder à informação financeira de todas as entidades integradas envolvidas, que permite determinar os gastos e as receitas relevantes, e mesmo para a analisar.

Tal como todos os métodos, o do fracionamento do lucro apresenta pontos fortes e pontos fracos, como aliás resulta das suas diretrizes de aplicação.

No § 2.119 é apontada uma das suas vantagens, que passa pela adequação da aplicação deste método a transações vinculadas em que ambas as partes realizam contribuições valiosas e únicas, considerando a OCDE que nestes casos uma abordagem com um método bilateral se revela mais correta. Esta avaliação bilateral, ou multilateral, é apontada como outra das vantagens deste método, tal como resulta do § 2.122, pois toma em consideração os riscos assumidos, os ativos utilizados e as funções exercidas por todas as partes da transação.

Este conceito de contribuições únicas e valiosas é dado pelo § 2.130, e serão aquelas em que as contribuições não poderão encontrar comparáveis em transações entre entidades independentes, em circunstâncias similares, além de serem essas contribuições que maior valor acrescentam à operação.

Os §§ 2.126 e 2.129 destacam a importância de determinar e analisar o setor ou indústria em que a operação é realizada, uma vez que, além de poder servir de indicador que se está perante contribuições únicas e valiosas, poderá também servir para aferir se o método do fracionamento do lucro é comumente aplicado a operações semelhantes no seio dessa indústria ou setor.

O § 2.125 realça a importância da correta e precisa delimitação da transação analisada, nomeadamente no que concerne às relações comerciais e financeiras entre as empresas relacionadas, e o contexto em que a operação é realizada.

7. Engenho desatualizado ou inapropriado: alternativas

7.1. Aspectos introdutórios

Se o consenso à volta do Princípio da Plena Concorrência nunca foi uma realidade, as críticas e desconfianças em relação à adequação do mesmo têm vindo a intensificar-se cada vez mais (Ylönen e Teivainen, 2015: 19).

Já foram apontadas diversas dificuldades inerentes à sua aplicação no ponto 2.4.

Primeiro, tratando-se de um Princípio, a sua aplicação necessita de densificação pelos eventuais aplicadores e, pese embora a OCDE tenha desenvolvido um trabalho importantíssimo no sentido da harmonização, ainda é comum ver diferentes interpretações.

Sendo este princípio baseado numa análise de comparabilidade, a falta de dados para realização desse exercício coloca também grandes entraves à sua operacionalidade, ainda que este problema possa vir a ser atenuado pela *Country-by-Country Reporting* (Ylönen e Teivainen, 2015: 9).

A OCDE tem realizado inúmeros esforços do sentido de adaptar a aplicação deste princípio às operações que envolvem intangíveis, contudo o exercício continua a ser complexo, e gera dúvidas que os resultados obtidos correspondam realmente ao que ocorreria em mercado de plena concorrência.

Finalmente, a dimensão de determinados grupos económicos, a sua posição dominante no mercado e a forte integração que por vezes apresentam, poderão também dificultar a já árdua tarefa de aplicação do Princípio da Plena Concorrência.

Alguns autores, como Ylönen e Teivainen (2015: 5), duvidam mesmo que este princípio alguma vez tenha contribuído para a implementação de termos e condições, nas operações intragrupo, correspondentes aos praticados em mercado concorrencial. Aliás, Ylönen e Teivainen (2015: 9) consideram mesmo que este princípio falhou completamente na sua finalidade de obrigar as entidades relacionadas a adotarem, nas operações entre si, termos e condições de plena concorrência.

Dourado (2017: 155) critica aliás a renovação da aposta neste princípio, pois considera que «[a] erosão das bases fiscais e a transferência de lucros resulta frequentemente da inadequação dos

preços de transferência para distribuírem os proveitos e os gastos das multinacionais. Esperava-se que o projeto BEPS reconhecesse o fracasso do princípio da plena concorrência [...]».

Mas que alternativas existem, ou poderão ser criadas? Para responder a esta questão, revela-se conveniente retornar à origem do Princípio da Plena Concorrência. O problema da tributação internacional dos rendimentos das sociedades foi primeiramente abordado, por uma organização internacional, pela Sociedade das Nações (Markham, 2005: 15).

No seio desta organização, foi criado um Comité Fiscal em 1928, o qual foi incumbido de desenvolver princípios aplicáveis à alocação dos lucros das empresas multinacionais a cada uma das jurisdições em causa, tendo resultado dos seus trabalhos o famoso *Carroll Report*, nome que deve ao seu principal autor, *Mitchell Carroll*.

No seio deste relatório, foram identificados três métodos possíveis de alocação dos lucros, tal como resulta do trabalho de Markham (2005: 15) «[...] (a) *separate accounting* [...], (b) *empirical methods* and (c) [...] *formulary apportionment/unitary taxation*».

O primeiro método, *separate accounting*, está no cerne da adoção do Princípio da Tributação como Entidades Independentes e do Princípio da Plena Concorrência.

O terceiro método por sua vez, *unitary taxation*, está na base da proposta da *Common Consolidated Corporate Tax Base* que iremos analisar com maior detalhe. Neste método a ideia subjacente seria tributar os grupos de empresas sobre a totalidade dos lucros obtidos a nível global, sendo que posteriormente seriam divididos por cada uma das jurisdições em que o grupo tivesse operações com substância económica, através de uma fórmula de alocação (Markham, 2005: 20).

7.2. Princípio da Tributação como Entidades Independentes

7.2.1. Generalidades

Tal como refere Rosado Pereira (2009: 154) este princípio «[...] determina a tributação de empresas associadas e mesmo de empresas não juridicamente distintas [...] como se fossem entidades independentes». É uma das formas de alocação dos lucros das empresas multinacionais às jurisdições tributárias em que o valor é criado, alocação essa que é realizada por forma a eliminar as situações de dupla tributação internacional, mas que com o passar do tempo se adaptou também como instrumento de combate à elisão fiscal.

Rosado Pereira (2009: 156), relativamente à ficção de que os estabelecimentos estáveis constituem entidades independentes face à empresa-mãe, para efeitos fiscais, identifica duas linhas de pensamento.

Por um lado, encontramos a teoria da independência absoluta do estabelecimento estável, segundo a qual o estabelecimento estável deveria ser tratado como se de uma entidade jurídica autónoma se tratasse, permitindo que esse deduzisse os pagamentos efetuados no seio de operações realizadas com a sociedade mãe, ao passo que esta veria estes pagamentos ficarem sujeitos a tributação.

Uma outra abordagem é a da teoria da independência restrita do estabelecimento estável, em que se desconsiderariam por completo as operações relacionadas (Rosado Pereira, 2009: 157).

Os padrões internacionais de tributação dos rendimentos das sociedades adotam claramente a primeira teoria, cuja adequação depende também do Princípio da Plena Concorrência.

É partindo do pressuposto que as operações relacionadas devem assumir relevância fiscal que se revela a verdadeira importância do Princípio da Plena Concorrência.

A imposição de conformidade dos termos e condições, praticados nas operações vinculadas, com o Princípio da Plena Concorrência é o que permite ao Estado garantir que a matéria coletável corresponde à diferença entre os lucros verdadeiramente obtidos na sua jurisdição e os gastos incorridos. Não fosse a exigência colocada pelo princípio indicado, estaria à discricionariedade das empresas estabelecer os termos, condições e preços, das operações por si realizadas.

Essa discricionariedade permitiria deslocalizar os lucros obtidos livremente, para aquelas jurisdições tributárias que oferecessem maior poupança com os encargos fiscais. Assim, independentemente das críticas que sejam apontadas ao Princípio da Plena Concorrência e de este conseguir, é inegável a sua importância face ao sistema internacional atual de tributação dos rendimentos das sociedades.

7.2.2. Dificuldades

A ficção em que se baseia este método, de que as entidades que integram um grupo são entidades independentes, tem em si um contrassenso. Tal como refere Rosado Pereira (2009: 172) o tratamento destas entidades como autónomas face às restantes é, em certa medida, contrário à

realidade. Estes grupos económicos «[...] tendem a ser dotados de estratégias próprias, verificando-se uma atuação integrada das várias empresas [...]».

A gestão centralizada da atividade de todas as empresas integrantes, com vista à otimização de toda a atividade do grupo, envolve operações e decisões que não encontram semelhante em empresas não integradas. Como refere Avi-Yonah (2009: 4), «*[m]ost fundamentally, the ALS system ignores the fact that multinational groups of companies arise precisely in order to avoid the inefficiencies that arise when unrelated companies must transact with one another at arm's length*».

E tal como refere a Autora (Rosado Pereira, 2009: 174-175), toda esta evolvente cria as condições ideais para que os grupos de empresas multinacionais realizem operações de planeamento fiscal, por vezes abusivo, mediante manipulação dos termos e condições estabelecidos nas operações que realizam intragrupo, seja esta na transmissão de bens ou nas prestações de serviços.

Não será decerto difícil equacionar uma hipótese em que a empresa-mãe, sediada numa jurisdição de menor tributação, decide centralizar os serviços informáticos do grupo, aproveitando os pagamentos realizados pelas suas filiais para que estas transfiram os seus lucros para a primeira. A manipulação poderá facilmente ser realizada através de chaves de alocação dos gastos com serviços informáticos, por exemplo.

O Princípio da Plena Concorrência foi o complemento encontrado para tentar evitar estas situações. Contudo, a sua operacionalidade é limitada em diversos casos.

Como fomos referindo, aquele que é o intervalo de plena concorrência não é facilmente definido em grande parte dos casos. Se estiverem em causa transações de bens cujo valor intrínseco é facilmente determinado, por não disporem de características que os tornem únicos, a comparabilidade é relativamente simples. Mas nas operações em que estejam em causa intangíveis, encontrar o intervalo de plena concorrência torna-se uma tarefa impossível. Como questiona Pleune (2017: 19), «[...] *how long is the arm?*».

Basta pensar no caso dos *Royalties* pagos pelo acesso a determinado *know-how*. Dificilmente se poderá quantificar o valor intrínseco aquela operação, e definir com clareza em que medida a empresa que detém a licença de Propriedade Intelectual deverá ser remunerada. É claro que em determinados produtos o peso desse *know-how* é superior que noutros.

A aplicação deste princípio pode mesmo levar a resultados que não correspondem não se aproximam da realidade económica, como refere Pleune (2017: 20), destacando Machado e Costa (2016: 211) a ironia de determinação destes preços através de uma grande intervenção administrativa, quando o resultado procurado é a correspondência com os valores de mercado. Já foi referida também a questão das empresas multinacionais que detenham um oligopólio, em que a determinação dos comparáveis convenientes se revela também de difícil execução (Šerfözöová, 2017: 26).

A determinação dos Preços de Transferência comporta hoje avultados encargos para as empresas multinacionais, tendência que se deverá manter enquanto uma outra alternativa não for adotada (Machado e Costa, 2016: 212).

Deve-se ainda ter em consideração que, face à complexidade do tema, algumas administrações tributárias poderão não ter os recursos necessários para realizar um controlo efetivo das políticas adotadas pelos grupos multinacionais que obtêm rendimentos na sua jurisdição.

Enfim, face à própria incerteza inerente aos Preços de Transferência, além da litigância entre determinada administração tributária e determinada empresa multinacional, o potencial para se verificarem confrontos entre administrações tributárias, dos quais resulte dupla tributação internacional para a multinacional envolvida, não é uma hipótese que causa estranheza.

O modelo atual, tal como refere Dourado (2017: 40), continua a «[...] assentar na concorrência entre Estados, porque não existe harmonização de matéria tributável, nem de taxas de imposto». É este o paradigma que a OCDE decidiu prolongar, com as soluções determinadas no seu plano de ação BEPS.

7.3. Princípio da Tributação Unitária

7.3.1. Generalidades

Nas palavras de Rosado Pereira (2009: 181) «[o] princípio da tributação unitária ou global [...], considera o grupo de empresas como uma unidade económica [...]». Os lucros de cada uma das entidades que compõem o grupo são vistos, tal como as próprias entidades, como meras parcelas de um todo.

A visão do grupo como uma entidade única faz com que se parta, em primeira análise, da determinação do lucro global do grupo, através da consolidação dos resultados de todas as entidades que o compõem.

Depois de apurar o lucro total do grupo, aplica-se uma fórmula, previamente determinada, por forma a atribuir a cada uma das entidades uma parcela desse lucro e determinar a sua matéria coletável na jurisdição em que exerce a sua atividade.

É uma das alternativas apontadas por Machado e Costa (2016: 213), que reconhecem de imediato a pouca viabilidade desta em contexto internacional.

Tal como parece sugerir Rosado Pereira (2009: 181), este método parece ser suscetível de gerar dados mais próximos da realidade económica, tendo em consideração as especificidades das empresas multinacionais.

Os problemas suscitados pela análise de comparabilidade desapareciam também.

Contudo, Rosado Pereira (2009: 182), aponta para uma outra vantagem, que seria a diminuição dos encargos administrativos suportados pelos contribuintes relacionados com Preços de Transferência, além de uma maior segurança jurídica quanto à sua situação fiscal. Por outro lado, chama à atenção para o facto de que alguns autores entendem que essas vantagens são falaciosas, uma vez que a diminuição dos encargos e o aumento da segurança jurídica ficariam dependentes de um sistema de tributação harmonizado.

É verdade que a necessidade de definir regras comuns aplicáveis seria extremamente importante e que, no atual contexto e a nível global, esta realidade parece ficar-se pelo estatuto de utopia. Contudo, face à informação que já é trocada no seio dos grupos multinacionais, entre as entidades que os compõem, não implicaria esforços mais significativos que os atuais.

7.3.2. Dificuldades

Um dos principais problemas deste método, apontado por Rosado Pereira (2009: 186), e que nos parece ainda atual, é a determinação da fórmula a aplicar e a presumível rigidez que dela deverá resultar. As fórmulas de alocação dos lucros «[...] tendem a ignorar a situação particular de cada empresa, a realidade económica do país onde se localiza e o contexto, designadamente concorrencial e de mercado, em que se insere».

Nem sempre uma fórmula que se baseie em fatores objetivos deveria reconduzir a resultados justos e, ao desconsiderar os factores específicos de cada empresa, poderá mesmo significar que uma empresa que, individualmente considerada, não pagaria qualquer imposto, o venha a fazer. O Estado em causa beneficiaria de uma coleta que não teria subjacente qualquer criação de valor.

A proposta de Diretiva da Comissão, COM (2016) 683, que iremos analisar mais adiante, contém uma cláusula de salvaguarda no seu artigo 29.º que prevê a possibilidade de um contribuinte solicitar a aplicação de um método alternativo de alocação da matéria tributável, nos casos em que os resultados de aplicação da fórmula se revelem contrastantes com a realidade económica.

Além disso, um sistema baseado no Princípio da Tributação Unitária implica uma forte coordenação entre todos os Estados intervenientes e, em última análise, o pretendido seria sempre a participação da generalidade dos Estados. Contudo, como refere Dourado (2017: 36) um sistema com esta configuração «[...] exigiria uma harmonização mundial de bases e de taxas de impostos ou uma instância internacional com funções redistributivas. Nenhuma destas duas opções é viável [...]».

Nos exemplos atuais de recurso a esta fórmula, a taxa a aplicar é colocada fora do âmbito da harmonização, cabendo, por exemplo, a cada um dos Estados Federados nos EUA definir a sua taxa. Também no que concerne à proposta agora discutida para a UE a solução passa por manter a fixação das taxas na disponibilidade dos Estados-Membros.

Um alerta deve ser realizado. Como referem Avi-Yonah e Benshalom (2011: 380)

Although the unitary system requires an allocation formula, the two terms are not equivalent and should be analytically distinguished. Formulaary allocation refers solely to allocating income through an allocation formula – instead of trying to determine the market price of the relevant affiliated transactions that produced the income. The unitary concept also tries to consolidate all MNE income sources, which is advantageous for corporations because it allows them to consolidate their losses from different jurisdictions.

Ainda assim, a solução apresentada pela Comissão consubstancia, seguramente, um sistema de tributação unitário dos rendimentos das sociedades.

Quanto à alocação dos lucros através de uma fórmula, importa ter em consideração que, como sugerem Avi-Yonah e Benshalom (2011: 381) existe uma desadequação de uma fórmula,

baseada em fatores como as vendas, a mão-de-obra e os ativos detidos em determinada jurisdição, para determinar de forma fidedigna os lucros gerados por numa jurisdição em concreto, uma vez que são ignoradas as diferenças inevitáveis nas taxas de rentabilidade em diferentes territórios.

Mesmo ao nível da UE, a implementação da *Common Consolidated Corporate Tax Base* poderá não resolver a generalidade dos problemas. Nada impede as empresas multinacionais de colocarem ativos intangíveis em países terceiros e continuarem a proceder à transferência dos seus lucros para jurisdições de baixa tributação. O recurso ao Princípio da Plena Concorrência, ao regime de Preços de Transferência e a outras normas, como as regras *CFC* continuará a ser imprescindível.

7.3.3. A Solução Europeia da Common Consolidated Corporate Tax Base

Face às crescentes críticas com que o Princípio da Plena Concorrência se vinha a deparar, a emitiu a Comunicação a 23 de outubro de 2001 que visava encontrar alternativas viáveis ao sistema baseado no Princípio da Tributação como Entidades Independentes. A COM (2001) 582, identificou à data quatro alternativas possíveis.

A primeira seria a criação de um Imposto Europeu sobre o Rendimento das Sociedades que, pese embora seja aquela que mais potencial teria para obter resultados alinhados com a realidade económica, embate diretamente com a questão mais delicada no que diz respeito à Tributação das Sociedades, a soberania fiscal dos Estados Membros (Ribeiro, 2018: 252).

Regras de determinação das bases tributáveis únicas, com harmonização da taxa de imposto aplicável. Como refere Ribeiro (2018: 253), seria um passo significativo no sentido de uma «Federação Europeia», realidade que, no estado atual, se deverá encontrar num horizonte ainda distante, se é que existente.

A segunda alternativa seria a Tributação com Base na Lei da Residência, que daria a possibilidade de um grupo multinacional determinar o seu imposto a pagar de acordo com a legislação tributária e das normas contabilísticas do Estado de residência da sociedade mãe, sendo que o imposto global apurado seria, em seguida, distribuído, com base numa fórmula pré-determinada, pelos Estados-Membros em que esta empresa multinacional exercesse a sua atividade (Ribeiro, 2018: 254).

Um dos problemas relacionados com esta questão, e que salta imediatamente à vista, é o agravar de uma concorrência fiscal entre os Estados-Membros que é já bastante significativa.

Além desta desvantagem, Ribeiro (2018: 254) aponta uma outra, de forma ilustrativa, em que no limite poderia ser possível «[...] situações em que três lojas que vendam o mesmo tipo de produtos, e que sejam concorrentes, possam, apesar de estar situadas na mesma rua, ser sujeitas a regimes fiscais distintos [...]», dependendo do Estado de residência da sociedade-mãe.

A terceira opção apresentada na Comunicação era a da Base Comum Consolidada, segundo Ribeiro (2018: 256), que passaria essencialmente por criar uma base de imposto comum no seio da UE, para todos os Estados-Membros em que a empresa multinacional exercesse a sua atividade.

Esta alternativa foi alvo de uma proposta de Diretiva da Comissão para o Conselho de 2011, já referida no ponto 5.8. Na referida proposta previa-se que o regime fosse opcional para as empresas multinacionais, cujo lucro tributável seria determinado desta forma apenas se estas aderissem ao método em causa. Contrariamente, se não o fizessem, mantinha-se o paradigma do sistema de tributação baseado no Princípio da Plena Concorrência.

Ao apuramento matéria coletável consolidada da empresa multinacional na UE, realizado de acordo com as regras estabelecidas no capítulo IV da proposta, seguir-se-ia a aplicação de uma fórmula marcada por três fatores (Ribeiro, 2018: 260), as vendas, a mão-de-obra e os ativos, como resultava dos artigos 86.º e ss da proposta, os quais determinavam o peso que cada fator deveria assumir na fórmula em causa.

Esta proposta não implicava um abandono do Princípio da Plena Concorrência ainda assim, quer porque continuaria a ser aplicável aos grupos multinacionais que não optassem por este regime, quer porque continuaria a estar na base do controlo das operações vinculadas entre entidades relacionadas, em que uma delas não tivesse residência num Estado-Membro da UE, como é possível depreender dos artigos 78.º e ss da proposta. Por razões que já foram referidas, esta proposta nunca foi aprovada, contudo, recentemente esta alternativa foi retomada, ainda que com alguns traços distintos, exposição a que voltaremos logo após de apresentar a quarta alternativa identificada na Comunicação de 2011.

Ribeiro (2018: 261-262) identifica por último a chamada Base Fiscal Única Harmonizada Obrigatória, que funciona de forma semelhante ao anterior, com a diferença de que as regras de

determinação da matéria coletável do Direito nacional dos Estados-Membros são substituídas por estas. Tal como resulta do nome, é de carácter obrigatório, e as regras de incidência passam a ser aplicáveis a todas as sociedades e não a um grupo pré-determinado de sociedades, como a anterior.

A proposta que se encontra atualmente «em cima da mesa» retoma a Base Comum Consolidada, como já referimos.

Como refere Ribeiro (2018: 262), este tema é retomado na sequência do plano de ação BEPS, que fez voltar à ribalta o tema da evasão fiscal. Não se poderá ainda assim dizer que será uma decorrência do referido plano de ação pois, tal como realça Dourado (2017: 53), este plano representa um reinvestimento no Princípio da Tributação como Entidades Independentes e «[...] as regras de preços de transferência, que não se adequam à atividade das multinacionais, continuam a ser aplicadas, ainda que se proponha o seu aperfeiçoamento».

A proposta apresentada a 25 de outubro de 2016 estabelece agora duas metas distintas, o que revela uma clara preocupação por parte da Comissão de ser ambiciosa e paciente ao mesmo tempo.

Numa primeira fase a Comissão pretende estabelecer uma base comum aplicável nos Estados-Membros, o que só por si só é um passo importantíssimo que permite às empresas multinacionais que atuem em diversos Estados da UE descomplicar os seus procedimentos com vista ao cumprimento das obrigações fiscais a que estão sujeitas, respeitando a soberania dos Estados-Membros no que concerne às taxas a aplicar à matéria coletável que daí resulte (Ribeiro, 2018: 264). Esta proposta vem plasmada na COM (2016) 685, de 25 de outubro de 2016.

Só em fase posterior é que se procurará alcançar uma base comum consolidada. Ou seja, só neste momento é que os Estados-Membros encontrarão uma alternativa ao atual sistema sustentado no Princípio da Plena Concorrência e, claro, apenas no que concerne às operações que sejam realizados entre entidades relacionadas que se localizem dentro da UE. O documento que contém esta proposta a considerar numa segunda fase é a COM (2016) 683 da Comissão.

Face à proposta anterior, de 2011, Ribeiro identifica na nova proposta de 2016 três alterações (2018: 262), das quais a primeira está relacionada com a questão da definição de duas metas como acima foi explicado.

A segunda diferença está relacionada com o facto de este regime passar a ser aplicado obrigatoriamente aos grupos multinacionais cuja receita total consolidada ultrapasse os 750 milhões de euros, ao contrário da proposta de 2011 que previa a possibilidade dos grupos multinacionais optarem, ou não, pela aplicação do regime nela previsto. Para as empresas multinacionais cujos valores de receita total consolidada se fixem abaixo daquele montante, o regime continuará a revestir natureza facultativa (Ribeiro, 2018: 263).

A terceira diferença que Ribeiro (2018: 263) destaca é que passam a ser dedutíveis os custos de desenvolvimento e investigação, que resulta do artigo 9.º n.º 2 da COM (2016) 685. Num texto informativo publicado pela consultora *EY*, esta nova possibilidade é mesmo vista como uma excelente oportunidade, para os Estados-Membros, de atrair investimento das empresas multinacionais.

Além disso, destacamos o artigo 11.º da mesma proposta, que estabelece um claro incentivo ao investimento de capitais próprios, em substituição do recurso à contração de dívida com empréstimos. Esta medida tem como finalidade tornar as empresas que atuam na UE mais resistentes, evitando o sobreendividamento. Esta ideia está aliás plasmada no comunicado de imprensa da Comissão de 25 de outubro de 2016.

Relativamente à fórmula segundo a qual a matéria coletável é depois atribuída a cada um dos Estados-Membros, continua a basear-se nos três fatores anteriormente referidos, as vendas, a mão-de-obra, que inclui o número de funcionários e os gastos com os seus salários, e os ativos de cada uma das entidades.

Fernández (2012: 599), aponta críticas ao facto de os ativos aqui considerados não incluírem ativos intangíveis, por a Comissão entender que são ativos com demasiada mobilidade para o efeito, realçando assim a contradição desta opção com os traços definidos para o desenvolvimento económico da UE, que indicam uma forte aposta no desenvolvimento tecnológico.

Relativamente a esta opção, Eden (2015: 22) mostra algumas reservas, uma vez que a proposta em causa será uma solução aplicada apenas no âmbito da UE, mantendo-se o Princípio da Plena Concorrência na relação com países terceiros, tornando o sistema de alocação de lucros mais complexo ainda. Além disso o autor (Eden, 2015: 23) recorda que a experiência até à data, no que diz respeito à adoção deste método de alocação de lucros, aconteceu apenas ao nível interno

de um Estado, como o caso dos EUA. Não se pode ignorar, contudo, que entre os Estados Federais existem pontos de convergência que não existem entre os Estados-Membros da UE.

Acerca da proposta de 2011, que se encontrava ainda em discussão, escreveu Mas (2010: 394)

A failure in the application of the new CCCTB directive represents a considerable setback in the EU tax harmonization process and, therefore, a considerable setback in the European integration, both because it entails a delay in obtaining the organizing directive and because it entails a loss of trust in the regulating capabilities themselves.

Este aviso do autor não padece de anacronismo. Caso a proposta atual venha a ser aceite, mas tenha efeitos negativos nas receitas dos Estados-Membros, esse falhanço poderá vir a tornar-se um embargo a novos desenvolvimentos no sentido da harmonização da tributação direta dos rendimentos das sociedades, no seio da UE. O impacto de uma alteração desta magnitude tem sempre associado um grau significativo de imprevisibilidade, independentemente dos estudos que sejam realizados.

7.4. Destination-Based Cash-Flow Tax

7.4.1. Generalidades

Uma outra alternativa ao atual sistema de tributação internacional das sociedades é o chamado *Destination-Based Cash-Flow Tax*, e que tem sido apontado como uma alternativa para o sistema de tributação dos rendimentos das sociedades dos EUA.

Este sistema foi mencionado no *Report of the Commission Expert Group on Taxation of the Digital Economy* de 2014 como tendo potencial enquanto alternativa ao atual sistema de tributação das sociedades. Esta consideração é realizada com a nuance de que estudos, mais aprofundados acerca dos efeitos que a sua implementação, são ainda necessários.

Em traços gerais, e como refere Devereux (2017: 2-3), este imposto incidiria sobre as receitas líquidas, baseando-se nas vendas de bens e prestações de serviços verificados em determinada jurisdição, às quais se subtraem as despesas incorridas nesse país. Como refere o autor, seriam então excluídas as receitas relacionadas com exportações, mas as importações realizadas seriam tributadas, à semelhança do que ocorre no IVA. As empresas exportadoras teriam assim, nas palavras de Devereux (2017:4) um incentivo à exportação, por força da ausência de tributação.

Para evitar fenômenos de dupla não tributação, essas exportações teriam de ser tributadas no país importador.

A localização do consumidor final seria o elemento que definiria o local da criação do valor e da subsequente tributação, ignorando-se assim as transações com *B2B* internas e as exportações. Esta opção tem por base a percepção de que os consumidores finais dispõem de menos mobilidade e que serão mais facilmente localizáveis (Devereux, 2017: 4) e de que as vendas são consideravelmente mais impermeáveis aos incentivos fiscais que as decisões de investimento (Pleune, 2017: 40).

O potencial deste sistema é, para Devereux (2017: 7) enorme, na medida em que permite suprir os problemas relacionados com a evasão e elisão fiscal que persistem no atual sistema de tributação das sociedades, como nomeadamente a questão da transferência de lucros.

Acrescenta ainda o autor (Devereux, 2017: 7), que o conceito de residência fiscal das sociedades perderia importância, conceito esse que tão complexo se tem revelado e que tem potenciado abusos ao longo dos anos.

Mas as vantagens apontadas a este sistema têm diversas condicionantes que não são facilmente contornadas ou resolvidas, como veremos em seguida.

7.4.2. Dificuldades

Um dos primeiros problemas que deverá ser abordado é o de a implementação deste sistema de tributação das sociedades a nível internacional depender de uma grande coordenação entre todos os Estados. A implementação singular, por parte de um Estado, poderia agravar consideravelmente as inconsistências entre os diversos ordenamentos jurídicos e levar a novas situações de dupla tributação, ou dupla não tributação internacional (Pleune, 2017: 43).

Resulta da análise realizada por Devereux (2017: 7), relativa ao impacto da implementação deste sistema de tributação, que este tem um grande potencial para combater esquemas de elisão fiscal como a transferência de lucros, contudo, como alerta Pleune (2017: 41), este sistema de tributação colide com uma ideia de igualdade entre nações, que a OCDE sustenta, na medida em que entende que as jurisdições em que estão localizados os ativos intangíveis detidos pelas sociedades estão, não serão necessariamente compensadas pela atividade de desenvolvimento nelas exercida.

Um outro problema que poderá surgir, e com que hoje já se deparam muitas das jurisdições que implementaram impostos sobre o consumo semelhantes ao IVA, são as distorções causadas pelo recurso a territórios de baixa, ou nula, tributação para adquirir determinados bens. Este fenómeno deverá ter hoje maior representatividade no comércio *online*, face à impossibilidade de controlar todas as entradas de bens.

Finalmente, se a longo prazo a substituição do atual sistema de tributação das sociedades pelo *Destination-Based Cash-Flow Tax* traria aos contribuintes uma importante redução de encargos, face à complexidade e aos custos associados com a questão dos Preços de Transferência, também será verdade que numa primeira fase a readaptação a um sistema de tributação completamente novo seria altamente complexa e dispendiosa.

Esta dificuldade é comunicável às administrações tributárias dos diversos Estados também, que teriam naturalmente de se readaptar, desenvolver novas ferramentas de controlo e preparar toda a sua estrutura humana para as alterações, ainda que no caso português o conhecido sistema *e-faturas* possa já servir de ponto de partida.

7.5. Conclusões

Como tivemos a oportunidade de constatar ao longo deste capítulo, existem pelo menos dois sistemas de tributação internacional das sociedades apontados como potenciais alternativas ao atual sistema, baseado na tributação das sociedades como entidades independentes. O sistema atual, tal como configurado, é ainda muito dependente do Princípio da Plena Concorrência.

Um problema comum às duas alternativas apresentadas é que a sua implementação se revela altamente dependente de uma forte coordenação entre os Estados e, como fomos realçando ao longo da dissertação, a tributação direta continua a ser uma das áreas mais sensíveis dos Estados e onde estes se mostram mais reticentes quanto a eventuais renúncias, ainda que parciais.

Pleune (2017: 3) dá conta de que no seio da OCDE a confiança continua a recair sobre o Princípio da Plena Concorrência, ainda que este já tenha demonstrado que a sua aplicação a realidades como os ativos intangíveis nem sempre gera resultados que espelhem a realidade económica. Aliás, acerca do plano de ação BEPS, Dourado (2017: 39) afirma que «[...] pretende-se aperfeiçoar os preços de transferência e o princípio das entidades independentes, sem alterar

o cerne do sistema. Perde-se assim uma oportunidade de criar um sistema alternativo, que fosse mais adequado ao funcionamento das multinacionais».

Mas também é Dourado (2017: 36) que afirma que, a nível internacional, a implementação de uma solução universalista não é «[...] viável ou sequer recomendável [...]».

A harmonização fiscal a nível internacional está consideravelmente dependente dos trabalhos realizados no âmbito da OCDE. Contudo esta organização funciona com base em consensos e acordos políticos, que carecem de força vinculativa. Se o facto de o número de membros ser limitado é um importante obstáculo a uma harmonização global, também a falta de força vinculativa o é, uma vez que, em caso de incumprimento das recomendações da organização, em última análise os Estados-Membros deverão enfrentar apenas algum descrédito político.

Já no seio da UE o quadro é mais complexo e, ao mesmo tempo, mais esperançoso. Os Estados-Membros da UE estão vinculados aos Tratados, existe maior identidade entre os diferentes Estados, um «sentimento europeu», objetivos comuns e alguma identidade cultural.

Mesmo nas matérias em que a UE não dispõe de competência legislativa, como é o caso da tributação direta, os Estados-Membros deparam-se com diversas limitações impostas pelos Tratados e pelas liberdades fundamentais, além de que a cooperação é uma realidade mais natural, independentemente de uma ou outra situação que possa sugerir o contrário.

Assim, encaramos a *Common Consolidated Corporate Tax Base* como uma alternativa com alguma viabilidade. Aliás, como refere Ribeiro (2018: 269), a saída do Reino Unido da UE poderá mesmo ser vista como uma boa notícia, ao menos neste plano, uma vez que era um dos principais opositores a esta proposta.

Contudo, a adoção de um sistema de tributação internacional das sociedades que garanta um eficaz combate à elisão e à evasão fiscal ficará, uma vez mais, num horizonte ainda distante. Mesmo a confirmar-se a aprovação daquela proposta, o Princípio da Plena Concorrência continuará a ser a única opção viável, a curto prazo, para o plano global. Aliás a dualização do sistema de tributação, numa base regional, poderá vir mesmo a gerar novos problemas que à data não tenham sido, ou não possam ser antecipados.

Uma proposta que nos suscitou também algum interesse foi apresentada por Avi-Yonah e Benschalom (2011: 383), que recomendavam a criação de um sistema dicotómico, mas cuja aplicação seria determinada conforme a fonte de rendimento em causa, mantendo-se o Princípio

da Tributação como Entidades Independentes, e o Princípio da Plena Concorrência, para as operações em que este se revelasse adequado, ao passo que nas restantes se aplicaria um regime semelhante ao *Formulary Apportionment*. Ou seja, a aplicação deste último regime seria feita apenas relativamente aos rendimentos com origem em ativos intangíveis e ativos financeiros, em que nem sempre é fácil encontrar comparáveis.

Quanto a uma eventual implementação do *Destination-Based Cash-Flow Tax*, os argumentos utilizados para o anterior são igualmente aplicáveis.

Exigiria um nível de coordenação e cooperação que no contexto atual é utópico, pelo menos se for considerada uma implementação global. Por outro lado, a sua implementação unilateral, ou regional, deveria gerar mais falhas no sistema de tributação internacional do que as que pretendia resolver.

Face ao exposto, entendemos que o Princípio da Plena Concorrência deverá continuar a merecer confiança para a resolução dos problemas colocados pela tributação direta num contexto internacional. Contudo, não podemos deixar de concordar com os autores que sugerem que este não se revela adequado à alocação de lucros com origem em determinados ativos, nomeadamente os ativos intangíveis.

Acreditamos que uma parte significativa dos litígios em sede de preços de transferência estão relacionados com ativos com aquela natureza, como aliás parece sugerir o elevado número de recentes Decisões da Comissão que versam sobre estes. Uma abordagem diferente para este tipo de ativos poderá fazer todo o sentido, e entendemos que eventuais alterações ao atual sistema de tributação devem ser as mais direcionadas e limitadas possível, uma vez que um projeto demasiado ambicioso que tenha por objeto a soberania tributária dos Estados terá sempre uma maior probabilidade de cair por terra.

Fica a expectativa relativamente ao desfecho da proposta da Comissão sobre a implementação de uma Matéria Coletável Consolidada Comum do Imposto sobre as Sociedades. O seu sucesso ou insucesso poderá ser determinante para futuros desenvolvimentos, podendo vir a traduzir-se num importante impulso a uma cooperação de natureza global. Importará em todo o caso ter presente que os resultados da sua implementação, mencionando, uma vez mais, Mas (2010: 394), poderão ter também efeitos nefastos nos esforços levados a cabo no sentido da harmonização da tributação direta no seio da UE, na medida em que, se da sua implementação

resultar uma redução das receitas fiscais dos Estados-Membros, a desconfiança em torno das opções comunitárias poderá constituir um entrave a futuras tentativas de aproximação ou harmonização.

8. Conclusão

Uma breve reflexão deve ser realizada, tendo por base o que aqui foi sendo exposto, acerca da «validade» do atual sistema de tributação das sociedades.

O Princípio da Plena Concorrência e o Princípio da Tributação como Entidades Independentes, enquanto paradigmas do sistema de tributação internacional das sociedades, são já largamente adotados. Embora os seus desenvolvimentos, mais significativos e recentes, se devam à atuação da OCDE, a sua adoção estende-se já a um grande número de Estados, ainda que nem todos sejam seus membros.

Como qualquer opção política e legislativa, não se encontra isento de críticas. Estas críticas têm-se intensificado nos últimos anos, tendência que deverá manter-se no futuro e têm na sua base, essencialmente, a desadequação deste princípio para resolver os problemas suscitados pela atividade das empresas multinacionais no que diz respeito à tributação dos seus rendimentos.

A crescente globalização, a alteração dos modelos de negócios das empresas, a digitalização da economia e o aumento da relevância da generalidade dos ativos intangíveis para o bom desempenho empresarial, têm acentuado drasticamente os problemas relacionados com a tributação dos lucros dos grupos multinacionais, que encontram naqueles fatores uma envolvente circunstancial favorável à transferência de lucros entre as suas entidades integradas, por forma a reduzir os encargos fiscais suportados.

Contudo, esta transferência de lucros, em determinados casos, não poderá ser considerada legítima, na medida em que poderá levar a uma redução das bases tributáveis dos Estados em que os lucros foram efetivamente obtidos. Contudo, os críticos afirmam que o Princípio da Plena Concorrência não permite, num número significativo de casos, resolver os problemas a que se propõem. Há mesmo quem sugira que este princípio é, até um certo limite, permissivo destas práticas de transferência de lucros, face aos resultados desajustados da realidade económica que gera.

Tal como qualquer princípio, a sua densificação afigura-se complexa e, ao mesmo tempo, necessária à sua eficácia. E assumimos que em determinados casos o Princípio da Plena Concorrência poderá não gerar resultados próximos do que seria praticado entre agentes económicos independentes e assumimos ainda que, mesmo nos casos em que se consiga chegar

a esse resultado, poder-se-á estar a avaliar determinada operação, ignorando especificidades que devem ser reconhecidas às empresas relacionadas e que poderão e deverão ter o seu impacto reconhecido. Contudo, depois de analisadas as alternativas existentes, importa realizar uma apreciação crítica.

Em primeiro lugar, importa reafirmar a importância deste princípio que, se não cumpre escrupulosamente os seus intentos, define um mínimo de proteção para as receitas fiscais dos Estados.

As alternativas que têm vindo a ser apontados revelam grande potencial, mas apresentam desde logo uma reserva, que é o nível de coordenação que é exigido entre os Estados. A tributação dos rendimentos das sociedades é vista como uma das mais importantes parcelas do poder soberano dos Estados e um meio imprescindível para o desenvolvimento das políticas, internas e externas, definidas por cada um daqueles. Naturalmente que, dos diferentes rumos definidos por cada um dos Estados, resultarão diferentes opções de política tributária, o que torna o consenso quase inalcançável, sobretudo nos casos em que a coordenação procure introduzir harmonizações com maior impacto.

Assim, uma adoção das alternativas consideradas não se afigura fácil, pelo menos com um alcance global, e a sua adoção unilateral ou regional poderão potenciar as, já consideráveis, dificuldades que se vivem ao nível da tributação internacional dos rendimentos das sociedades.

Mesmo num contexto de uma organização como a UE, o nível de coordenação exigido para a implementação da CCCTB tem extravasado a disposição de alguns Estados-Membros para abdicar das suas opções em matéria de tributação direta e, ainda que venha a ser aprovada, o Princípio da Plena Concorrência continuará a ter um papel determinante na relação com Estados terceiros.

Não pretendemos marginalizar o valor da proposta em causa que, além das suas virtudes do ponto de vista tributário, já indicadas, tem ainda a particularidade de representar, no caso de vir a ser aprovada, um pequeno passo rumo ao «regime de união federal europeia», como sonhado por Briand (Machado, 2014: 10). Uma ponta de esperança nos federalistas europeus, recentemente abalados com o chamado *Brexit*, nome dado ao processo de saída do Reino Unido da União Europeia.

Feitas todas as considerações, no nosso entender o Princípio da Plena Concorrência continuará a ter o lugar cativo no plano da tributação internacional dos rendimentos das sociedades a longo prazo, e deverá continuar a ser desenvolvido. Existem realidades, como as operações que têm por objeto ativos intangíveis, cujo caminho talvez deva passar por encontrar uma alternativa a este princípio, criando um sistema dicotômico, como sugeriam Avi-Yonah e Benshalom (2011: 383), pois, ainda que a OCDE manifeste a sua confiança neste princípio para resolver as questões de preços de transferência, para estas operações, a complexidade do exercício revela-se um grande obstáculo, quer à segurança jurídica, quer à correta alocação dos lucros.

Terminando em jeito premonitório, e sem prejuízo de o tempo vir a provar o contrário, o Princípio da Plena Concorrência deverá manter-se como padrão durante largos anos e, mesmo quando o deixar de ser, dificilmente virá a ser abandonado por completo.

Referências Bibliográficas

- Ashon, R. (2017). *Is the Commission's Arm's Length Principle Compatible with the Principle of Legal Certainty?* (Dissertação de mestrado, Lund University - School of Economics and Management, Lund, Suécia). Disponível em: <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordOId=8911444&fileOId=8911446>
- Auerbach, A. J. (2017, Outono). Demystifying the Destination-Based Cash-Flow Tax. *Brookings Papers on Economic Activity*. Disponível em: <https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2018/02/auerbachtextfa17bpea.pdf>
- Avi-Yonah, R. S. (2007). *The Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of U. S. International Taxation*. Michigan: University of Michigan Law School. Disponível em: https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1074&context=law_econ_archive
- Avi-Yonah, R. S. (2011) Between Formulary Apportionment and the OECD Guidelines: A Proposal for Reconciliation. *Law & Economics Working Papers*. Disponível em: https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.pt/&httpsredir=1&article=1103&context=law_econ_archive
- Avi-Yonah, R. S., & Benshalom, I. (2011). Formulary Apportionment: Myths and Prospects – Promoting Better International Policy and Utilizing the Misunderstood and Under-Theorized Formulary Alternative. *World Tax Journal*, 3(3), 371-398.
- Bjornholm, N. (2016). First Decision on the Arbitration Convention (90/436). *European Taxation*, 56(12), 534-540.
- Borrego, L. M. (2016). Auxílios de Estado e a Fiscalidade: Novos desafios. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, (4), 191-268.
- Byrne, C. (2016, outubro). Carolynne Byrne interview to Joe Kennedy. Apple Q&A: Kennedy condemns Commission's decision. *International Tax Review*, 35-37.
- Byrne, C. (2016, dezembro). Santander state aid case may prove crucial to Apple's appeal. *International Tax Review*, 13-14.
- Campos, D. L. (2007, dezembro). Preços de transferência e arbitragem. *Revista da Ordem dos Advogados*, 3. Disponível em: <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2007/ano-67-vol-iii-dez-2007/doutrina/diogo-leite-de-campos-precos-de-transferencia-e-arbitragem/>
- Carolis, D. (2013). The European Arbitration Convention on Transfer Pricing: Legal Fossil or Instrument of New European Governance? *Intertax*, 41(5), 308-312.
- Courinha, G. L. (2014). BEPS e o sistema fiscal português: uma primeira incursão. *Cadernos de Justiça Tributária*, (4), 3-10.
- Devereux, M. P. (2017). Destination-Based Cash-Flow Taxation. *European Tax Policy Forum*. Disponível em: http://www.etpf.org/files/Devereux_ETPF_policy_paper_2017.pdf

- Dourado, A. P. (2010). *Lições de Direito Fiscal Europeu – Tributação Directa*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal.
- Dourado, A. P. (2017). *Direito Fiscal* (2ª ed.). Coimbra: Edições Almedina
- Dourado, A. P. (2017). *Governança Fiscal Global*. Coimbra: Edições Almedina.
- Eden, L. (2000). The arm's length standard in North America. *Tax Notes International*, 20(6), 673-681.
- Eden, L. (2015). *The Arm's Length Standard: Making It Work In a 21st Century World of Multinationals and nation states*. Disponível em: <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=374096013001097124117127087065120069101073010028061025100083026029013092085031009000032030033008111111007024121003080121007113044057037006047084008030095078012076000011049031115104092093084084119070005071125122110004126117006089027097080018117072119&EXT=pdf>
- European Commission. *Transfer Pricing in EU context*. Disponível em: https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/transfer-pricing-eu-context_en
- European Commission (2011). *COM(2011) 121/4 relativa a uma matéria colectável comum consolidada do imposto sobre as sociedades (MCCCS)*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52011PC0121&from=EN>
- European Commission (2015). Decisão (UE) 2017/502 da Comissão de 21 de outubro. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32017D0502&from=PT>
- European Commission (2016). *COM(2016) 683 Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base*. Disponível em: https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/com_2016_683_en.pdf
- European Commission (2016). *COM(2016) 685 Proposal for a Council Directive on a Common Corporate Tax Base*. Disponível em: https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/com_2016_685_en.pdf
- European Commission (2016). *Comunicação da Comissão 2016/C 261/01 sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=OJ:C:2016:262:FULL&from=PT>
- European Commission (2016). Decisão (UE) 2017/1283 da Comissão de 30 de agosto. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32017D1283&from=PT>
- EY (2016). How should multinationals prepare for CCCTB? *Tax Insights*. Disponível em: <https://taxinsights.ey.com/archive/articles/how-should-multinationals-prepare-for-ccctb.aspx>
- Fernández, M. G. (2012). Corporate Tax Harmonization: Key Issues for Ensuring an Efficient Implementation of the CCCTB. *Intertax*, 40(11), 598-605.

- Ferreira, H. P. (2014). *O valor dos Comentários à Convenção Modelo da OCDE à luz dos protocolos e outros acordos colaterais anexos às Convenções de Dupla Tributação* (Dissertação de mestrado, Universidade Católica Portuguesa - Faculdade de Direito, Lisboa, Portugal).
- Haines, A., & Schwanke, A. (2016, outubro). Multinationals and the EC engulfed in state aid disputes. *International Tax Review*, 27-34.
- Kemmeren, C. M. (2011). CCCTB: Enhanced Speed Ahead for Improvement. *EC Tax Review*, (5), 208-210.
- Krzysztof Lasiński-Sulecki, K. (2014). OECD Guidelines. Between Soft-Law and Hard-Law in Transfer Pricing Matters. *Comparative Law Review*, 17, 64-79. Disponível em: <http://apcz.umk.pl/czasopisma/index.php/CLR/article/download/CLR.2014.003/5714>
- Machado, J. M., & Costa, P. N. (2016). *Manual de Direito Fiscal*. Coimbra: Edições Almedina.
- Martins, A. M. G. (2017). As Fontes de Direito da União Europeia. In *Manual de Direito da União Europeia* (481-512). Coimbra: Edições Almedina.
- Mas, L. F. (2010). Consequences of the Implementation of the CCCTB Regime on EU Member States Tax Collection: Will CCCTB Have a Dramatic or Only a Severe Effect on Public Finances? *Intertax*, 38(8/9), 394-420.
- Morais, R. D. (2009). Preços de transferência - O sistema fiscal no fio da navalha. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, (1), 135-169.
- Monda, E. (2002). Il Transferimento dei Diritti su Beni Immateriali: I Servizi Infragrupo e Gli Accordi di Ripartizione Costi. In C. Sacchetto e D. L. Alemanno (Ed.). *Materiali di Diritto Tributario Internazionale* (pp. 299-341). Ipsoa Editore.
- Murphy, R. (2016) EU Proposal to Revive the CCCTB: Areas of Concern. *Bloomberg Tax*. Disponível em <https://www.bna.com/eu-proposal-revive-n57982079067/>
- Nabais, J. C. (2015). *Direito Fiscal* (8ª ed.). Coimbra: Edições Almedina.
- OECD (1960). *Convention on the Organisation for Economic Co-operation and Development*. Disponível em: <http://www.oecd.org/general/conventionontheorganisationforeconomicco-operationanddevelopment.htm>
- OECD (2001). *The OECD Guidelines for Multinational Enterprises*. OECD Observer, Paris. Disponível em: <http://www.oecd.org/investment/mne/1903291.pdf>
- OECD (2010). *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010*. OECD Publishing, Paris. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2010_tpg-2010-en#page1
- OECD (2013). *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. OECD Publishing, Paris. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>
- OECD (2017). *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*. OECD Publishing, Paris. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017_mtc_cond-2017-en#page36

- OECD (2017). *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*. OECD Publishing, Paris. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2017_tpg-2017-en#page1
- OECD (2018). *OECD Members and partners*. Disponível em: <http://www.oecd.org/about/membersandpartners>
- OECD (2018). *Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method: Inclusive Framework on BEPS: Action 10*. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Paris. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/revised-guidance-on-the-application-of-the-transactional-profit-split-method-beps-action-10.pdf>
- Palma, C. C. (2012). *Estudos de IVA II*. Coimbra: Edições Almedina.
- Panayi, C. H. (2016). International Tax Law Following the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. *Bulletin for international taxation*, (70)11, 628-660.
- Pereira, M. F. (2014). *Fiscalidade* (5.ª ed.). Coimbra: Edições Almedina.
- Pereira, P. R. (2009). *Convenções sobre Dupla Tributação e Direito Comunitário Tributário* (Tese de doutoramento, Universidade de Lisboa - Faculdade de Direito, Lisboa, Portugal).
- Pires, R. C. (2018). *Manual de Direito Internacional Fiscal*. Coimbra: Edições Almedina.
- Pleune, J. (2017). *The desirability of the arm's length principle in the 21st century* (Dissertação de mestrado, Tilburg University – Economics and Management School, Tilburg, Países Baixos). Disponível em: <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=143966>
- Raad, K. (1990). *1963 and 1977 OECD Model Income Tax Treaties and Commentaries* (2.ª ed.). Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers.
- Ribeiro, J. S. (2018). *Direito Fiscal da União Europeia – Tributação Direta*. Coimbra: Edições Almedina.
- Rousselle, O. (2005). The EC Arbitration Convention – An Overview of the Current Position. *European Taxation*, 45(1), 14-18.
- Saint-Amans, P., & Russo, R. (2016). The BEPS Package: Promise Kept. *Bulletin for International Taxation*, 70(4), 236-241.
- Santos, A. C. (2003). *Auxílios de Estado e Fiscalidade*. Coimbra: Edições Almedina.
- Santos, A. C., & Palma, C. C. (1999). A regulação internacional da concorrência fiscal prejudicial. *Ciência e Técnica Fiscal*, (395), 7-36.
- Šerfözöová, F. (2017). *Does the BEPS Action Plan properly address the threats of base erosion and profit shifting recognized by the OECD and if not, what would be a better alternative?* (Dissertação de mestrado, Tilburg University - Law School, Tilburg, Holanda). Disponível em: <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=143365>
- Teixeira, G. (2016). *Manual de Direito Fiscal* (4.ª ed.). Coimbra: Edições Almedina.
- Vogel, K. et al (1997). *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions* (3.ª ed.). London: Kluwer Law International Ltd.
- Wisselink, M. A. (1990). *Methods of international tax avoidance*. In J. C. Huiskamp (Ed.). *International Tax Avoidance* (pp. 25-57). Deventer: Kluwer.

Xavier, A., Palma, C. C., & Xavier, L. (2007). *Direito Tributário Internacional*. Coimbra: Edições Almedina.

Xavier, A., Palma, C. C., & Xavier, L. (2017). *Direito Tributário Internacional* (2ª ed.). Coimbra: Edições Almedina.

Ylönen, M., & Teivainen, T. (2015). Politics of Intra-Firm Trade: Corporate Price Planning and the Double Role of the Arm's Length Principle. Disponível em: <https://www.taxjustice.net/wp-content/uploads/2015/06/Ylo%CC%88nen-Teivainen-2015-Double-Role-of-the-ALP-draft-for-Should-Nation-States-Compete-workshop.pdf>

Diplomas legais:

Convenção 90/436/CEE de 20 de agosto. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:41990A0436&from=PT>

Diretiva (UE) 2015/2376 de 8 de dezembro do Conselho da União Europeia. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015L2376&from=pt>

Diretiva 2011/16/EU de 15 de fevereiro do Conselho da União Europeia. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32011L0016&from=PT>

Diretiva (UE) 2016/1164 de 12 de julho do Conselho da União Europeia. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016L1164&from=PT>

Portaria n.º 1446-C/2001 de 21 de dezembro do Ministério das Finanças. Diário da República: Série I-B, n.º 294 (2001). Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/319769/details/maximized>.

Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=PT>

Jurisprudência:

Acórdão do Centro de Arbitragem Administrativa do Processo n.º 844/2014-T. Disponível em: https://caad.org.pt/tributario/decisoes/decisao.php?s_irc=1&s_processo=&s_data_ini=&s_data_fim=&s_resumo=Pre%C3%A7os+de+Transfer%C3%Aancia&s_artigos=&s_texto=&listPage=2&id=1110

Acórdão do Tribunal de Justiça do processo n.º C-324/00. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=47587&doclang=PT>

Acórdão do Tribunal de Justiça do processo n.º C-524/04. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?sessionid=9ea7d2dc30d60ae08e28a2f447a6838892302bf7b3ed.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyMaxb0?text=&docid=62137&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=28974>

Acórdão do Tribunal de Justiça do processo n.º C-203/15 e C698/15. Disponível em:
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62015CJ0203&from=PT>