



FACULDADE DE DEREITO
Departamento de Direito Público Especial

TESE de DOUTORAMENTO

A TRIBUTAÇÃO DAS EMPRESAS ASSOCIADAS

Das soluções do MCOCDE às Novas Propostas da UE



Santiago de Compostela

Julho de 2010

PRÓLOGO

Non cabe dúbida de que o comercio internacional e o despregamento das estratexias empresariais para a súa internacionalización deron un envorco transcendental especialmente no último cuarto do século XX e nestes primeiros anos do XXI. Tiveron moito que ver nesta proliferación, tanto as melloras nos medios de comunicación tradicionais, que permitiron o desprazamento das mercancias en mínimos períodos de tempo a calquera punto de planeta, como a gran revolución das tecnoloxías da información e as comunicacións, que converteron ao mundo nun gran mercado global.

Esta nova realidade ten un impacto moi notable nun tema clásico de todo o comercio internacional como é o dos prezos de transferencia. En efecto, como consecuencia do fenómeno exposto, multiplicáronse as empresas multinacionais converténdose o que era unha fenómeno puntual e illado nun comportamento habitual e xeneralizado. A través das redes de filiais e sucursais (establecementos permanentes) as empresas realizan unha gran parte das súas operacións con outras entidades coas que manteñen un certo nivel de vinculación. Desta forma, as operacións entre entidades vinculadas, que comezaron sendo unha excepción, convertéronse na regra cando se fala de comercio internacional.

Este cambio na realidade das operacións comerciais internacionais débemos facer reflexionar sobre se o réxime dos prezos de transferencia, asentados sobre o principio do *at arm's length*, pode seguir manténdose nestes novos escenarios. E foi esta reflexión a que supuxo o punto de partida para a elaboración desta tese doutoral por parte de CARLOS AUGUSTO RODRIGUES sobre "A Tributação das empresas vinculadas: Dás soluções do MCOCDE ás novas propostas da UE". En efecto, as primeiras reflexións que dan pé ao traballo parten da constatación deste novo escenario comercial mundial, con novos actores (empresas multinacionais) e cada vez maiores vínculos. E a pregunta subseguinte é se todo o réxime fiscal das operacións vinculadas ofrece, especialmente desde a óptica da fiscalidade, solucións satisfactorias neste novo escenario.

A primeira das conclusións ás que se chega, unha vez comprobado o cambio substancial que leva a xeneralización das operacións internacionais, e moi especialmente as que operan entre entidades vinculadas, é que resulta anacrónico e mesmo contraditorio seguir mantendo un tratamento fiscal para este tipo de operacións que parte da consideración das operacións entre entidades independentes como a regra xeral, polo que, as operacións vinculadas, como excepción que son, deben reconducirse ao réxime xeral, é dicir, debe tributar coma se de operacións entre partes independentes tratásese. Todo iso, por outra banda, directamente condicionado polo interese dos estados nos que se asentán as distintas entidades participantes nesas operacións internacionais por manter e asegurar os seus ingresos fiscais.

Non resignándose a iso o autor analiza o réxime dos prezos de transferencia neste novo contexto á luz de certos principios básicos da tributación como poden ser os de xeneralidade, capacidade económica, igualdade, etc. E, ante o resultado insatisfactorio expónse como eixo central da tese, por unha

banda, a necesidade de pensar na superación dos inconvenientes do réxime actual, levando a cabo determinadas postas ao día do sistema tradicional asentado sobre o principio da empresa independente, e, por outro, o estudo daquelas propostas de substitución do principio tradicional de gravame como empresas independentes por novas solucións, de especial interese en espazos económicos integrados, que van, desde o establecemento dun tributo único para as empresas multinacionais, con independencia dos países en que actúen, ata solucións máis graduais e menos ambiciosas como o establecemento dunha base común consolidada.

O estudo levase a cabo co rigor metodolóxico propio dun traballo de tese doutoral, e que se manifesta no exhaustivo manexo e estudo das fontes normativas, doutrinais e tamén xurisprudenciais. Neste caso, son obxecto de especial atención, como non podería ser doutra maneira, o modelo de Convenio da OCDE, así como os sucesivos comentarios e interpretacións do mesmo nacidas da devandita organización. Tamén unha atención prioritaria préstase a todas as iniciativas comunitarias na materia, as cales, mais alá dalgunhas cuestións referidas ao tratamento tradicional dos prezos de transferencia, como a documentación de tales prezos e outras conclusións derivadas do Forum de prezos de transferencia, prestan unha especial atención ás fórmulas que poden xurdir como alternativas ao principio tradicional de *at arm's length*, tal que o establecemento dun imposto a nivel europeo, a tributación no estado de orixe ou a tributación en función dunha base común consolidada.

De forma especial, considero de enorme interese o soporte de toda a investigación sobre un preciso coñecemento da realidade que se analiza, o que se pon manifesto na profusión de datos e valoracións económicas das operacións en cuestión, cos que se afianza o punto de partida da investigación, que, como xa se expuxo, é o cambio transcendental do papel e do peso das operacións vinculadas internacionais no conxunto do mercado mundial. Ese cambio e ese novo papel requiren a achega de novas solucións normativas.

A investigación contén, tamén, unha parte dedicada á análise das experiencias comparadas no tratamento dos prezos de transferencia nas normativas fiscais de diferentes países da Unión Europea, pero tamén doutros continentes como Xapón, Brasil, China ou EEUU. Esa análise comparada permite testar algunhas das conclusións ás que se chega no traballo, á vista de experiencias concretas que nalgúns casos seguiron orientacións similares.

De todos os xeitos, un dos aspectos máis importante dun traballo de investigación, e especialmente se se trata dunha Tese Doutoral, son as conclusións. A súa formulación non só require desenvolver o traballo serio, rigoroso, e metodolóxicamente correcto, o cal, sendo necesario non é suficiente. Ademais, é preciso ter moi claras as ideas do problema ou problemas que se tratan de resolver e ter a valentía para propor as solucións que se consideren máis adecuadas. Neste caso concreto, as Conclusións están formuladas de forma contundente e clara, tanto no que se refire ás posibles liñas de mellora do réxime tradicional actual, como de face á incorporación de novas solucións. Así, como mostra quizais mereza resaltar o feito de que, atendendo á nova realidade, se propoña, á hora de valorar as operacións vinculadas, a substitución do principio de

empresa independente pola comparabilidade con outras operacións de empresas vinculadas. A proposta supón un envorco substancial en todo o réxime actual de prezos de transferencia, pero resulta de todo punto lóxica. Non pode permanecer un principio xurdido cando a regra xeral eran as operacións entre empresas independentes, e seguir aplicándose nun momento en que o habitual son as relacións entre empresas vinculadas. Deixando fora os supostos de actuacións fraudulentas ou defraudatorias, que deben ser perseguidas en todo caso, os intereses recadatorios dos Estados non poden seguir mantendo un réxime cuxos principios encaixan mal coa nova realidade á que se aplican.

Finalmente é preciso destacar que este traballo de tese doutoral foi exposto e defendido polo seu autor na Facultade de Dereito da Universidade de Santiago de Compostela, ante unha Comisión integrada polos Profesores Doutores: Cesar García Novoa, Ana Maria Pita Grandal, Amparo Navarro Fauré, Adolfo Martín Jiménez e Fernando Serrano Antón, todos eles recoñecidos especialistas na materia de prezos de transferencia. Tanto a altura científica dos debates mantidos, como a máxima cualificación de Sobresaliente Cum Laude outorgada ao traballo, acreditan a calidade do mesmo e o bo facer do seu autor. Todos os méritos son seus, asumindo quen isto escribe, como Director da investigación, os defectos ou problemas propios de calquera creación humana.

Para terminar non podo menos que manifestar a miña gratitude ao Dr. Carlos Augusto Rodrigues por darme a oportunidade de escribir estas notas, pero sobre todo por confiarme a dirección dun traballo academicamente tan importante como foi a súa investigación de tese doutoral. Estou seguro de que por diversas circunstancias non puiden dedicarlle toda a atención e dedicación que sen dúbida merecía. En calquera todo iso foi suplido por un traballo serio, rigoroso, disciplinado, e eu diría que infatigable do autor que soubo conciliar o exercicio da súa actividade profesional coa dedicación á investigación. Nin esa axenda compartida, nin a distancia que, a pesar das facilidades que introducen as novas tecnoloxías, lle obrigou a constantes viaxes a Compostela, prexudicaron en nada un traballo que podemos cualificar de xeito evidente como valente e brillante. Oxalá que, ademais da súa utilización no ámbito académico e normativo, servise tamén para o seu enriquecemento persoal e pódalle servir para a mellora e promoción na súa carreira profesional que desexamos chea de éxitos.

Compostela, primavera de 2011.

ANTONIO LÓPEZ DIAZ

Catedrático de Dereito Financeiro e Tributario. USC

AGRADECIMENTOS

Esta obra, agora publicada, é o texto integral da Tese de Doutoramento defendida no passado dia 31 de Janeiro de 2011 na Universidade de Santiago de Compostela, no Departamento de Direito Público Especial da Faculdade de Direito e no programa de Doutoramento de Direito Tributário Europeu.

A sua concepção, desenvolvimento e finalização só foram possíveis graças à excelente capacidade de motivação e aos excepcionais conhecimentos científicos do Director da Tese, Doutor Antonio López Díaz, Professor Catedrático daquela Universidade, a quem expresso a minha reconhecida gratidão.

A constante pesquisa necessária à sua conclusão suportou-se nos ensinamentos previamente colhidos durante a fase inicial do Doutoramento e excelentemente ministrados pelos docentes universitários, quer da Universidade de Castilla-La Mancha, quer da Universidade de Santiago de Compostela, entre os quais me permito destacar os Professores Catedráticos, Doutores Perfecto Yebra Martul-Ortega, César García Nóvoa e Amelia Paz González Méndez, a quem manifesto o meu agradecimento.

Por último agradeço os sábios comentários, que foram uma excelente lição de Direito Tributário, feitos pelos membros do Tribunal aquando da defesa da Tese de Doutoramento, Professores Doutores, César García Nóvoa, Catedrático da Universidade de Santiago de Compostela, que presidiu, Ana Maria Pita Grandal, Catedrática da Universidade de Vigo, Amparo Navarro Faure, Catedrática da Universidade de Alicante, Adolfo Martín Jiménez, Catedrático da Universidade de Cadiz, e Fernando Serrano Antón, Professor Titular da Universidade Complutense de Madrid.

**Em cada momento somos a
simbiose entre o passado e
o que projectamos para o
futuro**

**Aos meus Pais
À Elsa
Ao Paulo e Joana**



FACULDADE DE DEREITO
Departamento de Dereito Público Especial

**Tese apresentada para a obtenção
do título de Doutor pelo licenciado
CARLOS AUGUSTO RODRIGUES**

V.º B.º

O Director

ANTONIO LÓPEZ DÍAZ

Santiago de Compostela

Julho de 2010

<u>ÍNDICE GERAL</u>	
	<u>Pag.</u>
<u>ÍNDICE dos QUADROS</u>	11
<u>ÍNDICE dos GRÁFICOS</u>	15
<u>ABREVIATURAS</u>	17
 <u>I PARTE</u>	
<u>INTRODUÇÃO</u>	21
<u>I. OBJECTO DO ESTUDO</u>	23
<u>II. BREVE REFERÊNCIA AO COMÉRCIO INTERNACIONAL</u>	29
<i>i. Introdução</i>	29
<i>ii. A influência da mundialização nas estratégias empresariais</i>	32
<i>iii. As empresas como pólos aglutinadores do comércio internacional</i>	38
<u>III. AS FORMAS DE IMPLANTAÇÃO DOS GRUPOS A NÍVEL INTERNACIONAL</u>	55
<i>i. A criação de estabelecimentos estáveis</i>	55
<i>ii. A criação de novas empresas</i>	57
<i>iii. A relevância jurídico-tributária das operações vinculadas internacionais</i>	62
 <u>II PARTE</u>	
<u>OS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA E A OCDE</u>	67
<u>I. OS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA</u>	69
<i>i. Noção</i>	69
<i>ii. A Problemática na Utilização dos Preços de Transferência</i>	71
o <i>Motivos fiscais</i>	71
o <i>Motivos não fiscais</i>	76
o <i>Os interesses conflitantes</i>	80
<u>II. A REACÇÃO INTERNACIONAL AOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA</u>	83
<i>i. O surgimento dos Preços de Transferência</i>	83
<i>ii. A tributação segundo o princípio "at arm's length" versus princípio unitário versus princípio do método empírico ou da utilização de indícios de lucros</i>	85
<i>iii. Os Modelos de Convenções Internacionais e o Princípio de Plena Concorrência</i>	88
o <i>O Modelo de Convenção da Sociedade das Nações</i>	88
o <i>O Modelo de Convenção da OCDE, ONU e E.U.A.</i>	94
<i>iv. Guias Internacionais da OCDE e da ONU sobre os Preços de Transferência</i>	106
o <i>A OCDE e a criação de Guias Internacionais</i>	106
o <i>A ONU e a criação de Guias Internacionais</i>	109
<u>III. MEDIDAS DA OCDE PARA DETERMINAÇÃO DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA</u>	113
- <i>O Modelo de Convenção da OCDE e os Guias Internacionais da OCDE sobre os</i>	

Preços de Transferência.....	113
o Conceito de operações vinculadas	113
o O conceito de preço.....	119
o A determinação do preço de plena concorrência.....	124
a) Os métodos tradicionais fundados sobre a comparabilidade de preços.....	127
1. O Método do Preço Comparável de Mercado.....	130
2. O Método do Preço de Revenda Minorado.....	133
3. O Método do Custo Majorado.....	135
b) Análise às dificuldades inerentes à aplicabilidade destes métodos.....	137
c) Os métodos baseados no lucro.....	145
1. O Método do Fraccionamento do Lucro.....	149
2. O Método da Margem Líquida da Operação.....	151
3. O Método do Fraccionamento Global Segundo uma Fórmula.....	154
d) Análise às dificuldades inerentes à aplicabilidade destes métodos.....	157
e) Breves críticas à aplicabilidade do Princípio de Pena Concorrência.....	161
IV. CONSEQUÊNCIAS DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DE PLENA CONCORRÊNCIA.....	165
i. O ajuste primário e as suas consequências.....	168
ii. A operação secundária e o ajuste secundário.....	172
iii. O ajuste correlativo como meio de eliminação da dupla tributação.....	174
V. OS ACORDOS ENTRE ESTADOS COMO FORMA DE ELIMINAÇÃO DA DUPLA TRIBUTAÇÃO.....	191
i. Os acordos prévios em matéria de preços de transferência – APP.....	193
ii. O procedimento amigável como meio de concretização do ajuste correlativo.....	207
 III PARTE	
<u>A UNIÃO EUROPEIA E AS OPERAÇÕES VINCULADAS</u>	225
 III – A – REFERÊNCIAS GERAIS.....	227
I. <u>INTRODUÇÃO</u>	227
II. <u>O PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO</u>	235
i. No Tratado Da União Europeia.....	235
a) Metas da União Europeia	235
b) O Princípio da Igualdade.....	237
c) O Princípio da Não Discriminação.....	238
d) Liberdade de Estabelecimento	240
e) Derrogações à Liberdade de Estabelecimento.....	243
f) Discriminação Inversa.....	252
g) O Princípio da Não Discriminação e as Convenções para a	

	<i>Eliminação da Dupla Tributação.....</i>	255
ii.	<i>No Modelo de Convenção da OCDE.....</i>	260
III.	<u>INTER-RELAÇÃO DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA COM ACÓRDÃOS DO TJCE.....</u>	273

III - B – DESENVOLVIMENTO DAS SOLUÇÕES TRADICIONAIS PELA UNIÃO EUROPEIA

	<u>COMO RESPOSTA AOS PROBLEMAS DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA</u>	293
i.	<i>Nota Introdutória.....</i>	293
ii.	<i>Código de Conduta no Domínio da Fiscalidade das Empresas.....</i>	294
a.	<i>Introdução.....</i>	294
b.	<i>A Tributação Directa e os TUE e TFUE.....</i>	296
c.	<i>O Código de Conduta no Domínio na Fiscalidade das Empresas.....</i>	297
	o <i>Âmbito pessoal.....</i>	299
	o <i>Âmbito das Medidas Abrangidas.....</i>	299
	o <i>Âmbito Geográfico.....</i>	301
	o <i>Medidas Fiscais Prejudiciais Existentes.....</i>	301
	o <i>Avaliação das Medidas Existentes.....</i>	302
	o <i>Auxílios de Estado.....</i>	302
	o <i>Conclusões.....</i>	303
iii.	<i>Grupo do Código de Conduta.....</i>	304
iv.	<i>Os Auxílios de Estado e a sua interligação com os Preços de Transferência.....</i>	308
v.	<i>O Fórum Conjunto em Matéria de Preços de Transferência.....</i>	316
vi.	<i>A Convenção de Arbitragem.....</i>	324
	o <i>Introdução.....</i>	324
	o <i>As consequências entre a opção por uma Directiva ou por uma Convenção.....</i>	329
	o <i>Interligações entre a Convenção de Arbitragem, o Direito Interno dos Estados-membros e as CDT.....</i>	333
	o <i>Código de Conduta para a efectiva aplicação da Convenção de Arbitragem.....</i>	335
	– <i>Introdução.....</i>	335
	– <i>Notas gerais sobre o seu conteúdo.....</i>	339
	o <i>O Procedimento.....</i>	340
	– <i>Factos impeditivos do início do procedimento amigável.....</i>	342
	– <i>O procedimento amigável.....</i>	343
	– <i>O procedimento arbitral.....</i>	346
	– <i>Conclusão</i>	348
vii.	<i>Os APP – Acordos Prévios sobre Preços de Transferência.....</i>	353
	o <i>Introdução.....</i>	353
	o <i>Directrizes relativas aos Acordos Prévios sobre os Preços de Transferência (APP) na União Europeia.....</i>	356
	– <i>Introdução.....</i>	356
	– <i>Constrangimentos referidos pelas Empresas à celebração de APP</i>	358

–	Constrangimentos referidos pelos Estados-membros à celebração de APP.....	358
–	As directrizes.....	359
o	Conclusão.....	361
viii.	A Documentação dos Preços de Transferência da União Europeia – DPT UE.....	367
o	Âmbito subjectivo de aplicação.....	371
o	Âmbito geográfico.....	371
o	Objecto.....	371
o	Conteúdo da documentação.....	373
o	Outros elementos referentes à documentação.....	376
o	Conclusões.....	380
III – C – ESTUDO DE NOVAS SOLUÇÕES PELA COMISSÃO ATRAVÉS DA CRIAÇÃO DE UMA		
MATÉRIA COLECTÁVEL ÚNICA PARA AS EMPRESAS A NÍVEL DA UNIÃO		
EUROPEIA.....		
i.	Nota introdutória.....	387
ii.	Tributação unitária ou global a nível da União Europeia.....	400
iii.	Imposto Europeu sobre o Rendimento das Empresas.....	404
iv.	Tributação pelo Estado de Origem.....	406
o	Introdução.....	406
o	Os trabalhos desenvolvidos para a Tributação pelo Estado de Origem.....	411
o	Conclusão.....	420
v.	Tributação de Base Comum Consolidada a Nível da União Europeia.....	421
o	Introdução.....	421
o	Os trabalhos desenvolvidos pelo GT MCCC IS.....	426
o	Âmbito de aplicação da MCCC IS.....	427
–	Âmbito Subjectivo.....	427
–	Âmbito Objectivo.....	431
–	O quadro administrativo-fiscal.....	433
•	O conceito de contribuinte principal e de autoridade fiscal principal.....	434
•	A Tributação pela MCCC IS como regime opcional....	437
–	A fórmula de repartição da MCCC IS.....	437
o	Conclusão.....	445
IV PARTE		
OS REGIMES DE TRIBUTAÇÃO DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA DE ALGUNS PAÍSES A		
NÍVEL MUNDIAL.....		
I.	INTRODUÇÃO.....	451
II.	REGIMES DE TRIBUTAÇÃO DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA EM PAÍSES FORA DA	
	“UNIÃO EUROPEIA”.....	453
i.	O regime jurídico da tributação dos preços de transferência nos EUA.....	455
o	Introdução.....	455

Índices

○	<i>Conceito de empresas associadas.....</i>	458
○	<i>Métodos de determinação dos preços de transferência</i>	459
i.	<i>Operações vinculadas de activos corpóreos</i>	462
ii.	<i>Operações vinculadas de activos incorpóreos</i>	463
iii.	<i>Operações vinculadas de prestação de serviços</i>	465
iv.	<i>Operações vinculadas de activos corpóreos e de prestação de serviços quando integram bens incorpóreos</i>	469
○	<i>Os ajustamentos</i>	470
i.	<i>Os ajustamentos admitidos</i>	470
ii.	<i>O prazo máximo de caducidade</i>	471
○	<i>As exigências documentais impostas aos contribuintes</i>	472
○	<i>Os Acordos Prévios sobre os Preços de Transferência (APP)</i>	474
○	<i>As penalizações</i>	477
ii.	<i>O regime jurídico da tributação dos preços de transferência no JAPÃO.....</i>	481
○	<i>Introdução.....</i>	481
○	<i>Conceito de empresas associadas</i>	486
○	<i>Métodos de determinação dos preços de transferência</i>	487
i.	<i>Operações vinculadas de activos corpóreos</i>	488
ii.	<i>Operações vinculadas de serviços e de activos incorpóreos.....</i>	492
○	<i>Os ajustamentos</i>	494
i.	<i>Os ajustamentos admitidos</i>	494
ii.	<i>O prazo máximo de caducidade</i>	495
○	<i>As exigências documentais impostas aos contribuintes</i>	496
○	<i>Os Acordos Prévios sobre os Preços de Transferência (APP).....</i>	498
○	<i>As penalizações</i>	500
iii.	<i>O regime jurídico da tributação dos preços de transferência no BRASIL</i>	503
○	<i>Introdução</i>	503
○	<i>Conceito de empresas associadas</i>	506
○	<i>Métodos de determinação dos preços de transferência.....</i>	508
○	<i>Os ajustamentos</i>	511
i.	<i>Os ajustamentos admitidos</i>	511
ii.	<i>O prazo máximo de caducidade</i>	513
○	<i>Exigências documentais impostas aos contribuintes.....</i>	514
○	<i>Os Acordos Prévios sobre os Preços de Transferência (APP).....</i>	516
○	<i>As penalizações</i>	518
iv.	<i>O regime jurídico da tributação dos preços de transferência na CHINA</i>	521
○	<i>Introdução.....</i>	521
○	<i>Conceito de empresas associadas.....</i>	525
○	<i>Métodos de determinação dos preços de transferência.....</i>	526
○	<i>Os ajustamentos.....</i>	529
i.	<i>Os ajustamentos admitidos.....</i>	529
ii.	<i>O prazo máximo de caducidade.....</i>	531
○	<i>As exigências documentais impostas aos contribuintes.....</i>	532

○ Os Acordos Prévios sobre os Preços de Transferência (APP).....	533
○ As penalizações.....	535
III. REGIMES DE TRIBUTAÇÃO DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA EM PAÍSES DA	
 “UNIÃO EUROPEIA”.....	537
i. O regime jurídico da tributação dos preços de transferência na ALEMANHA.....	539
○ Introdução.....	539
○ Conceito de empresas associadas	543
○ Métodos de determinação dos preços de transferência.....	544
i. Métodos aplicáveis na avaliação da transferência de funções operacionais	546
○ Os ajustamentos	548
i. Os ajustamentos admitidos	548
ii. O prazo máximo de caducidade	550
○ As exigências documentais impostas aos contribuintes	551
○ Os Acordos Prévios sobre os Preços de Transferência (APP).....	552
○ As penalizações.....	554
ii. O regime jurídico da tributação dos preços de transferência em ESPANHA.....	557
○ Introdução.....	557
○ Conceito de empresas associadas	563
○ Métodos de determinação dos preços de transferência.....	565
i. Métodos principais.....	566
ii. Métodos secundários.....	567
○ Os ajustamentos	568
i. Os ajustamentos admitidos	568
ii. O prazo máximo de caducidade	570
○ Exigências documentais impostas aos contribuintes.....	571
○ Os Acordos Prévios sobre os Preços de Transferência (APP).....	574
○ As penalizações.....	576
iii. O regime jurídico da tributação dos preços de transferência em PORTUGAL.....	579
○ Introdução.....	579
○ Conceito de empresas associadas	582
○ Métodos de determinação dos preços de transferência.....	583
○ Os ajustamentos	587
i. Os ajustamentos admitidos	587
ii. O prazo máximo de caducidade	589
○ Exigências documentais impostas aos contribuintes.....	590
○ Os Acordos Prévios sobre os Preços de Transferência (APP).....	591
○ As penalizações.....	593
 V PARTE	
 CONCLUSÕES	597
BIBLIOGRAFIA.....	619

ÍNDICE de QUADROS

	Pag.
QUADRO N.º 1 Comércio internacional – Trocas comerciais em 2006 – Bens e Serviços	30
QUADRO N.º 2 L'OCDE en chiffres – 20 ème anniversaire	31
QUADRO N.º 3 Sector Financeiro - As 25 maiores empresas multinacionais por índice de implantação no estrangeiro no ano de 2006	34
QUADRO N.º 4 Sector não Financeiro - As 25 maiores empresas multinacionais com activos no estrangeiro no ano de 2006	35
QUADRO N.º 5 Resumo dos Quadros N.º 3 e 4	36
QUADRO N.º 6 FDI - Flows, by Region and Economy, 2005–2007	41
QUADRO N.º 7 Value of cross-border Mergers & Acquisitions, by sector/industry, 2005–2007	42
QUADRO N.º 8 Number of cross-border Mergers & Acquisitions, by region/economy of seller/purchaser, 2005–2007	43
QUADRO N.º 9 Number of cross-border Mergers & Acquisitions, by region/economy of seller/purchaser, 2005–2007	44
QUADRO N.º 10 Cross-border Mergers & Acquisitions deals worth over \$ 3 billion completed in 2007	45
QUADRO N.º 11 IDE - Criação inicial de filiais no estrangeiro Number of Greenfield – FDI - Projects, by sector/industry, 2003–2007	46
QUADRO N.º 12 IDE - Criação inicial de filiais no estrangeiro - Number of Greenfield – FDI -Projects, by source/destination, 2003–2007	47
QUADRO N.º 13 Relação de domínio entre as Sociedades que constituem uma MTN	59
QUADRO N.º 14 Constituição de sociedades Holdings	60
QUADRO N.º 15 Exemplo de MTN	61
QUADRO N.º 16 Exemplo das consequências da aplicação do princípio <i>at arm's lenght</i> ao Grupo	166
QUADRO N.º 17 Reuniões do FCPT até ao início do ano de 2010	318
QUADRO N.º 18 Tabela elaborada pelo Conselho da UE com a descrição sobre a aplicabilidade da Convenção de Arbitragem	331
QUADRO N.º 19 Position des États membres durant la période transitoire - demande introduite après le 1er janvier 2000 - Convention d'arbitrage	337
QUADRO N.º 20 Nombre total des procédures amiables en cours dans le cadre de la Convention d'arbitrage de l'UE, en fonction des États membres, au 31/12/2004	338
QUADRO N.º 21 Nombre total des procédures amiables en cours dans le cadre de la Convention d'Arbitrage de l'UE au 31/12/2004, sur la base de l'année au cours de laquelle le requête a été reçue par l'administration fiscale	338
QUADRO N.º 22 Temps déjà consacré aux procédures amiables énumérées aux point 1 et 2 ci-dessus (uniquement les cas en cours) au 31/12/2004	338
QUADRO N.º 23 Exemplos da aplicabilidade da conjugação dos n.º 1 e 3 do artigo 1.º da “Convenção de Arbitragem”	341
QUADRO N.º 24 State of play of the implementation of the code of conduct related to the arbitration convention	350
QUADRO N.º 25 Fases que UE entende necessárias à condução de um APP	362
QUADRO N.º 26 Quadro demonstrativo do tempo dispendido até à conclusão de APP	363
QUADRO N.º 27 Dados sobre os APP nos EUA	364
QUADRO N.º 28 EUA – meses necessários para a conclusão dos APP no ano de 2007	365
QUADRO N.º 29 Principais exportadores e importadores mundiais de mercadorias – Ano de 2007	365
QUADRO N.º 30 Principais exportadores e importadores mundiais de serviços comerciais – Ano de 2007	366
QUADRO N.º 31 Exemplos do conceito de DPT UE	374

QUADRO N.º 32	Exemplo N.º 1 de “documentação de base (masterfile)” e de “documentação específica ao país”	376
QUADRO N.º 33	Exemplo N.º 2 de “documentação de base (masterfile)” e de “documentação específica ao país”	376
QUADRO N.º 34	Listagem dos 48 (quarenta oito) documentos criados pelo acordo celebrado pelos países que constituem a PATA	383
QUADRO N.º 35	Taxas máximas de tributação do imposto sobre sociedades – em % - 1995/2008 – Estados-membros da UE	396
QUADRO N.º 36	Estados – membros da União Europeia - taxas máximas de tributação do imposto sobre sociedades – em % - 1995/2008 – Euro área/15 – EU/25 – EU/27	397
QUADRO N.º 37	Diagrama de funcionamento de um grupo de empresas que tenham actividades em mais que um Estado-membro	408
QUADRO N.º 38	GT MCCC IS – Reuniões e data da sua realização	425
QUADRO N.º 39	Tributação dos Grupos – Regimes fiscais dos grupos implantados a nível nacional e com implantação internacional	429
QUADRO N.º 40	Estados-membros que permitem, ou não, a consolidação	429
QUADRO N.º 41	Estados-membros que permitem a consolidação - Tributação dos Grupos só Internamente - Tributação dos Grupos a nível internacional	430
QUADRO N.º 42	Relações societárias entre agrupamentos que integram sociedades e/ou estabelecimentos estáveis, quer em Estados-membros da UE, quer em países terceiros – FIGURA 1	430
QUADRO N.º 43	Relações societárias entre agrupamentos que integram sociedades e/ou estabelecimentos estáveis, quer em Estados-membros da UE, quer em países terceiros - FIGURA 2	430
QUADRO N.º 44	Relações societárias entre agrupamentos que integram sociedades e/ou estabelecimentos estáveis, quer em Estados-membros da UE, quer em países terceiros - FIGURA 3.....	431
QUADRO N.º 45	US State Corporate Income Tax Information, January 1, 2004	442
QUADRO N.º 46	Normas fiscais dos Estados-membros sobre a dedução das perdas fiscais nos exercícios seguintes	447
QUADRO N.º 47	Quadro representativo dos principais pontos do regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência nos E.U.A	457
QUADRO N.º 48	Conceito de “Empresas Associadas” no regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência nos E.U.A	458
QUADRO N.º 49	Métodos aplicáveis no regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência nos E.U.A – Hierarquia de Métodos	459
QUADRO N.º 50	E.U.A. - Métodos utilizados na determinação dos preços de transferência quando estejam em causa operações vinculadas sobre activos corpóreos	462
QUADRO N.º 51	E.U.A. - Métodos utilizados na determinação dos preços de transferência quando estejam em causa operações vinculadas sobre activos incorpóreos	463
QUADRO N.º 52	E.U.A. - Métodos utilizados na determinação dos preços de transferência quando estejam em causa operações vinculadas sobre prestações de serviços	465
QUADRO N.º 53	Quadro representativo dos Ajustamentos no regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência nos E.U.A	470
QUADRO N.º 54	Quadro representativo das exigências documentais impostas nos E.U.A. aos contribuintes que praticaram preços de transferência	472
QUADRO N.º 55	APP – Acordos Prévios sobre os Preços de Transferência no regime jurídico-tributário dos E.U.A	474

Índices

QUADRO N.º 56	Penalizações no regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência nos E.U.A.....	477
QUADRO N.º 57	Quadro representativo dos principais pontos do regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência no JAPÃO	485
QUADRO N.º 58	Conceito de Empresas Associadas no regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência no JAPÃO	486
QUADRO N.º 59	Métodos Aplicáveis no regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência no JAPÃO	487
QUADRO N.º 60	Quadro representativo dos Ajustamentos no regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência no JAPÃO	494
QUADRO N.º 61	Quadro representativo das exigências documentais impostas no JAPÃO aos contribuintes que praticaram preços de transferência	496
QUADRO N.º 62	APP – Acordos Prévios sobre os Preços de Transferência no regime jurídico-tributário do JAPÃO	498
QUADRO N.º 63	Penalizações no regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência no JAPÃO	500
QUADRO N.º 64	Fundamentos para a Administração Tributária do JAPÃO proceder às liquidações com taxas adicionais agravadas quando proceda a Ajustamentos	501
QUADRO N.º 65	Quadro representativo dos principais pontos do regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência no BRASIL	505
QUADRO N.º 66	Conceito de Empresas Associadas no regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência no BRASIL	506
QUADRO N.º 67	Métodos aplicáveis no regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência no BRASIL	508
QUADRO N.º 68	Quadro representativo dos Ajustamentos no regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência no BRASIL	511
QUADRO N.º 69	Quadro representativo das exigências documentais impostas no BRASIL aos contribuintes que praticaram preços de transferência	514
QUADRO N.º 70	APP – Acordos Prévios sobre os Preços de Transferência no regime jurídico-tributário do BRASIL	516
QUADRO N.º 71	Penalizações no regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência no BRASIL	518
QUADRO N.º 72	Conceito de “empresa de baixos lucros” no regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência na CHINA	522
QUADRO N.º 73	Quadro representativo dos principais pontos do regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência na CHINA	524
QUADRO N.º 74	Conceito de Empresas Associadas no regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência na CHINA	525
QUADRO N.º 75	Métodos aplicáveis no regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência na CHINA	526
QUADRO N.º 76	Quadro representativo dos Ajustamentos no regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência na CHINA	529
QUADRO N.º 77	Quadro representativo das exigências documentais impostas na CHINA aos contribuintes que praticaram preços de transferência	532
QUADRO N.º 78	APP – Acordos Prévios sobre os Preços de Transferência no regime jurídico-tributário da CHINA	533
QUADRO N.º 79	Penalizações no regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência na CHINA.....	535
QUADRO N.º 80	Quadro representativo dos principais pontos do regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência na ALEMANHA	542
QUADRO N.º 81	Conceito de Empresas Associadas no regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência na ALEMANHA	543
QUADRO N.º 82	Métodos aplicáveis no regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência na ALEMANHA	544

QUADRO N.º 83	Quadro representativo dos Ajustamentos no regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência na ALEMANHA	548
QUADRO N.º 84	Quadro representativo das exigências documentais impostas na ALEMANHA aos contribuintes que praticaram preços de transferência	551
QUADRO N.º 85	APP – Acordos Prévios sobre os Preços de Transferência no regime jurídico-tributário da ALEMANHA	552
QUADRO N.º 86	Penalizações no regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência na ALEMANHA	554
QUADRO N.º 87	Quadro representativo dos principais pontos do regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência em ESPANHA	562
QUADRO N.º 88	Conceito de Empresas Associadas no regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência em ESPANHA	563
QUADRO N.º 89	Métodos aplicáveis no regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência em ESPANHA	565
QUADRO N.º 90	Quadro representativo dos Ajustamentos no regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência em ESPANHA	568
QUADRO N.º 91	Quadro representativo das exigências documentais impostas em ESPANHA aos contribuintes que praticaram preços de transferência	571
QUADRO N.º 92	APP – Acordos Prévios sobre os Preços de Transferência no regime jurídico-tributário em ESPANHA	574
QUADRO N.º 93	Penalizações no regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência em ESPANHA .	576
QUADRO N.º 94	Quadro representativo dos principais pontos do regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência em PORTUGAL	581
QUADRO N.º 95	Conceito de Empresas Associadas no regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência em PORTUGAL	582
QUADRO N.º 96	Métodos aplicáveis no regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência em PORTUGAL	583
QUADRO N.º 97	Quadro representativo dos Ajustamentos no regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência em PORTUGAL	587
QUADRO N.º 98	Quadro representativo das exigências documentais impostas em PORTUGAL aos contribuintes que praticaram preços de transferência	590
QUADRO N.º 99	APP – Acordos Prévios sobre os Preços de Transferência no regime jurídico-tributário em PORTUGAL	591
QUADRO N.º 100	Penalizações no regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência em PORTUGAL	593

ÍNDICE de GRÁFICOS

	<u>Pag.</u>
GRÁFICO N.º 1 IDE – Criação Inicial de Filiais no Estrangeiro	47
GRÁFICO N.º 2 As importações de bens e serviços em % do PIB mundial	51
GRÁFICO N.º 3 A influência de alguns custos na internacionalização do IDE	52
GRÁFICO N.º 4 Evolução das taxas do imposto sobre as sociedades – 1996 a 2006	53
GRÁFICO N.º 5 Evolução das receitas do imposto sobre as sociedades em relação ao PIB – 1996 a 2006	53
GRÁFICO N.º 6 Percentagem das empresas na UE a 25 sob controlo estrangeiro e nacional em relação à sua totalidade	366
GRÁFICO N.º 7 Percentagem das empresas na UE a 25 sob controlo estrangeiro por origem do investimento	367
GRÁFICO N.º 8 O peso das Grandes Economias à escala mundial 1971/2005	392
GRÁFICO N.º 9 Fluxos de Investimento Directo Estrangeiro – IDE – 1995/2007	393
GRÁFICO N.º 10 Fluxos mundiais em IDE – 20 Principais economias – Entrado	394
GRÁFICO N.º 11 Fluxos mundiais em IDE – 20 Principais economias – Saído	394
GRÁFICO N.º 12 Taxas do Imposto sobre as Sociedades – Variação da % - 1995/2008	397
GRÁFICO N.º 13 Variação das Taxas do Imposto sobre as Sociedades – 1995/2008 – Comparações entre a Euro Área/15 – EU/25 – EU/27	398
GRÁFICO N.º 14 Empresas na UE – Share da sua % (percentagem) em relação ao total – ano de 2005 – EU a 27	409
GRÁFICO N.º 15 Percentagem de PME's na UE – extraídas as empresas financeiras – por cada mil habitantes, em 2005	409
GRÁFICO N.º 16 Percentagem das PME's na UE de que por alguma via procederam à internacionalização da sua actividade em relação ao ano de 2003	410
GRÁFICO N.º 17 Frequência com que a PME's na UE se internacionalizaram, de acordo com a sua dimensão e em relação ao ano de 2003	411
GRÁFICO N.º 18 Dimensão das exportações proporcionalmente à % (percentagem) do valor total de negócios, em relação à dimensão da PME no ano de 2003 na UE	411

ABREVIATURAS

APP	Acordos Prévios sobre os Preços de Transferência
APA	Advance Pricing Agreement
APEC	Asia-Pacific Economic Cooperation
ASEAN	Association of Southeast Asian Nations
ASMT	Act on Special Measures concerning Taxation
ASMT Directive	Commissioner's Directive on Interpretation of the ASMT
AT	Agencia Tributaria – Espanha
BIRD	Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento
CAF	Comité dos Assuntos Fiscais
CAN	Comunidade Andina de Nações
CCA	Cost Contribution Arrangement
CDT	Convenções para Eliminação da Dupla Tributação
CIRC	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas – Portugal
CPM	Cost Plus Method
CPM	Comparable Profits Method
CSPM	Cost of Services Plus Method
CT	Crónica Tributaria
CUP	Comparable Uncontrolled Price Method
CUSPM	Comparable Uncontrolled Services Price Method
CUTM	Comparable Uncontrolled Transactional Method
DGCI	Direcção-Geral dos Impostos – Portugal
DPT UE	Documentação dos Preços de Transferência da União Europeia
E.U.A./EUA	Estados Unidos da América
ECOFIN	Economic and Financial Committee
EE	Estabelecimento Estável
EITL	Enterprise Income Tax Law – China
EITLR	Enterprise Income Tax Law Regulations – China
EUCIT	European Corporate Income Tax
FCPT	Fórum Conjunto em Matéria de Preços de Transferência
FMI	Fundo Monetário Internacional
FTC	Foreign Tax Code – Alemanha
GSMM	Gross Services Margin Method
GT MCCC IS	Grupo de Trabalho para uma Matéria Colectável Comum Consolidada do Imposto sobre as Sociedades
I&D	Investigação & Desenvolvimento

IBFD	International Bureau of Fiscal Documentation
IDE	Investimento Directo Estrangeiro
IERE	Imposto Europeu sobre o Rendimento das Empresas
IFA	International Fiscal Association
IRC	Internal Revenue Code – EUA
IRC	Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas – Portugal
IRS	Internal Revenue Service - EUA
IRS	Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares – Portugal
IVA	Imposto sobre o Valor Acrescentado
LGT	Lei Geral Tributária – Portugal
LIS	Lei do Imposto sobre as Sociedades – Espanha
MAP	Mutual Agreement Procedure
MC	Modelo de Convenção
MCCCSIS	Matéria Colectável Comum Consolidada do Imposto sobre as Sociedades
MCEUA	Modelo de Convenção dos Estados Unidos da América
MCOCDE	Modelo de Convenção da Organização para a Cooperação Económica e Desenvolvimento
MCONU	Modelo de Convenção da Organização das Nações Unidas
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
MTN	Empresas Multinacionais
NAFTA	North American Free Trade Agreement
NIIF	Normas Internacionais de Informação Financeira
NTA	National Tax Agency – Japan
NTCRL	National Tax Common Rules Law – Japan
NTCRLEO	National Tax Common Rules Law Enforcement Order – Japan
OCDE	Organização para a Cooperação Económica e Desenvolvimento
OMC	Organização Mundial do Comércio
ONU	Organização das Nações Unidas
PATA	Pacific Association of Tax Administrators
PCM	Profit Comparable Method
PD	Países Desenvolvidos
PED	Países Em Desenvolvimento
PIB	Produto Interno Bruto
PMCONU	Projecto de Modelo de Convenção da Organização das Nações Unidas
PME	Pequenas e Médias Empresas
PMOCDE	Projecto de Modelo de Convenção da Organização para a Cooperação Económica e Desenvolvimento
PSM	Profit Split Method

RGIT	Regime Geral das Infracções Tributárias – Portugal
RIS	Regulamento do Imposto sobre as Sociedades – Espanha
RPM	Resale Price Method
SCM	Services Cost Method
SN	Sociedade das Nações
STML	Special Taxation Measures Law – Japan
TCE	Tratado da Comunidade Europeia
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJCE	Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
TNMM	Transactional Net Margin Method
TUE	Tratado da União Europeia (versão resultante do Tratado de Lisboa)
U.S.A./USA	United States of America
UE	União Europeia
UEMOA	União Económica e Monetária do Oeste Africano
UM	Unspecified Method
UNASUL	União de Nações Sul-Americanas

I PARTE

INTRODUÇÃO

I.OBJECTO DO ESTUDO

Se passarmos em revista qualquer estudo, exposição, comentário, notícia, crítica, ou qualquer outra forma de análise sobre a evolução da economia mundial, inserindo-se aí por inerência lógica a constante evolução de cada um dos múltiplos Países dos vários pontos cardeais e dos inúmeros quadrantes políticos, quer estes se insiram nos apelidados países desenvolvidos, economias florescentes, países em vias de desenvolvimento ou países subdesenvolvidos, deparemos sempre, entre outros, com dois aspectos que os dirigentes políticos têm como metas de desenvolvimento para os seus Estados.

(I) Há neles uma constante preocupação de captação do capital de investimento através da atracção dos grupos económicos para os seus territórios, independentemente do objecto empresarial;

(II) Em sentido oposto está o constante incentivo da internacionalização das suas empresas;

Pretendem com esta economia transfronteiriça a criação da riqueza nacional e vertida entre outros aspectos, na valoração do seu PIB – Produto Interno Bruto, o equilíbrio das suas balanças de pagamentos entre as exportações *versus* importações, preferindo, evidentemente, que a mesma seja excedentária, a tentativa de criação do pleno emprego e a obtenção de proventos fiscais, isto é, de obtenção de um aumento dos valores dos seus impostos de modo a proporcionarem às sua comunidades uma melhoria do bem estar social, independentemente da maior ou menor interferência das diversas formas de governação do “Estado social”.

A mundialização da economia através da disseminação pelos diversos continentes dos grupos económicos, utilizando para tanto os mais diversificados meios para conseguirem tal desiderato, é de tal modo importante que deixou de ser uma questão que apenas respeite a cada um dos múltiplos países que com eles têm relações económicas, para passar a ser uma preocupação das múltiplas organizações internacionais que cada vez mais têm interferência directa ou indirecta, quer nos meios utilizados para a disseminação dessa internacionalização das empresas, quer com as

consequências e as necessidades que os múltiplos países têm em intervir nessa mundialização económica.

O que acabamos de afirmar é plenamente evidente se passarmos em revista a multiplicidade de organizações que em crescendo surgem a nível mundial, quer o seu escopo seja apenas:

De interesse regional, como por exemplo:

- (i) CAN – Comunidade Andina de Nações;
- (ii) MERCOSUL – Mercado Comum do Sul;
- (iii) APEC - Asia-Pacific Economic Cooperation;
- (iv) NAFTA - North American Free Trade Agreement;
- (v) UE – União Europeia;

De âmbito global, como por exemplo:

- (vi) BIRD - Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento;
- (vii) FMI – Fundo Monetário Internacional;
- (viii) OMC – Organização Mundial do Comércio;
- (ix) SN – Sociedade das Nações;
- (x) ONU – Organização das Nações Unidas; e,
- (xi) OCDE – Organização para a Cooperação Económica e Desenvolvimento.

No estudo que iremos desenvolver dedicaremos a nossa atenção especial à OCDE – Organização para a Cooperação Económica e Desenvolvimento e à UE – União Europeia, referindo-nos pontualmente a outras organizações que momentaneamente devamos trazer à liça para melhor identificarmos e estudarmos certas e determinadas temáticas.

A dicotomia dos países entre a atracção do capital de investimento, nomeadamente para a temática que aqui nos interessa, a atracção das empresas inseridas nos grupos multinacionais tendo em vista a captação de fontes de produção de riqueza, e por outro lado a necessidade de arrecadarem os seus impostos, para com eles fazerem face às despesas da comunidade que são e representam, designadamente para a maior ou menor intervenção no “Estado Social”, põe no outro prato da balança a necessidade dos Estados em criarem regras jurídico-tributárias que

salvaguardem a arrecadação das suas receitas fiscais e controlem a tentativa que aqueles grupos eventualmente tenham em diminuir, evitarem, elidirem, evadirem ou provocarem a fraude fiscal, designadamente com a transferência dos diversos factores de produção ou dos seus produtos finais, quer estes sejam do sector primário, secundário ou terciário, modificando deliberadamente os preços que internamente atribuem às suas transferências, ou seja, os preços de transferência intra-grupo.

Por esta via conseguem colocar os seus lucros nos países em que o custo fiscal lhes seja menor, diminuindo, assim, o imposto anual do grupo, ou seja, obtendo uma maior rentabilidade anual do capital investido e desta forma o próprio grupo obter uma maior rentabilidade para distribuir pelos detentores do seu capital.

Esta preocupação de salvaguardar as receitas fiscais, que poderá ser vista a nível individual relativamente a cada um dos múltiplos países, tem assumido uma crescente preocupação das diversas organizações internacionais, quer de âmbito global, quer de âmbito regional, destacando-se nessa luta de controlo a nível mundial a OCDE – Organização para a Cooperação Económica e Desenvolvimento, e a nível regional a UE – União Europeia.

O nosso estudo irá incidir sobre:

(i) O desenvolvimento que a OCDE – Organização para a Cooperação Económica e Desenvolvimento - tem efectuado ao longo dos anos sobre a temática da tributação das empresas plurilocalizadas a nível internacional e o controlo jurídico-tributário de que deverão ser alvo para que não beneficiem de uma diminuição injustificada dos custos fiscais, inerentes à tributação directa a que sejam sujeitas, originados pelos preços internos de transferência entre as empresas associadas;

(ii) A influência que esses estudos e orientações da OCDE têm tido a nível das organizações regionais, designadamente para o que aqui iremos estudar, a influência exercida sobre a tributação directa das empresas na UE – União Europeia;

(iii) A interferência que os estudos e directrizes da OCDE têm tido sobre os regime jurídico-tributários dos mais diversificados países, quer integrem ou não aquela organização;

(iv) A intervenção que a UE tem tido sobre os regimes jurídico-tributários dos seus Estados-membros na tributação directa sobre os rendimentos empresariais, influência esta que verte nestes Estados-membros e que já tinha sido por si absorvida dos estudos e directrizes da OCDE, ou seja, os Estados-membros sofrem uma dupla influência da OCDE, uma por via directa e imediata daquela organização internacional, outra por via indirecta ou mediata através da UE.

O nosso estudo desenvolver-se-á em cinco partes distintas:

(i) Integrada ainda nesta I PARTE fazemos um breve estudo sobre o “Comércio Internacional”, onde incluiremos uma evolução do comércio mundial, a influência que essa evolução provoca nas estratégias empresariais como pólos aglutinadores desse comércio global, assim como “As Formas de Implantação dos Grupos a Nível Internacional”, quer pela via da criação de estabelecimentos estáveis, quer pela criação de novas empresas ou pela fusão ou cisão empresarial, o que nos irá levar à temática sobre a importância da relevância jurídico-tributária das operações vinculadas internacionais.

(ii) Na II PARTE debruçamo-nos sobre a influência que a OCDE tem sobre o desenvolvimento jurídico dos preços de transferência, quer através dos constantes estudos dos seus *experts*, quer através da criação e desenvolvimento das suas directrizes sobre os “Preços de Transferência” e vertidos no seu Modelo de Convenção – MCOCDE e nos seus inúmeros comentários interpretativos, quer ainda sobre as linhas directrizes integradas nos seus estudos e Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais.

Para tanto começaremos por uma abordagem do conceito dos preços de transferência e da sua relevância empresarial na óptica fiscal e não fiscal, assim como os interesses conflitantes implícitos na sua utilização e prática.

Analisamos em seguida a reacção jurídica internacional aos problemas inerentes à utilização dos preços de transferência, quer pelo confronto entre a possível aplicabilidade da tributação segundo o princípio *at arm's length*, o princípio unitário, o princípio do método empírico ou da utilização de indícios de lucros, seguindo-se uma

escarpelização dos diversos modelos de convenções internacionais que foram criados e ligados ao princípio da plena concorrência assim como dos guias internacionais de determinação e tributação que foram criados sobre esta temática.

Neste seguimento focalizamos a nossa atenção nas medidas criadas pela OCDE para a determinação dos Preços de Transferência, quer através do seu MC, quer dos Guias Internacionais que criou e estão em vigor, em que se destacam sobretudo os métodos de determinação dos Preços de Transferência.

Prosseguimos com apreciação das consequência tributárias pela aplicação do princípio *at arm's lenght* e abordaremos as questões ligadas ao ajuste primário, à operação secundária e ajuste secundário, assim como o ajuste correlativo como meio de eliminação da dupla tributação internacional.

Terminamos esta parte com uma abordagem aos acordos que os Estados podem consolidar entre si como forma de evitarem a eliminação da dupla tributação internacional, quer pela via dos acordos prévios em matéria de preços de transferência – APP, quer pela via do procedimento amigável para concretização do ajuste correlativo.

(iii) Na III PARTE encetaremos a análise dos conflitos fiscais gerados pelas “Operações Vinculadas” no seio da “União Europeia”.

Iniciamos este estudo com uma análise aos princípios estruturantes da criação do espaço comunitário e das liberdades existentes na UE para o seu cabal funcionamento, entre outros aspectos, deste espaço económico e monetário assim como a relação existentes entre os acórdãos proferidos pelo Tribunal da UE com a liberdade de estabelecimento e os preços de transferência.

Fazemos nesta parte um estudo das medidas em curso na UE para tentar dar resposta aos problemas criados pela existência dos preços de transferência face às operações vinculadas praticadas pelas empresas associadas e plurilocalizadas no espaço comunitário, e que se enquadram nas soluções tradicionais que são comumente utilizadas em múltiplos ordenamentos jurídicos e que a UE tenta desenvolver de modo a conseguir um trinómio entre a eficácia no controlo aos

eventuais comportamentos desviantes das empresas em matéria fiscal, uma rápida resposta aos problemas ligados à eliminação da dupla tributação internacional e uma infalível aplicabilidade das amplas liberdades inerentes à existência do espaço comunitário, isto é, a liberdade de movimentação dos factores de produção.

Assim, integram-se aqui análises ao Código de Conduta no Domínio da Fiscalidade das Empresas e ao seu Grupo de Trabalho, aos Auxílios de Estado e a sua interligação com os Preços de Transferência, ao Fórum Conjunto em Matéria dos Preços de Transferência, à Convenção de Arbitragem, às directrizes sobre os APP – Acordos Prévios sobre Preços de Transferência e às directrizes sobre a Documentação dos Preços de Transferência da União Europeia – DPT UE.

Por último examinamos as perspectivas de novas soluções em estudo na UE para ultrapassar os entraves criados pelas soluções tradicionais, e que podem ser similares às que são utilizadas em Estados Federados, ou seja, a criação de um imposto único sobre o rendimento das pessoas colectivas que desenvolvem as suas actividades no espaço comunitário.

(iv) Na IV PARTE introduzimos um estudo comparativo de alguns “Regimes de Tributação dos Preços de Transferência de Alguns Países a Nível Mundial”, quer se integrem em “Países fora da “União Europeia””, quer de outros que fazem parte da “União Europeia”, demonstrando-se assim as influências exercidas pela OCDE sobre todos, e em particular, as influências da *soft law* originária da UE sobre os seus Estados-membros.

(v) Na V PARTE apresentamos as nossas “Conclusões” acerca dos problemas que o actual modelo comporta e terminamos com as possíveis soluções sobre o caminho jurídico que esta temática poderia trilhar.

II. BREVE REFERÊNCIA AO COMÉRCIO INTERNACIONAL

i. Introdução

O comércio internacional figura entre os temas mais estudados pelos economistas que para a sua análise e explicação desenvolveram as mais diversificadas teorias, comércio internacional este que é um factor decisivo na balança de pagamentos dos países, e que entronca na capacidade das suas empresas em procederem às trocas comerciais internacionais assim como à sua internacionalização através do Investimento Directo Estrangeiro – IDE. Os fluxos de mercadorias e serviços a nível mundial representam cerca de 28% (vinte e oito por cento) da produção mundial, enquanto que os investimentos directos internacionais representam cerca de 8% (oito por cento) de todos os investimentos mundiais¹. As diferentes teorias explicativas sobre as trocas comerciais internacionais levam ao conhecimento das questões essenciais sobre a sua existência e evidenciam que assenta no desenvolvimento constante da tecnologia, no aumento do investimento, na qualificação dos recursos humanos, na livre concorrência, na estratégia das empresas, na busca de novos consumidores, concorrência mundial esta que leva assim a que se desenvolvam a Investigação & Desenvolvimento – I&D, a aposta crescente na qualificação dos Recursos Humanos, a uma constante busca do aumento do IDE, à tentativa de aumento da poupança, na eliminação das grandes distorções concorrenciais e numa tentativa de melhoramento do ambiente macroeconómico².

O comércio internacional está em constante crescendo e sofreu uma evolução tal desde a Segunda Guerra mundial, o que levou a que as trocas internacionais de mercadorias tivessem sofrido um aumento duas vezes superior ao da própria

¹ Para uma breve análise das teorias sobre o comércio internacional, veja-se MUCCHIELLI, JEAN-LOUIS em «Mondialisation, protectionnisme et libre-échange – Les théories de l'échange international», *Mondialisation et commerce international*, *Cahiers français* n.º 341, Novembre-décembre 2007, pags. 3 a 8.

² De acordo com MUCCHIELLI, JEAN-LOUIS em «Mondialisation, protectionnisme et libre-échange – Les théories de l'échange international», *Mondialisation et commerce international*, *Cahiers français* n.º 341, Novembre-décembre 2007, pags. 8, todos os recentes modelos justificativos da concorrência no comércio internacional acentuam em quatro aspectos fundamentais que daí decorrem, a saber: (i) um efeito pró-competitivo que assenta na abertura dos mercados internacionais e que obriga as empresas a confrontarem-se com um número crescente de concorrentes, o que lhes reduz o seu poder de influência nesse mercado; (ii) um efeito de economias de escala que assenta no facto de as empresas terem um cada vez maior acesso a um grande número de consumidores, com rendimentos em crescendo, o que lhes traz uma diminuição dos custos de produção; (iii) um efeito de racionalização que se traduz na capacidade de maior eficácia que as novas empresas vão desenvolvendo para competirem com as já existentes; e (iv) um efeito de variedade que se traduz num aumento em crescendo das múltiplas diversidades de bens e serviços disponibilizados aos consumidores.

produção mundial, facto analisado globalmente, o que não impede que hajam assimetrias a nível planetário desse comércio internacional, quer em volume, quer em valor monetário, entre as diferentes regiões do mundo, facto salientado pelas dinâmicas próprias de cada uma dessas regiões³. Contudo estas trocas internacionais não assentam apenas e só em produtos, representando o sector terciário – serviços – uma cada vez maior influência no mercado internacional, sector este que representa já cerca de 20% (vinte por cento) do actual comércio internacional e que teve como consequência que entre os anos de 2000 e 2007 tivesse sofrido um aumento de 86,4% (oitenta e seis virgula quatro por cento) em valor monetário⁴.

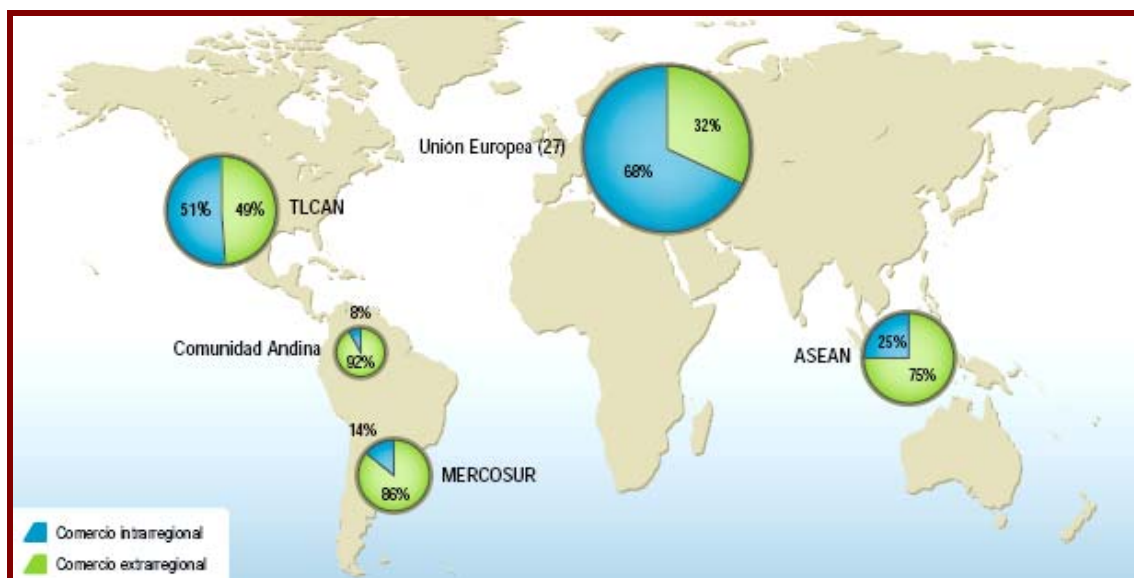
Comércio internacional – Trocas comerciais em 2006 – Bens e Serviços					
Países	IMPORTAÇÕES		EXPORTAÇÕES		Taxa de Cobertura das exportações pelas importações
	Ao preço e taxa de câmbios correntes em Biliões de dólares dos EUA	Variação em % de volume comparativo entre os anos de 2006/2005	Ao preço e taxa de câmbios correntes em Biliões de dólares dos EUA	Variação em % de volume comparativo entre os anos de 2006/2005	
Alemanha	1 154.3	11.2	1 312.8	12.5	121.7
Austrália	171.6	8.9	162.5	3.9	92.9
Bélgica	335.6	2.7	348.3	2.6	104.4
Canada	429.9	5.0	462.6	0.7	110.9
Dinamarca	135.5	14.1	143.1	9.0	106.6
Espanha	395.9	8.3	320.3	5.1	64.9
E. U. A.	2 229.6	5.9	1 467.6	8.4	54.0
Finlândia	84.3	7.8	94.7	11.8	111.4
França	636.4	6.1	607.9	5.4	90.4
Irlanda	151.8	4.4	175.3	4.4	142.0
Itália	532.1	5.9	516.7	6.2	94.3
Japão	648.4	4.2	703.0	9.5	111.7
Holanda	441.1	8.1	490.9	7.0	111.7
Portugal	76.5	4.8	60.9	9.3	65.1
Reino Unido	767.9	9.8	682.2	10.7	74.9
Suécia	169.8	8.2	202.1	8.9	116.0
Suíça	173.8	6.5	203.6	9.9	104.6
G7	6 398.5	6.9	5 752.7	8.6	85.0
OCDE – total	10 171.2	7.6	9 612.3	8.5	89.5

QUADRO N.º 1

³ Sobre a evolução das trocas comerciais internacionais nos sectores primários e secundários e a sua implantação a nível global, veja-se ABDELMALKI, LAHSEN e SADNI-JALLAB, MUSTAPHA em “La géographie des échanges internationaux – Panorama des échanges internationaux”, Mondialisation et commerce international, *Cahiers français* n.º 341, Novembre-décembre 2007, pags. 33 a 38.

⁴ Sobre a importância crescente do sector terciário – serviços – no comércio internacional, veja-se ABDELMALKI, LAHSEN e SADNI-JALLAB, MUSTAPHA em “La géographie des échanges internationaux – Panorama des échanges internationaux”, Mondialisation et commerce international, *Cahiers français* n.º 341, Novembre-décembre 2007, pags. 34 e com maior expressão veja-se o artigo de BENSIDOUN, ISABELLE em «La tertiarisation du commerce international – Panorama des échanges internationaux», Mondialisation et commerce international, *Cahiers français* n.º 341, Novembre-décembre 2007, pags. 39 a 44.

A tabela que acabamos de inserir dá-nos uma perspectiva do comércio internacional, quer em bens, quer em serviços, evidenciando-nos o constante aumento que tem sofrido através do indicador da sua variação em percentagem do seu volume comparativamente entre os anos de 2005/2006 ⁵.



QUADRO N.º 2

Se analisarmos o mapa supra⁶ ficamos com o perfeito conhecimento da evolução do comércio internacional e da sua configuração a nível global, sendo bem evidenciado por este mapa a influência da liberdade de circulação dos factores de produção, dos bens e serviços, assim como a liberdade de estabelecimento como pólo aglutinador das transacções intracomunitárias, facto que acarreta que haja um peso muito mais significativo desse comércio intracomunitário comparativamente com o comércio internacional para além das fronteiras comunitárias, isto é, para fora do espaço da UE, levado a cabo pelos seus Estados-membros ⁷.

⁵ Os dados aqui expostos foram extraídos de “L’OCDE en chiffres – 20 ème anniversaire” – pag. 64 e 65.

⁶ TLCAN – Tratado de Libre Comercio de América del Norte; ASEAN – Association of Southeast Asian Nations; MERCOSUL – Mercado Comum do Sul.

⁷ O mapa que aqui integramos foi extraído de “Statistiques du commerce international 2008” da OMC, sob o título “Proporción del comercio intrarregional en las exportaciones totales de mercancías en el marco de determinados Acuerdos Comerciales Regionales, 2007 – Gráfico 1.5”, a pags. 3, em que as siglas tem os seguintes significados: “TLCAN – Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, “MERCOSUR – Mercado Comum do Sul – (Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai e Venezuela)”, “ASEAN – Associação de Nações do Sudeste Asiático”.

ii. **A influência da mundialização nas estratégias empresariais**

Os limites jurídicos dos territórios e dos espaços em que se desenvolvem tradicionalmente as actividades das empresas esfumam-se com a mundialização da economia, acarretando consigo oportunidades e exigência às empresas que nele querem participar, obrigando-as a criarem novos modelos de reorganização face à dimensão sem precedentes da concorrência internacional, levando-as a que cada vez mais sintam necessidade de criarem novas estratégias e uma busca incessante da sua melhor organização interna para conquistarem novos mercados e consolidarem aqueles em já se implantaram, não esquecendo que cada vez mais se está perante uma fragmentação geográfica das cadeias de valor acrescentado com o recurso constante à massificação da externalização dessas mesmas cadeias de valor acrescentado⁸.

Se se atentar na classificação feita pela «Fortune Global 500» houve mudanças significativas entre os anos de 2005 e 2007 relativamente aos Países Desenvolvidos – PD e aos Países Em Desenvolvimento – PED, abalçando-se estes numa recuperação do seu atraso em face daqueles, facto evidenciado pela diminuição do peso conjunto das empresas integradas nos EUA, Japão e França, com uma diminuição de 59% para 53%, enquanto que as empresas integradas nos países emergentes ascenderam em igual período de 9% para 14%. Esta evolução e contínua mutação na configuração geográfica das empresas assenta sobre a evolução constante dos mercados internacionais, no desenvolvimento de novas tecnologias, no aumento da capacidade transportadora e de vias de comunicação, o que:

(i) motiva uma constante fragmentação geográfica do processo produtivo o que implica profundas modificações na cadeia de valor acrescentado a nível mundial,

(ii) demonstra que o IDE e o comércio internacional não se limitem só aos bens físicos mas integrem cada vez mais os serviços,

(iii) evidencia que cada vez mais as economias emergentes, como por exemplo o Brasil, a China e a Índia, recuperem o seu atraso nesta amplitude e velocidade em crescendo do comércio internacional,

⁸ Sobre as influências provocadas nas estruturas empresariais pelo fenómeno da mundialização da economia veja-se LORENZI, JEAN-HERVÉ, em “L’impact de la mondialization sur les stratégies des entreprises – Conséquences et enjeux”, *Mondialisation et commerce international, Cahiers français* n.º 34, Novembre-décembre 2007, pags. 69 a 74.

(iv) leva a que cada vez mais se integrem na internacionalização as Pequenas e Médias Empresas – PME, empresas estas que em crescendo se integram nos sectores de alta tecnologia,

(v) nos leva a questionarmo-nos por esta via cada vez mais a nacionalidade das empresas.

Para melhor termos uma visão sobre a implantação a nível internacional das Empresas Multinacionais – MTN e da sua importância, quer na implantação a nível planetário, através da multiplicidade de Países em que desenvolvem a sua actividade, quer dos activos totais que movimentam, quer do número de empregados que incorporam nos seus quadros, inserimos em seguida dois quadros sobre as 25 (vinte e cinco) maiores MTN, quer do sector financeiro, quer do sector não financeiro, existentes no ano de 2006.

SECTOR FINANCEIRO As 25 maiores empresas multinacionais por índice de implantação no estrangeiro no ANO de 2006 Em milhões de dólares e número de empregados								
Ranking de Internacionalização	Designação Da MTN	País De Origem	Activos Totais	Número total de empregados	Filiais			
					Total	No estrangeiro	Índice (*) De Internacionalização	Países estrangeiros em que tem
1	Citigroup Inc	USA	1884318	337000	773	506	65	75
2	General Electric Capital Corporation	USA	543665	81000	1117	785	70	51
3	Allianz Se	Alemanha	1357702	166505	824	613	74	48
4	BNP Paribas	França	1898186	132507	746	517	69	49
5	Axa	França	939841	76339	603	504	84	38
6	Generali Group	Itália	486429	63770	359	305	85	37
7	ABN Amro Holding Nv	Holanda	1297604	107535	887	624	70	43
8	Société Generale	França	1261478	115134	495	298	60	50
9	UBS Ag	Suíça	1961327	78140	328	293	89	33
10	Deutsche Bank Ag	Alemanha	1480984	68849	974	745	76	38
11	ING Groep Nv	Holanda	1606735	119801	939	592	63	46
12	Unicredit Group	Itália	1077209	139061	794	738	93	31
13	Zurich Financial Services	Suíça	351186	52286	338	327	97	29
14	HSBC Holdings Plc	Reino Unido	1857520	300920	985	74	58	47
15	American International Group Inc	USA	979414	106000	574	342	60	43
16	Credit Suisse Group	Suíça	1025111	44871	251	221	88	28
17	Credit Agricole Sa	França	1662600	77063	387	195	50	40
18	Fortis Nv	Bélgica/Holanda	1020098	59747	431	306	71	27
19	Natexis Banque Populaire	França	604366	21138	268	119	44	41
20	Dexia	Bélgica	747045	21490	234	192	82	22
21	JP Morgan Chase & Company	USA	1351520	174360	491	278	57	31
22	Banco Santander Sa	Espanha	1088015	129749	316	231	73	22
23	Merrill Lynch & Company Inc	USA	841299	56200	196	124	63	24
24	KBC Groupe Sa	Bélgica	428485	50189	308	245	80	19
25	Bank Of Nova Scotia	Canadá	336347	53251	86	60	70	20
(*) O "Índice de Internacionalização" representa a percentagem de filiais no estrangeiro em relação à totalidade das filiais que tem a MTN								

QUADRO N.º 3

Nas MTN ligadas ao sector financeiro, representado no quadro que antecedente⁹, é patente que apenas uma delas têm um índice de internacionalização inferior a 50% – o «Natexis Banque Populaire» com 44% –, ou seja, apesar de mesmo assim estar representada em 41 países, tem em França mais filiais do que no estrangeiro, contudo se se atentar nas restantes 24 MTN aquele índice varia entre um mínimo de 50% e 97%, facto que nos evidencia claramente a globalização encetada pelas MTN e a sua busca constante de novos mercados para a colocação dos seus produtos.

⁹ O quadro que inserimos foi elaborado por nós a partir dos dados extraídos da "TABLE A.I.17", que integra as 100 (cem) maiores MTN, inserida no relatório intitulado *WORLD INVESTMENT REPORT – 2008*, elaborado pela UNITED NATIONS, veja-se pag. 226.

Se passarmos para uma análise semelhante relativamente às MTN do sector não financeiro, a perspectiva da sua internacionalização é igualmente impressionante, ou seja, o seu mercado é à escala planetária, como se pode constatar pelo quadro que de imediato inserimos.

SECTOR NÃO FINANCEIRO As 25 maiores empresas multinacionais com activos no estrangeiro no ano de 2006 Em milhões de dólares e número de empregados											
Ranking	Designação Da MTN	País De Origem	Sector De Actividade	Activos		Vendas		Número De Empregados		Número De Filiais	
				Estrangeiro	Total	Estrangeiro	Total	Estrangeiro	Total	Estrangeiro	Total
1	General Electric	E.U.A.	Electrical & electronic equipment	442278	697239	74285	163391	164000	319000	785	1117
2	British Petroleum Company Plc	E.U.A.	Petroleum expl./ref./distr.	170326	217601	215879	270602	80300	97100	337	529
3	Toyota Motor Corporation	Japão	Motor vehicles	164627	273853	78529	205918	113967	299394	169	419
4	Royal Dutch/Shell Group	Reino Unido/Holanda	Petroleum expl./ref./distr.	161122	235276	182538	318845	90000	108000	518	926
5	Exxonmobil Corporation	E.U.A.	Petroleum expl./ref./distr.	154993	219015	252680	365467	51723	82100	278	346
6	Ford Motor Company	E.U.A.	Motor vehicles	131062	278554	78968	160123	155000	283000	162	247
7	Vodafone Group Plc	Reino Unido	Telecommunications	126190	144366	32641	39021	53138	63394	30	130
8	Total	França	Petroleum expl./ref./distr.	120645	138579	146672	192952	57239	95070	429	598
9	Electricite De France	França	Electricity - gas and water	111916	235857	33879	73933	17185	155968	199	249
10	Wal-Mart Stores	E.U.A.	Retail	110199	151193	77116	344992	540000	1910000	146	163
11	Telefonica SA	Espanha	Telecommunications	101891	143530	41093	66367	167881	224939	165	205
12	E.ON	Alemanha	Electricity - gas and water	94304	167565	32154	85007	46598	80612	279	590
13	Deutsche Telekom AG	Alemanha	Telecommunications	93488	171421	36240	76963	88808	248800	143	263
14	Volkswagen Group	Alemanha	Motor vehicles	91823	179906	95761	131571	155935	324875	178	272
15	France Telecom	França	Telecommunications	90871	135876	30448	64863	82148	191036	145	211
16	ConocoPhillips	E.U.A.	Petroleum expl./ref./distr.	89528	164781	55781	183650	17188	38400	118	179
17	Chevron Corporation	E.U.A.	Petroleum expl./ref./distr.	85735	132628	111608	204892	33700	62500	97	226
18	Honda Motor Co Ltd	Japão	Motor vehicles	76264	101190	77605	95333	148544	167231	141	243
19	Suez	França	Electricity - gas and water	75151	96714	42002	55563	76943	139814	586	884
20	Siemens AG	Alemanha	Electrical & electronic equipment	74585	119812	74858	109553	314000	475000	919	1224
21	Hutchison Whampoa Limited	Hong Kong/China	Diversified	70679	87146	28619	34428	182149	220000	115	125
22	RWE Group	Alemanha	Electricity - gas and water	68202	123080	22142	55521	30752	68534	221	430
23	Nestlé SA	Suíça	Food & beverages	66677	83426	57234	78528	257434	265000	467	502
24	BMW AG	Alemanha	Motor vehicles	66053	104118	48172	61472	26575	106575	138	174
25	Procter & Gamble	E.U.A.	Diversified	64487	138014	44530	76476	01220	138000	369	458

QUADRO N.º 4

Atente-se¹⁰ que a internacionalização destas MTN é patente na relação manifestada pela proporcionalidade entre os seus países de origem e aqueles onde têm as suas representações e visível, quer através de uma análise aos seus activos, quer às suas vendas, quer ao número de postos de trabalho que proporciona, quer ainda pelo número total de filiais que têm no estrangeiro, factos que evidenciam com clareza o mercado global criado e utilizado pelas MTN.

Para melhor entendermos o papel dos países desenvolvidos na economia global, aqui representados pelas maiores multinacionais nos sectores financeiros e não financeiros, inserimos de seguida um quadro resumo dos que antecederam e que nos evidencia o papel preponderante que os Estados-membros da UE têm na economia global, seguidos de países da América do Norte, Ásia e ainda da Europa através da Suíça.

RESUMO				
	SECTOR FINANCEIRO		SECTOR NÃO FINANCEIRO	
	Países originários das MTN	N.º total das suas MTN	Países originários das MTN	N.º total das suas MTN
ESTADOS-MEMBROS DA UE Alemanha, Bélgica, Holanda, Espanha, França, Itália e Reino Unido	7	16	5	13
OUTROS Canadá, E.U.A., Hong Kong/China, Japão e Suíça	3	9	5	12

QUADRO N.º 5

A atracção provocada às empresas para a sua internacionalização, apesar de não ser um fenómeno recente, é cada vez mais potenciada pela crescente «aldeia global» em que os meios de comunicação converteram o mundo, o que possibilita e amplia a diversificação das actividades, a criação das cadeias de valor acrescentado e a exploração de novas oportunidades para além dos seus mercados domésticos, facto que leva as empresas a tomarem consciência dos ganhos que a sua internacionalização lhes podem aportar, e para tal, a equacionarem as etapas e as dinâmicas necessárias em vista a essa mesma internacionalização, o que passará pela necessidade de:

- (i) escolher os mercados em que se irão implantar¹¹,

¹⁰ O quadro que inserimos foi elaborado por nós a partir dos dados extraídos da “TABLE A.I.15”, que integra as 100 (cem) maiores MTN, inserida no relatório intitulado *WORLD INVESTMENT REPORT – 2008*, elaborado pela UNITED NATIONS, veja-se pag. 220.

¹¹ As dinâmicas motivadoras da internacionalização das empresas, apesar de poderem serem influenciadas pelos países de origem que pretendem incentivar essa internacionalização (*push factors*),

(ii) escolher a forma como irão proceder a essa internacionalização, ou seja, se o vão fazer através:

(ii – a) das exportações¹²,

(ii-b) do IDE¹³, ou

(ii-c) do «*licensing*»¹⁴,

(iii) equacionar as diferentes formas em como podem proceder à sua internacionalização tendo em vista motivar as suas escolhas nessa internacionalização¹⁵, e finalmente

surtem sobretudo sobre a análise que as empresas fazem aos mercados de destino (*pull factors*), sugerindo a literatura especializada que se deverá ter em conta a dimensão do mercado, a especialização sectorial, a abertura comercial, os custos da mão de obra, as infra-estruturas, a existência de acordos regionais, a carga fiscal, as barreiras alfandegárias, as medidas que os países de acolhimento põem à disposição das empresas, nomeadamente as subvenções ou direitos alfandegários atenuados ou nulos, assim como a possibilidade de acordos de benefícios fiscais, a estabilidade das instituições políticas, a imposição legal de integração de conteúdos mínimos de produção local, as distâncias geográficas, a proximidade cultural e linguística. Neste sentido veja-se DUNNING, J., em «International Production and the Multinational Enterprise», George Allen & Unwin, Londres, Inglaterra, 1981, *apud* LORENZI, JEAN-HERVÉ em «L'impact de la mondialization sur les stratégies des entreprises – Conséquences et enjeux», Mondialisation et commerce international, *Cahiers français* n.º 341, Novembre-décembre 2007, pags. 70.

¹² A dinâmica do processo de internacionalização das empresas pode passar por três etapas distintas, ou seja, (i) por uma etapa inicial ou experimental em que se tentam expandir experimentalmente mercados, quer directamente, quer através de outras empresas já vocacionadas, de modo a uma futura dinâmica exportadora, (ii) através de uma dinâmica constante de exportação o que representa já mais que uma actividade meramente marginal na dinâmica comercial empresarial, e por último (iii) a constituição de uma forte dinâmica exportadora, em que as exportações são uma sustentabilidade duradoura e altamente influenciadora na captação dos proveitos empresariais. Neste sentido veja-se CAVUSGIL, S.T. em «Differences Among Exporting Firm Based on their Degree of Internationalization» *Journal of Business Research*, Vol. 12, pags. 195 a 208, 1984, *apud* LORENZI, JEAN-HERVÉ em «L'impact de la mondialization sur les stratégies des entreprises – Conséquences et enjeux», Mondialisation et commerce international, *Cahiers français* n.º 341, Novembre-décembre 2007, pags. 70.

¹³ De acordo com CHANG, S.J e ROSENZWEIG, P.M. em «The Choice of Entry Mode in Sequential Foreign Direct Investment», *Strategic Management Journal*, Vol. 22, N.º 8, Août., Pags. 747 a 776, 2001, *apud* LORENZI, JEAN-HERVÉ em «L'impact de la mondialization sur les stratégies des entreprises – Conséquences et enjeux», Mondialisation et commerce international, *Cahiers français* n.º 341, Novembre-décembre 2007, pags. 70, o IDE pode assumir 3 (três) variantes distintas, a saber: (i) pela implantação no país de destino pela constituição *ex nihilo* de uma forma de filial (*greenfield investment*), em que se torna necessário no país de destino conhecer todos os passos burocráticos necessários à implantação *ab initio* de uma das formas possíveis de instalar ali um estabelecimento permanente, facto que pode transformar num processo algo longo e complicado; (ii) pela aquisição de uma forma empresarial já ali implantada (*brownfield investment*), conseguindo-se por esta via uma entrada rápida nesse país, tendo como possível risco o custo financeiro não ter uma correspondência com a real dimensão e capacidade da empresa já ali instalada e, por último (iii) a criação de uma *joint venture* – JV, o que permite ao investidor estrangeiro beneficiar já dos recursos de um investidor já implantado nesse mercado, apesar de tal tipo de investimento poder acarretar também hipóteses de conflitos de interesses e comportamentos oportunistas entre as partes intervenientes.

¹⁴ Sobre as diversas formas em que pode consistir o «*licensing*», e consiste basicamente sobre a cedência dos direitos de utilização, entre outros, do *Know how*, uma licença de fabricação, um processo de concepção e organização, e que pode ser de cedência exclusiva ou múltipla, veja-se, entre outros, LORENZI, JEAN-HERVÉ em «L'impact de la mondialization sur les stratégies des entreprises – Conséquences et enjeux», Mondialisation et commerce international, *Cahiers français* n.º 341, Novembre-décembre 2007, pags. 71.

¹⁵ Aqui o investidor que pretende internacionalizar-se deve ter em conta diferentes factores, designadamente quais as formas de detenção de capital que pretende, a tecnologia que dispõe e a sua experiência no marketing, a sua pretensão na internacionalização dos activos incorpóreos, as características dos mercados em que se pretende implantar, a sua experiência empresarial, uma vez que quanto maior for maior será a capacidade de sucesso e ainda as diferenças culturais entre os países de

(v) delinearem as estratégias a seguir no mercado em que se vão internacionalizar ¹⁶.

iii. As empresas como pólos aglutinadores do comércio internacional

A amplitude do comércio internacional, que apesar de ter em si uma componente importante na sua dinamização pelos responsáveis políticos dos diferentes países e das diversificadas organizações internacionais, assenta sobretudo na capacidade que as empresas, detidas essencialmente por sociedades, demonstram em proceder à sua internacionalização, quer por via *tout court* das exportações de bens e serviços, quer pela via da sua implantação nos diferentes países através do IDE ¹⁷, influência esta que é demonstrada igualmente pela dimensões das empresas, em que, regra geral, a sua capacidade de exportação e internacionalização está directamente ligada a essa dimensão ¹⁸. O IDE tem tido uma expressão crescente durante os últimos quarenta anos através da implantação pelas multinacionais, ou seja, empresas que têm pelo menos outra unidade sua fora do seu país de origem, aumento este que, de acordo com Organização das Nações Unidas – ONU, no ano de 2005 ultrapassava já um total de mais 773 000 filiais estrangeiras, o que tem como consequência que cerca de 2/3 (dois terços) do comércio mundial tem origem em empresas multinacionais. Assim chegados aqui a questão que se poderá colocar é a de se conhecerem os motivos que

origem e de destino, uma vez que quanto maior forem estas maior será a potenciação do insucesso. Neste sentido veja-se, entre outros, CHANG, S.J e ROSENZWEIG, P.M. em «The Choice of Entry Mode in Sequential Foreign Direct Investment», *Strategic Management Journal*, Vol. 22, N.º 8, Août., Pags. 747 a 776 – 2001, *apud* LORENZI, JEAN-HERVÉ em «L'impact de la mondialization sur les stratégies des entreprises – Conséquences et enjeux», *Mondialisation et commerce international, Cahiers français* n.º 341, Novembre-décembre 2007, pags. 71.

¹⁶ Aqui as empresas que se internacionalizam pode recorrer, por exemplo, às estratégias do *cost leadership*, conseguindo assim economias de escala de produções de grandes envergaduras, utilizando o *dumping*, ou seja, utilizando uma diminuição de preços de modo que estes estejam nos seus limites mínimos, através da introdução do conceito de *product differentiation* em que as empresas apostam na adaptação dos seus produtos às necessidades dos mercados que têm em vista, ou ainda nas estratégias tipo *focus*, em que as empresas vão passar a explorar segmentos do mercado já abandonados por outros grandes concorrentes. Sobre os autores defensores das variadas estratégias de implantação nos mercados internacionais, veja-se LORENZI, JEAN-HERVÉ em «L'impact de la mondialization sur les stratégies des entreprises – Conséquences et enjeux», *Mondialisation et commerce international, Cahiers français* n.º 341, Novembre-décembre 2007, pags. 71.

¹⁷ O Fundo Monetário Internacional – FMI define IDE em resultado de uma participação mínima de 10% (dez por cento) de participação do capital por uma empresa noutra situada no estrangeiro.

¹⁸ Neste sentido veja-se MONTEL-DUMONT, OLÍVIA, em «Les tendances récentes du commerce extérieur français – Panorama des échanges internationaux», *Mondialisation et commerce international, Cahiers français* n.º 341, Novembre-décembre 2007, pags. 46 a 53, sobretudo a pags. 52 quando afirma que “...la taille des entreprises, aussi bien en termes d'emploi que de chiffre d'affaires, est déterminante pour le passage à l'international: aussi, environ 60% des entreprises françaises de plus de 250 salariés ont des activités d'exportation, contre 35% des PME de 20 a 49 salariés et 5% des TPE. La taille influe également sur la capacité des firme à exporter sur de longues distances et sur plusieurs marchés. L'innovation joue également un rôle important: 60% des moyennes entreprises «innovantes» exportent contre 40% de l'ensemble...”.

levará as empresas à sua internacionalização, quer esta se veja pela via das exportações, quer se analise sob a óptica do IDE.

As empresas serão tentadas a internacionalizarem-se pelo apelo de 3 (três) principais motivos, ou seja:

- (i) Tendo em vista satisfazer a procura local de novos mercados,
- (ii) O acesso aos factores de produção, ou ainda
- (iii) Concorrer com outras empresas internacionais em novos mercados.

De acordo com as teorias tradicionais ¹⁹ as empresas podiam ser obrigadas a implantarem-se no estrangeiro para contornarem as barreiras colocadas às entradas de bens e serviços e por esta via acederem aos novos mercados, ou seja, tentarem assim pela via da implantação de filiais no estrangeiro conseguirem ultrapassarem as dificuldades sentidas nas exportações dos seus produtos, facto motivado por toda a espécie de constrangimentos que sentiriam nos novos mercados para onde queriam exportar.

Com esta atitude, as empresas em vez de exportarem os seus produtos, passam a colocar nesses mercados internacionais, através do IDE, os seus factores de produção, tais como o capital, o seu Know how, ou seu pessoal qualificado. Outro facto motivador do recurso ao IDE, em substituição das exportações, pode também estar relacionado com os elevados custos de transportes dos bens exportados, sendo preferível então o IDE e a implantação dos factores de produção nesses países.

Nesta temática não pode ser negligenciável a necessidade que muitas vezes as empresas sentem em estarem elas próprias implantadas perto dos consumidores, para melhor se adaptarem aos mercados locais, para se tornarem mais visíveis, ou inclusivamente em face de alguns tipos concretos de comércio e indústria em que apenas é possível a sua implantação no locais de consumo, como seja por exemplo o turismo, os bancos, os seguros ou os grandes distribuidores ²⁰.

¹⁹ Para uma análise sobre as teorias tradicionais do comércio internacional veja-se MUNDEL, R.A. em "International Trade and Factor Mobility", *The American Economic Review*, Juin, pags. 320-335, 1957, *apud* MUCCHIELLI, JEAN-LOUIS e CHEDOR, SEVERINE em «Entreprises multinationales et commerce international – Conséquences et enjeux», *Mondialisation et commerce international, Cahiers français* n.º 341, Novembre-décembre 2007, pags. 78.

²⁰ Sobre esta temática veja-se MUCCHIELLI, JEAN-LOUIS e CHEDOR, SEVERINE em «Entreprises multinationales et commerce international – Conséquences et enjeux», *Mondialisation et commerce international, Cahiers français* n.º 341, Novembre-décembre 2007, pags. 78.

A implantação das empresas no estrangeiro por via do IDE pode também ser sentido pelas empresas como uma necessidade privilegiada de conseguirem chegar aos mercados internacionais das matérias-primas, por exemplo na extracção das matérias-primas no sector primário e nomeadamente na extracção petrolífera, ou na procura de mão-de-obra de baixos custos ou altamente especializada.

Aqui as empresas analisam as vantagens que têm entre o recurso às exportações e o IDE para escolherem aquela via que lhes consiga trazer a maximização dos seus lucros, tendo sempre presente análises comparativas entre os custos de exportação e do IDE e a maximização das vantagens obtidas com as suas opções ²¹.

O quadro que em seguida inserimos demonstra-nos o papel do IDE implementado por algumas das economias mais dinâmicas a nível global, factor que abordaremos em seguida ²².

²¹ Para uma análise das chamadas teorias específicas da multinacionalização das empresas veja-se DUNNING, J. em «Trade, Location of Economic Activity and MNE: A Search for an Eclectic Approach», *The International Allocation of Economic Activity*, de BERTIL OHLIN, P.O., HESSELBORN e WIJCKMAN, P.M., Edições Londres, Macmillan, pags. 395 a 418, 1977, *apud* MUCCHIELLI, JEAN-LOUIS e CHEDOR, SEVERINE em «Entreprises multinationales et commerce international – Conséquences et enjeux», *Mondialisation et commerce international, Cahiers français* n.º 341, Novembre-décembre 2007, pags. 79.

²² O quadro que inserimos foi elaborado por nós a partir de dados extraídos da “*TABLE B.1.*”, que integra a demonstração do IDE a nível global, inserida no relatório intitulado “WORLD INVESTMENT REPORT – 2008”, elaborado pela UNITED NATIONS, veja-se pag. 272.

FDI - FLOWS, by region and economy, 2005–2007						
MILLIONS OF DOLLARS						
REGION/ECONOMY	FDI - INFLOWS/Year			FDI - OUTFLOWS/Year		
	2005	2006	2007	2005	2006	2007
WORLD	958 697	1 411 018	1 833 324	880 808	1 323 150	1 996 514
DEVELOPED ECONOMIES	611 283	940 861	1 247 635	748 885	1 087 186	1 692 141
EUROPE	505 473	599 327	848 527	689 788	736 861	1 216 491
EUROPEAN UNION - 27	498 400	562 444	804 290	609 267	640 542	1 142 229
EU - SOME COUNTRIES	Portugal	3 930	11 305	5 632	2 111	6 217
	Denmark	12 890	3 615	11 224	16 225	8 526
	Ireland	- 31 689	- 5 542	30 591	14 313	15 324
	Italy	19 975	39 239	40 199	41 826	42 068
	Belgium	34 317	64 371	40 628	32 608	56 576
	Germany	41 969	55 171	50 925	68 877	94 705
	Spain	25 020	26 888	53 385	41 829	100 249
	Netherlands	47 694	7 982	99 438	135 804	47 095
	France	84 951	78 154	157 970	114 978	121 370
	United Kingdom	177 901	148 189	223 966	80 009	86 764
Norway	5 413	6 475	602 21	966 21	143 11	168
Switzerland	- 1 543	26 275	40 391	51 465	69 854	50 968
Canada	26 967	62 765	108 655	29 619	39 117	53 818
USA	104 773	236 701	232 839	15 369	221 664	313 787
Australia	- 35 295	25 736	22 266	- 33 523	22 63	8 24 209
Japan	2 775	- 6 506	22 549	45 781	50 266	73 549
China	72 406	72 715	83 521	12 261	21 160	22 469a
Hong Kong – China	33 618	45 054	59 899	27 201	44 979	53 187
India	7 606	19 662	22 950	2 978	12 842	13 649

QUADRO N.º 6

No mundo cada vez mais globalizado em que se desenvolve actualmente a economia, ou como já vai sendo hábito dizer-se, nesta «aldeia global» em que se converteu o mundo face à dinâmica dos variados meios de comunicação cuja disponibilidade está exponencialmente em crescendo, a concorrência empresarial acicata as empresas a enveredarem pelo IDE na tentativa de se anteciparem nos mercados internacionais, conseguindo por esta via de antecipação de entrada nos mercados ganhos de influência nos mesmos em relação às suas directas concorrentes.

O IDE é cada vez mais exercido através de aquisições e fusões com empresas já implantadas nos mercados em que se pretende investir, criando-se consequentemente uma melhor capacidade de maximização dos lucros através das redes empresariais já instaladas localmente, assim como o aproveitamento desse conhecimento do mercado local, sendo este tipo de IDE muitas vezes uma estratégia de substituição da via de

exportação, claro está depois de devidamente ponderadas as vantagens e inconvenientes entre a internacionalização através da exportação ou através do IDE ²³.

A importância que as aquisições e fusões entre empresas tem no IDE a nível global será em seguida por nós evidenciado através da inserção de alguns quadros representativos sob diversos prismas.

Value of cross-border MERGERS&ACQUISITIONS , by sector/industry, 2005–2007							
Millions of dollars (****)							
		SALES			PURCHASES		
YEAR		2005	2006	2007	2005	2006	2007
TOTAL INDUSTRY		929362	1118068	1637107	929362	1118068	1637107
SECTOR/INDUSTRY	PRIMARY (*)	155840	108769	109774	129671	94253	130839
	SECONDARY (**)	255 04	304777	567397	183430	241069	370307
	SERVICES (***)	518517	704522	959936	616215	782634	1135245
	UNSPECIFIED	-	-	-	46	111	716
(*) Minerals; Coal, oil and natural gas; Alternative/renewable energy.							
(**) Food, beverages and tobacco; Textiles; Wood and wood products; Chemicals and chemical products; Rubber and plastic products; Non-metallic minerals; Metals; Machinery and equipment; Electrical and electronic equipment; Medical devices; Motor vehicles and other transport equipment; Consumer products.							
(***) Hotels and tourism; Transport, storage and communications; Financial services; Business activities; Space and defence; Health care; Leisure and entertainment.							
(****) The data cover only those deals that involve an acquisition of an equity of more than 10%.							

QUADRO N.º 7

No quadro que acabamos de inserir podemos constatar o valor global do IDE realizado através de aquisições e fusões por empresas ligadas aos diversificados sectores não financeiros e a sua constante evolução ao longo dos anos de 2005 a 2007 ²⁴.

As aquisições e fusões empresariais são uma constante em crescendo a nível global, facto a que não são alheios os países das principais economias desenvolvidas como principais motores da economia mundial, seguidas pelas economias em vias de desenvolvimento, o que nos é evidenciado pelos dois quadros que de imediato inserimos, demonstrando-nos o primeiro ²⁵ o peso monetário que de tal forma de IDE em alguns países.

²³ Para uma análise sobre estas opções veja-se MUCCHIELLI, JEAN-LOUIS e CHEDOR, SEVERINE em «Entreprises multinationales et commerce international – Conséquences et enjeux», Mondialisation et commerce international, *Cahiers français* n.º 341, Novembre-décembre 2007, pages. 79.

²⁴ Inserimos um quadro que foi elaborado por nós a partir de dados extraídos da “TABLE B.6.”, que integra a demonstração do IDE a nível global, através do valor global de aquisições e fusões nos sectores não financeiros, inserida no relatório intitulado “WORLD INVESTMENT REPORT – 2008”, elaborado pela UNITED NATIONS, veja-se pag. 278.

²⁵ O quadro que inserimos foi elaborado por nós a partir de dados extraídos da “TABLE B.4.”, que integra a demonstração do IDE em algumas das economias mais desenvolvidas a nível global, através do valor

Number of cross-border MERGERS&ACQUISITIONS, by region/economy of seller/purchaser, 2005–2007 - Millions of Dollars						
REGION/ECONOMY	SALES/YEAR			PURCHASES/YEAR		
	2005	2006	2007	2005	2006	2007
WORLD	929 362	1 118 068	1 637 107	929 362	1 118 068	1 637 107
DEVELOPED ECONOMIES	820 358	969 116	1 454 084	777 609	930 101	1 410 802
EUROPE	601 820	600 562	824 976	516 887	548 613	830 205
EUROPEAN UNION - 27	579 026	556 888	782 024	486 504	482 214	784 208
EU – SOME COUNTRIES	Portugal	4 499	3 884	1 735	1 232	4 422
	Ireland	2 662	5 363	5 404	5 307	6 408
	Belgium	7 183	6 844	5 427	7 670	7 614
	Denmark	12 492	14 434	11 211	12 320	4 759
	Italy	50 083	38 504	31 439	34 817	21 065
	France	54 140	47 037	62 435	87 760	72 893
	Spain	27 944	21 259	66 030	30 654	87 553
	Germany	87 205	76 609	100 977	41 485	53 376
	Netherlands	107 194	34 665	209 798	88 772	24 443
	United Kingdom	175 960	219 229	230 959	133 409	105 390
Norway	8 109	5 933	8 313	9 781	10 964	10 784
Switzerland	11 401	35 992	32 843	17 249	49 79	28 639
Canada	34 847	66 973	124 468	30 555	49 104	80 576
USA	148 513	255 134	379 359	171 534	241 985	396 164
Australia	17 146	23 709	54 661	40 615	42 427	53 231
Japan	9 853	5 411	21 419	13 220	34 006	35 923
China	11 590	12 128	15 537	9 546	14 906	4 452
Hong Kong – China	10 022	14 552	26 811	12 295	11 098	8 67
India	3 754	4 740	5 580	4 958	6 586	30 414

QUADRO N.º 8

O peso monetário global representado por aquele tipo de IDE é igualmente evidenciado no crescente aumento de acordos de aquisições e fusões e representado no quadro ²⁶ que imediatamente inserimos.

global de aquisições e fusões, inserida no relatório intitulado “WORLD INVESTMENT REPORT – 2008”, elaborado pela UNITED NATIONS, veja-se pag. 272.

²⁶ Este quadro foi elaborado por nós a partir de dados extraídos da “TABLE B.5.”, que integra a demonstração do IDE em algumas das economias mais desenvolvidas a nível global, através do número de acordos global de aquisições e fusões, inserida no relatório intitulado *WORLD INVESTMENT REPORT – 2008* – elaborado pela UNITED NATIONS – veja-se pag. 275.

Number of cross-border MERGERS&ACQUISITIONS , by region/economy of seller/purchaser, 2005–2007 - Number of Deals						
REGION/ECONOMY	SALES/YEAR			PURCHASES/YEAR		
	2005	2006	2007	2005	2006	2007
WORLD	8 560	9 075	10 145	8 560	9 075	10 145
DEVELOPED ECONOMIES	6 830	7 151	7 878	6 761	7 233	8 143
EUROPE	3 996	4 076	4 443	3 806	4 036	4 610
EUROPEAN UNION – 27	3 717	3 760	4 081	3 430	3 624	4 171
EU – SOME COUNTRIES	Portugal	56	46	42	25	37
	Ireland	78	73	89	81	112
	Belgium	116	126	104	103	96
	Denmark	119	124	110	147	120
	Spain	152	223	235	154	187
	Italy	225	208	239	165	155
	Sweden	195	207	246	215	233
	Netherlands	281	216	296	249	263
	France	435	443	431	454	468
	Germany	582	622	646	433	444
	United Kingdom	979	945	1 076	1 063	1 103
Norway	102	111	126	113	112	122
Switzerland	151	175	196	200	203	201
Canada	412	496	607	488	552	612
United States	1 749	1 872	2 040	1 737	1 878	1 992
Australia	338	377	417	363	398	503
Japan	180	150	169	255	235	248
China	258	238	274	102	88	122
Hong Kong – China	217	195	232	189	186	186
India	121	161	167	122	162	194

QUADRO N.º 9

É de evidenciar em resultado da análise que fazemos às duas anteriores tabelas, em que mais uma vez os Estados-membros da UE têm um papel fulcral no IDE, quer através dos montantes monetários que aquele investimento em aquisições e fusões representa, quer em número total de acordos celebrados, ultrapassando em mais de 40% do IDE global, ou seja, integram a UE países com excelentes capacidades impulsionadoras quer da economia global, quer da economia dentro da própria UE.

Este factor dinamizador da economia global e representado pelo IDE pela via das aquisições e fusões, é igualmente patente no interesse manifestado pelas MTN, e que de seguida se evidencia no quadro que inserimos, que representa os 25 (vinte e cinco) maiores acordos monetários ocorridos no ano de 2007, integrados num conjunto dos maiores acordos que a nível mundial ultrapassaram o valor monetário de 3 (três) biliões de dólares dos EUA ²⁷.

²⁷ Elaboramos este quadro a partir de dados extraídos da “*TABLE A.1.3.*”, que integra a demonstração que as MTN têm no IDE através da celebração de acordos de aquisições e fusões, inserido no relatório intitulado “*WORLD INVESTMENT REPORT – 2008*”, elaborado pela UNITED NATIONS, veja-se pag. 204.

Cross-border <u>MERGERS&ACQUISITIONS</u> deals worth over \$3 billion completed in 2007						
Ranking	Value (\$ million)	Acquired company	Host economy	Acquiring company	Home economy	Industry of the acquiring company
1	98.2	ABN-AMRO Holding NV	Netherlands	RFS Holdings BV	United Kingdom	Investors, nec
2	37.6	Alcan Inc	Canada	Rio Tinto PLC	United Kingdom	Gold ores
3	26.4	Endesa SA	Spain	Investor Group	Italy	Investors, nec
4	22.8	Tyco Healthcare Group Ltd	USA	Shareholders	USA	Investors, nec
5	22.2	Scottish Power PLC	United Kingdom	Iberdrola SA	Spain	Electrical services
6	21.0	ABN AMRO North America Holding Co	USA	Bank of America Corp	USA	National commercial banks
7	19.6	Alliance Boots PLC	United Kingdom	AB Acquisitions Ltd	USA	Investors, nec
8	19.3	Tyco Electronics Ltd	USA	Shareholders	USA	Investors, nec
9	15.6	Hanson PLC	United Kingdom	Lehigh UK Ltd	Germany	Investors, nec
10	15.0	Koninklijke Numico NV	Netherlands	Groupe Danone SA	France	Dry condensed and evaporated dairy products
11	14.7	Gallaher Group PLC	United Kingdom	JTI(UK)Management Ltd	Japan	Investors, nec
12	14.6	MedImmune Inc	USA	AstraZeneca PLC	United Kingdom	Pharmaceuticals
13	14.4	Organon Biosciences (OBS)	Netherlands	Schering-Plough Corp	USA	Pharmaceuticals
14	14.2	Rinker Group Ltd	Australia	Cemex SAB de CV	Mexico	Cement hydraulic
15	14.2	Rodamco Europe NV	Netherlands	Unibail Holding SA	France	Real estate investment trusts
16	12.7	Hutchison Essar Ltd	India	Vodafone Group PLC	United Kingdom	Radiotelephone communications
17	12.4	Lyondell Chemical Co	USA	Basell NV	USA	Plastic materials and synthetic resins
18	11.8	Corus Group PLC	United Kingdom	Tata Steel UK Ltd	India	Investors, nec
19	11.6	GE Plastics	USA	SABIC	Saudi Arabia	Chemicals and chemical preparations, nec
20	11.1	Assurances Generales de France SA	France	Allianz AG	Germany	Investment advice
21	10.2	Euronext NV	Netherlands	NYSE Group Inc	USA	Security and commodity exchanges
22	9.9	Compass Bancshares Inc.	USA	BBVA	Spain	Banks
23	8.6	Serono International SA	Switzerland	Merck KGaA	Germany	Pharmaceuticals
24	8.5	Southern Water Capital Ltd	United Kingdom	Investor Group	USA	Investors, nec
25	7.9	Nikko Cordial Corp	Japan	Citigroup Japan Investments LLC	USA	National commercial banks

QUADRO N.º 10

As empresas quando partem para a sua internacionalização, não utilizando para tanto as exportações, podem fazê-lo pelas mais diversificadas vias, desde a implantação da sua rede de filiais até à utilização da subcontratação, ou seja:

(i) Criação de estabelecimentos estáveis;

(ii) Tomarem a opção de criarem nos países estrangeiros redes de filiais de comercialização, de produção ou de prestação de serviços, recorrendo para tanto à criação *ex nihilo* de filiais;

(iii) Optarem por adquirir ou fundir-se com outras já existentes;

(iv) Procederem à subcontratação com empresas já implantadas, obtendo com esta última via uma internacionalização sem os custos inerentes à implantação e manutenção das suas filiais nesses mercados, acrescentando a este aspecto a grande capacidade de tentarem encontrarem sempre os melhores parceiros na tentativa da maximização dos proveitos aos menores custos, designadamente os custos de contexto de manutenção dessas mesmas filiais nos mercados em questão ²⁸.

A criação *ex nihilo* de filiais pelas empresas, com intuito de procederem à sua internacionalização, evidencia-se a nível global com uma progressão mais acentuada no sector secundário e terciário que no sector primário, como em resumo se evidencia no quadro que em seguida inserimos ²⁹.

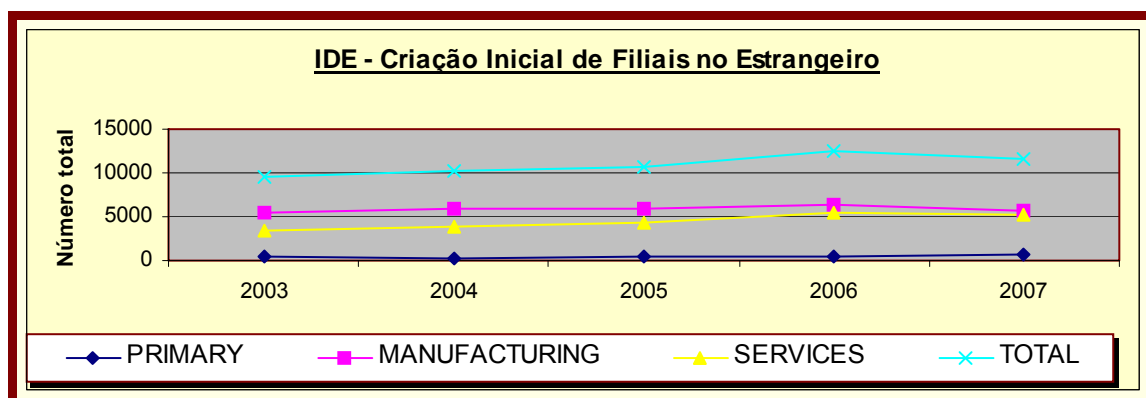
IDE - Criação inicial de filiais no estrangeiro						
Number of GREENFIELD – FDI - PROJECTS, by sector/industry, 2003–2007						
YEAR		2003	2004	2005	2006	2007
SECTOR/ INDUSTRY	PRIMARY (*)	519	326	463	490	605
	MANUFACTURING (**)	5 516	5 989	5 801	6 403	5 776
	SERVICES (***)	3 434	3 939	4 368	5 548	5 322
	TOTAL	9 469	10 254	10 632	12 441	11 703
(*) Minerals; Coal, oil and natural gas; Alternative/renewable energy. (**) Food, beverages and tobacco; Textiles; Wood and wood products; Chemicals and chemical products; Rubber and plastic products; Non-metallic minerals; Metals; Machinery and equipment; Electrical and electronic equipment; Medical devices; Motor vehicles and other transport equipment; Consumer products. (***) Hotels and tourism; Transport, storage and communications; Financial services; Business activities; Space and defence; Health care; Leisure and entertainment.						

QUADRO N.º 11

A evolução constante de criação de filiais a nível global pelas empresas, como meio utilizado para se internacionalizarem, e que o quadro anterior nos dá conta, é plenamente evidenciado pelo gráfico que inserimos de seguida, realçando a tendência crescente do sector terciário em relação aos dois outros sectores.

²⁸ Neste sentido veja-se MUCCHIELLI, JEAN-LOUIS e CHEDOR, SEVERINE em «Entreprises multinationales et commerce international – Conséquences et enjeux», Mondialisation et commerce international, *Cahiers français* n.º 341, Novembre-décembre 2007, pags. 79.

²⁹ Este quadro foi por nós elaborado a partir de dados extraídos da “*TABLE A.I.1.*”, e que demonstra o IDE levado a cabo pelas empresas com a criação originária de filiais noutros países, dados estes inseridos no relatório intitulado “WORLD INVESTMENT REPORT – 2008”, elaborado pela UNITED NATIONS, veja-se pag. 203.

**GRÁFICO N.º 1**

A concretização deste tipo de IDE, fica bem patente através do quadro seguinte³⁰ em que se expõe o contributo das principais economias a nível global.

IDE - Criação inicial de filiais no estrangeiro											
Number of GREENFIELD FDI PROJECTS, by source/destination, 2003–2007											
PARTNER REGION/ECONOMY		World as destination/Year					World as source/Year				
		2003	2004	2005	2006	2007	2003	2004	2005	2006	2007
WORLD		9469	10254	10632	12441	11703	9469	10254	10632	12441	11703
DEVELOPED COUNTRIES		7881	8766	9080	10402	9891	4162	4688	5150	6198	6037
DEVELOPING ECONOMIES		1430	1319	1360	1823	1622	4508	4858	4536	5442	4922
EUROPE		4040	4642	4959	5903	6009	2956	3524	4092	4937	4711
EUROPEAN UNION - 27		3794	4296	4621	5473	5592	2866	3424	3995	4806	4542
EU – SOME COUNTRIES	Portugal	51	40	21	25	36	62	83	30	55	77
	Poland	14	25	31	41	39	154	240	275	350	333
	Ireland	49	45	67	88	83	136	130	196	146	114
	Denmark	105	134	155	148	126	74	92	81	71	67
	Finland	105	105	196	201	181	30	32	35	42	37
	Belgium	78	95	133	146	189	66	115	163	126	206
	Sweden	216	258	279	292	287	109	139	106	125	86
	Italy	277	354	308	266	295	114	131	142	149	166
	Netherlands	241	301	237	331	333	105	105	109	142	127
	Spain	172	264	154	217	438	224	267	156	283	390
	France	495	569	650	689	856	161	233	493	590	561
United Kingdom	718	779	861	1061	951	427	529	636	702	641	
Germany	865	909	1038	1293	1243	276	276	275	362	438	
Norway		62	82	95	101	69	27	25	21	20	23
Switzerland		171	248	224	297	322	58	74	74	106	143
Canada		325	300	419	252	246	244	224	209	178	153
United States		2404	2583	2694	3078	2693	594	603	574	737	800
Austrália		144	113	140	156	142	182	139	111	130	155
Japan		886	1040	772	820	686	134	159	121	151	168
Hong Kong – China		128	105	97	115	119	90	128	126	157	144
China		108	102	140	136	184	1320	1546	1256	1415	1176
India		177	206	224	315	213	453	699	594	1 026	682

QUADRO N.º 12

A opção pela internacionalização através da criação de filiais no estrangeiro pode ainda assim ser levada a cabo por duas vias, ou seja:

³⁰ Elaboramos este quadro a partir de dados extraídos da “TABLE A.I.1.”, e que demonstra o IDE levado a cabo pelas empresas com a criação originária de filiais noutros países, dados estes inseridos no relatório intitulado “WORLD INVESTMENT REPORT – 2008”, elaborado pela UNITED NATIONS, veja-se pag. 199.

(i) Através de uma integração vertical em que delinea uma estratégia de segmentalização ou fragmentalização internacional em que cada uma das filiais, ou conjunto de filiais, fica encarregue de uma determinada parte específica do conjunto global da actividade da multinacional, ou seja, produzindo assim para um produto, ou produtos finais inerentes ao próprio objecto da multinacional;

(ii) Através uma integração horizontal em que cada uma das filiais tem uma estratégia própria de integração no mercado e concorre com os mesmos objectivos das restantes filiais do grupo, numa estratégia de duplicação.

Evidentemente quando estamos a analisar o IDE através das estratégias horizontais de criação de filiais no estrangeiro, sempre poderíamos acrescentar que aquelas empresas poderiam eventualmente conseguir o mesmo objectivo através das exportações, contudo, as opções empresariais entre as exportações e o IDE, via integração horizontal, delinear-se-ão através do ganhos de produtividade que se quererão alcançar e da influência, maior ou menor, que as empresas queiram imprimir nos próprios mercados internacionais para os quais se pretendem expandir, ao passo que na integração vertical as empresas multinacionais especializarão cada uma das suas filiais no seu processo integral, havendo aqui lugar a trocas intra-empresa dos seus bens intermédios, ou seja, passaremos aqui a ter exportações internacionais de bens intermédios dentro do grupo.

Estas análises puras, entre integração empresarial vertical *versus* integração horizontal, não são utilizadas nesta sua pureza tão simples, uma vez que as multinacionais criam modelos que fazem a simbiose entre eles para, em cada caso concreto, atingirem o seu objectivo final, que mais não é do que a maximização dos seus lucros totais ^{31 32}.

³¹ Sobre esta ultrapassagem dos modelos puros de integração vertical e horizontal veja-se EGGER e PFAFFERMAYR em "The determinants of Intra-firm trade. In search for X-M Magnification effects", *Review of World Economics*, Vol. 141 (4), 2005, *apud* MUCCHIELLI, JEAN-LOUIS e CHEDOR, SEVERINE em «Entreprises multinationales et commerce international – Conséquences et enjeux», *Mondialisation et commerce international, Cahiers français* n.º 341, Novembre-décembre 2007, pags. 79.

³² A breve análise que fazemos aqui sobre a relação entre IDE e as exportações tem uma relação distinta quando é observada sob uma óptica macroeconómica ou sob uma perspectiva micro económica ou empresarial. Efectivamente numa óptica macroeconómica há estudos que concluem que há uma relação positiva entre as exportações e o IDE, enquanto que os estudos realizados em relação às importações e o IDE, apesar de também indicarem correlações positivas entre IDE e importações, vão no sentido de que estas serão menos intensas que naquelas. Para uma análise mais aprofundada desta temática veja-se EGGER e PFAFFERMAYR em "The determinants of Intra-firm trade. In search for X-M Magnification effects", *Review of World Economics*, Vol. 141 (4), 2005, *apud* MUCCHIELLI, JEAN-LOUIS e CHEDOR, SEVERINE em «Entreprises multinationales et commerce international – Conséquences et enjeux», *Mondialisation et commerce international, Cahiers français* n.º 341, Novembre-décembre 2007, pags. 80

Quando levamos a cabo uma análise micro económica das empresas multinacionais, o primeiro aspecto que dali nos sobressai é que são elas as organizadoras e as actoras na concepção das suas redes de filias no mundo internacional empresarial em que se inserem, análise esta que poderá incidir sobre as relações entre as empresas mãe e as suas redes de filiais relativamente à natureza dos produtos objecto de transacções ³³, às relações existentes entre a casa mãe e as suas filiais numa perspectiva de dinâmica comercial existente, ou não, entre elas ³⁴, ou ainda na relação existente no comércio que o IDE vai provocar entre as empresas já instaladas em certo e determinado mercado internacional, ou na dinâmica existente nas trocas comerciais entre as filiais da multinacional, isto é, as trocas comerciais intra empresa multinacional.

Efectivamente as empresas multinacionais quando se instalam noutros países, regra geral, privilegiam o comércio dentro do próprio grupo, facto que acarreta consigo que o comércio que era até então efectuado entre empresas distintas passa agora a ser efectuado entre as empresas do grupo, pelo que haverá aqui uma relação de substituição das relações comerciais entre empresas pelo IDE, e por sua vez, uma relação de complementaridade entre o IDE e as relações comerciais internas dentro do grupo em face do incremento do comércio interno no grupo multinacional em detrimento do comércio levado a cabo entre as empresas fora dos grupos

e 81, sob a epigrafe de «Les études sur donnés méso-économiques et macroéconomiques» e os autores e obras aí citados.

³³ De acordo com as variadas teorias internacionais sobre a relação entre a natureza dos produtos que são objecto de trocas comerciais internacionais mostra que há uma maior relação de complementaridade nas trocas internacionais intra empresa multinacional quando os produtos são bens semi-acabados, enquanto que essa complementaridade será menor quando estamos em presença de produtos acabados, ou seja, a natureza dos bens em questão influencia essa maior ou menor complementaridade das relações comerciais entre as empresas mãe e as suas redes internacionais de filiais. Neste sentido veja-se BLONIGEN, B.A. em "In Search of Substitution between Foreign Production and Exports", *Journal of International Economics*, n.º 53, pags. 81 a 104, 2001, *apud* MUCCHIELLI, JEAN-LOUIS e CHEDOR, SEVERINE em «Entreprises multinationales et commerce international – Conséquences et enjeux», *Mondialisation et commerce international, Cahiers français* n.º 341, Novembre-décembre 2007, pags. 81.

³⁴ Sobre a relação entre o IDE e as exportações os diversos estudos vão em sentido algo variáveis, contudo, esta relação entre as exportações e as relações comerciais entre as casas mãe e as suas redes de filiais no estrangeiro mostra que haverá uma relação mais próxima quando as diversas filiais das multinacionais estão num processo integrado, ou seja, em que cada uma delas é uma peça na engrenagem empresarial, o que leva a que haja uma maior exportação de produtos semi-acabados e logo uma maior relação entre as exportações e o IDE, factor que será menos decisivo quando as filiais são concorrentes entre si e comercializam produtos finais, facto inclusive que pode levar até ao limite em que as filiais nem sequer comercializem os produtos da casa mãe, deixando por esta via de haver uma correlação entre IDE e exportações/importações. Neste sentido vejam-se BERGSTEN, C.F., T. HORST & T. MORAN em *American Multinationals and American interests*, Washington DC, The Brookings Institution e Noguchi, S., 1997, em *Analysis of Overseas Business Activities of Japanese Companies in Terms of Parent Companies*, OCDE, DSTI/EAS/IND/WP3, 1978, *apud* MUCCHIELLI, JEAN-LOUIS e CHÉDOR, SÉVERINE em «Entreprises multinationales et commerce international – Conséquences et enjeux», *Mondialisation et commerce international, Cahiers français* n.º 341, Novembre-décembre 2007, pags. 81.

multinacionais, facto que se explica também pelo contexto global de que as empresas multinacionais querem, e necessitam, cada vez mais de se expandir internacionalmente de forma a tomarem parte nos mercados exteriores ³⁵ ³⁶, o que explica que cerca de 2/3 (dois terços) do comércio mundial tenha origem em empresas multinacionais, e dentro deste cerca de 1/3 (um terço) seja realizado no chamado comércio intra-empresa, ou seja, dentro das suas redes de filiais internacionais da multinacionais ³⁷.

Como vimos o mercado internacional está em crescendo, quer esta internacionalização seja levada a cabo através das trocas comerciais entre os diferentes actores empresariais e analisada sobre a óptica das exportações/importações, quer esta seja levada a cabo pela via da implantação de formas de criação *ex nihilo* de filiais pelas empresas, quer seja pela via da aquisições e fusões entre empresas multinacionais em vista à implantação ou consolidação em novos mercados internacionais, factores que interessam tanto aos diversos países, uma vez que estes têm interesse nos equilíbrios das suas contas das transacções internacionais, como às próprias sociedades que querem partilhar e beneficiar desse mercado global, o que as leva, entre outros factores, a terem em conta a componente fiscal aquando da sua internacionalização pela via da implantação noutros países, factor fiscal este que também é um dos argumentos utilizados pelos diversos Países em vista à captação do IDE.

Efectivamente o volume das transacções internacionais que está em crescendo, aliás como já vimos, facto que é bem patente no tocante ao aumento das trocas

³⁵ Neste sentido veja-se CLAUSING, K. em «Does Multinational Activity Displace Trade?», *Economic Inquiry*, Abril, 2000, *apud* MUCCHIELLI, JEAN-LOUIS e CHEDOR, SEVERINE em «Entreprises multinationales et commerce international – Conséquences et enjeux», *Mondialisation et commerce international*, *Cahiers français* n. ° 341, Novembre-décembre 2007, pags. 81 e 82.

³⁶ Neste sentido escreve MUCCHIELLI, JEAN-LOUIS e CHEDOR, SEVERINE em «Entreprises multinationales et commerce international – Conséquences et enjeux», *Mondialisation et commerce international*, *Cahiers français* n. ° 341, Novembre-décembre 2007, pags. 82 que « *une fois qu'une multinationale a pris la décision de créer sa filiale à l'étranger, la production dans le pays d'accueil peut se substituer au commerce initial. Mais les échanges entre la filiale et la maison mère peuvent compenser un e bonne partie du commerce autrefois réalisé avec des firmes tiers du marché local. Ainsi, nous retrouvons d'un côté les relations de substitution des IDE aux échanges inter-firmes (...) et de l'autre, les relations de complémentarité à travers les relations IDE-commerce intra-firme (...). La production à l'étranger n'influe donc pas tant sur le volume du commerce que sur la nature de ce dernier...* ».

³⁷ Estes dados são referenciados por MUCCHIELLI, JEAN-LOUIS e CHEDOR, SEVERINE em «Entreprises multinationales et commerce international – Conséquences et enjeux» *Mondialisation et commerce international*, *Cahiers français* n. ° 341, Novembre-décembre 2007, pags. 75, acrescentando este autor que as multinacionais estrangeiras instaladas em França, nas suas relações intra empresas, foram responsáveis por cerca de 70% (setenta por cento) das importações e de 60% (sessenta por cento) das exportações, compreendendo-se aqui cerca de 40% (quarenta por cento) de bens intermédios e de 60% (sessenta por cento) de bens finais.

internacionais através do gráfico que em seguida inserimos e que demonstra um sólido aumento à escala mundial e que é um dos sintomas do interesse demonstrado quer pelos operadores económicos a nível mundial, quer pelos diversificados países que estão interessados no equilíbrio das suas contas de transacções correntes ³⁸.

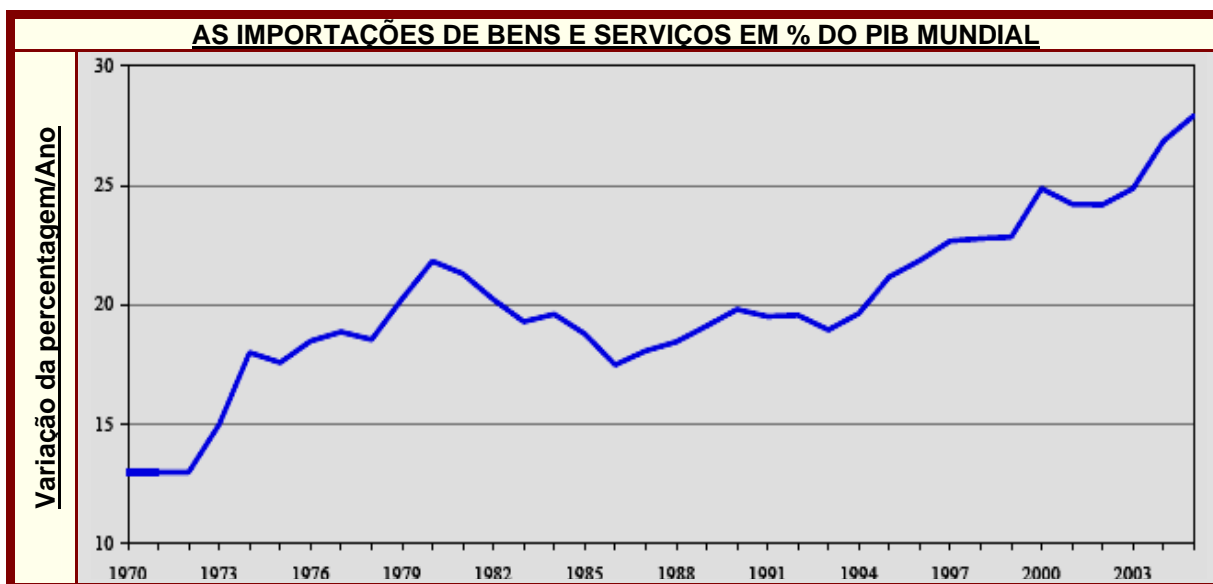


GRÁFICO N.º 2

O IDE é igualmente influenciado, como aliás também já fizemos referência, pelos custos inerentes às importações e exportações, factos que são demonstrados através das baixas generalizadas dos custos inerentes com os encargos alfandegários ou com os custos de transporte. Atente-se nos dois gráficos que abaixo inserimos para termos uma perspectiva da diminuição gradual, constante e acelerada dos direitos aduaneiros, dos custos de transporte e dos meios de comunicação que influenciam as trocas comerciais internacionais, quer estas sejam levadas a cabo através de empresas independentes, quer sejam praticadas por MTN, e aqui independentemente de serem trocas comerciais internacionais inter-empresas quer intra-empresas ³⁹.

³⁸ Extraímos o gráfico do relatório da OCDE em "PERSPECTIVES ÉCONOMIQUES DE L'OCDE" – pags. 214.

³⁹ Os gráficos inseridos foram extraídos do relatório da OCDE em "PERSPECTIVES ÉCONOMIQUES DE L'OCDE" – pags. 213

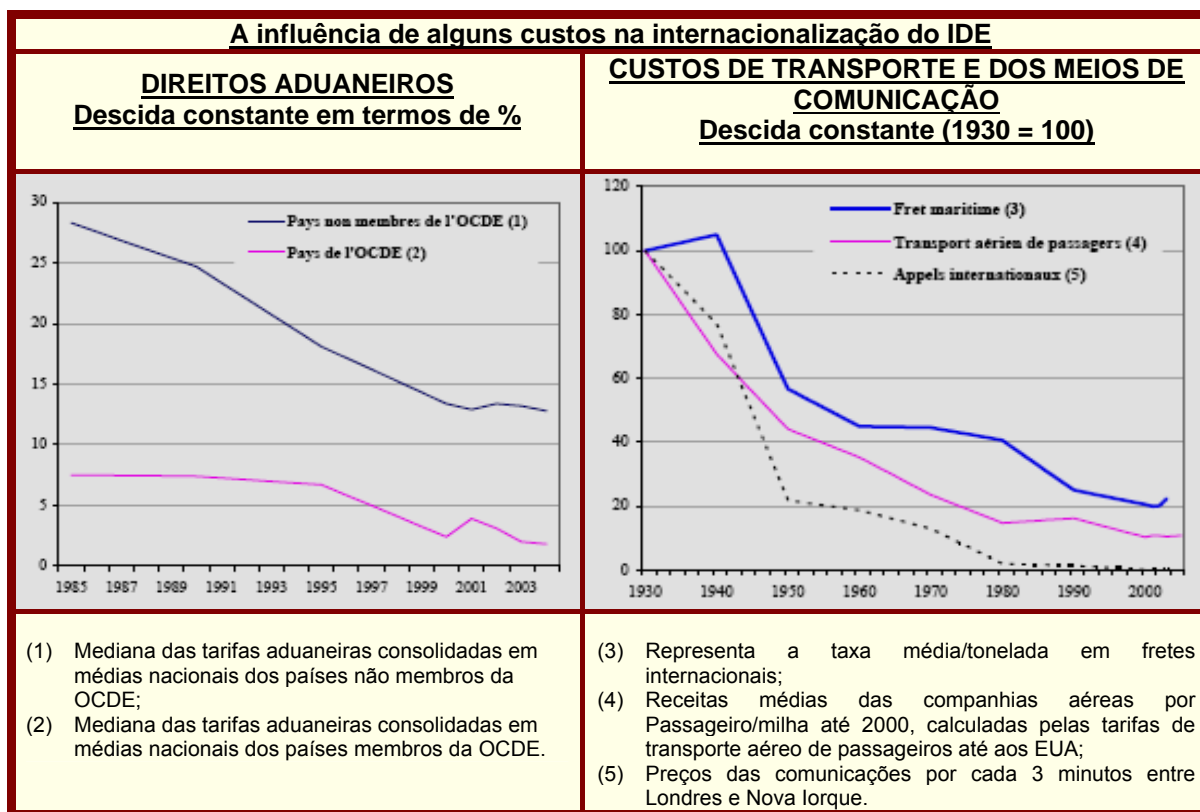


GRÁFICO N.º 3

Mas a atracção do IDE, quando tem em vista o incentivo à instalação de novos actores no tecido empresarial, ou a sua manutenção, também é incentivado pelos diversos países com a criação de incentivos fiscais, que pode passar entre outros aspectos, pela redução das taxas do imposto sobre a tributação dos rendimentos das sociedades, facto que tem tido uma evolução constante a nível global, integrando-se na denominada concorrencial fiscal entre países e que evidenciamos no gráfico que em seguida inserimos e que é demonstrativo dessa baixa generalizada e constante entre os anos de 1996 a 2006 ⁴⁰.

⁴⁰ Este gráfico sobre a evolução descendente das taxas do imposto sobre a tributação das sociedades entre os anos de 1996 a 2006 foi extraído do relatório da OCDE em "PERSPECTIVES ÉCONOMIQUES DE L'OCDE" – pags. 230.

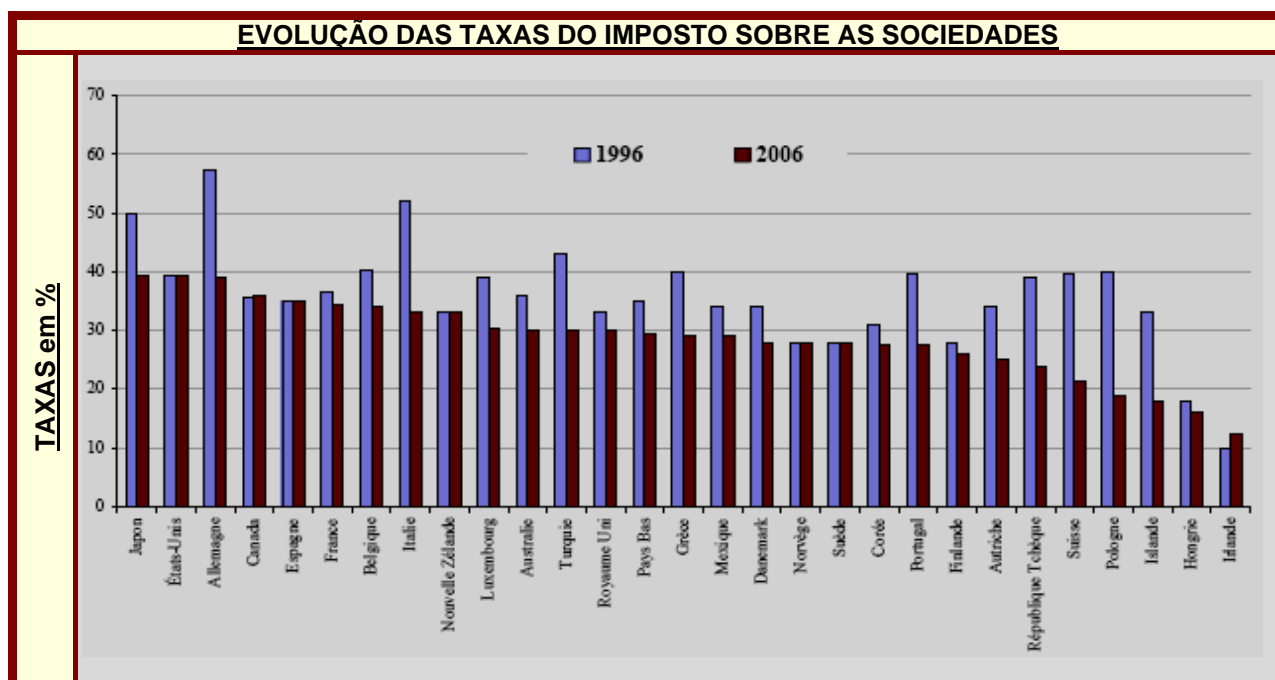


GRÁFICO N.º 4

Apesar desta descida generalizada daquelas taxas de tributação do imposto societário, tal não tem impedido um constante aumento das receitas fiscais, o que é demonstrado no gráfico que inserimos em seguida.

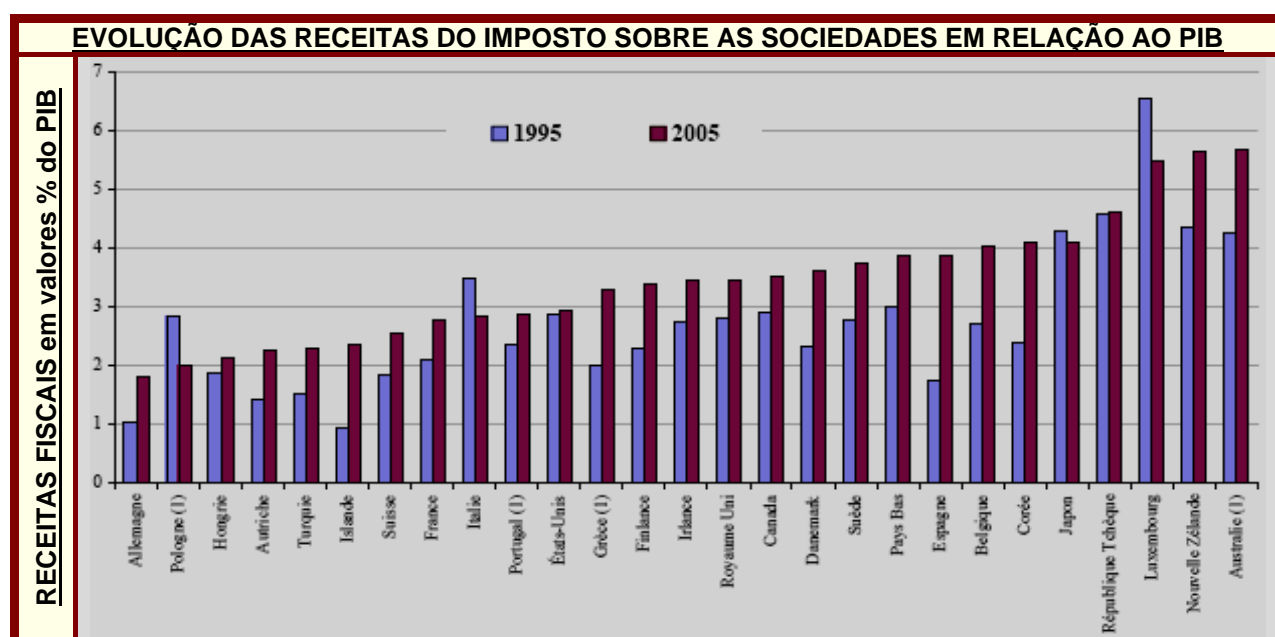


GRÁFICO N.º 5

Ao analisarmos este gráfico ⁴¹ temos que concluir que apesar dos diversos países praticarem entre si uma concorrência fiscal através da redução das taxas de tributação das sociedades, têm mesmo assim, regra geral, aumentado as suas receitas fiscais em valores percentuais do seu PIB, o que nos demonstra duas coisas, ou seja, que por um lado tem havido um aumento do volume de negócios gerados por essas sociedades que é fruto da sua crescente dinamização nos mercados internacionais, e por outro lado que os diversos Estados ao mesmo tempo que diminuem as suas taxas numa constante concorrência fiscal internacional procedem ao um alargamento da base tributável, factos que originam um contínuo crescimento das receitas em lugar da aparente diminuição que aquelas reduções de taxas nos poderiam induzir.

⁴¹ Este gráfico sobre a evolução do aumento generalizado das receitas fiscais do imposto sobre a tributação das sociedades entre os anos de 1996 a 2006, em valores % (percentuais) do PIB foi extraído do relatório da OCDE em “PERSPECTIVES ÉCONOMIQUES DE L’OCDE” – pags. 230.

III. AS FORMAS DE IMPLANTAÇÃO DOS GRUPOS A NÍVEL INTERNACIONAL

i. A criação de estabelecimentos estáveis

Em face do desenvolvimento do comércio internacional vimos como as empresas dinamizam a globalização das suas actividades, quer seja pela via da criação de novas empresas, quer seja pela via da fusão ou de aquisição de outras empresas, distinguindo-se ainda se essa aquisição é da totalidade do capital da empresa, se apenas é parcial, se é uma influência exercida de forma directa ou se é pela via indirecta.

As empresas, para além da constituição de novas empresas ou da integração na sua esfera de influência de outras já existentes, podem proceder à sua internacionalização através da criação de estabelecimentos estáveis e cuja natureza jurídica será distinta consoante façamos a sua análise na óptica do direito privado, ou na óptica do direito tributário ⁴².

A OCDE no seu Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património, instituiu no n.º 1 do artigo 7.º ⁴³ como elemento de conexão das empresas com a tributação de determinado ordenamento jurídico, a sua ligação – “*situ*” – com o ordenamento jurídico-tributário de certo e determinado país de modo a sujeitá-la às regras de tributação existentes nos Estados apenas onde essa empresa participa na sua vida económica⁴⁴, contudo, vem de imediato esclarecer que quando essa empresa

⁴² Para uma análise sobre a natureza jurídica do estabelecimento estável quer na esfera do Direito Privado, quer na do Direito Tributário, veja-se por todos XAVIER, ALBERTO em *Direito Tributário Internacional*, 2.ª Edição actualizada, Almedina, Coimbra, 2007, pags.323 a 336.

⁴³ O n.º 1 do artigo 7.º do MCOCDE, sob a epígrafe dos “*Lucros das empresas*” dispõe que: “...os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só podem ser tributados nesse Estado, a não ser que a empresa exerça a sua actividade no outro Estado Contratante através de um estabelecimento estável aí situado. Se a empresa exercer a sua actividade deste modo, os seus lucros podem ser tributados no outro Estado, mas unicamente na medida em que sejam imputáveis a esse estabelecimento estável...”. Veja-se MCOCDE publicado pelo Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE em 15 de Julho de 2005, Paris, 2005, e traduzido pelo Centro de Estudos Fiscais da DGCI a partir das versões inglesas e francesas publicadas por aquele Comité, inserto em *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 197, Lisboa.

⁴⁴ No comentário ao n.º 1 do artigo 7.º do MCOCDE da OCDE em “*MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO – OCDE*”, 2005, Lisboa, escreve-se que aquele normativo “...reafirma o princípio geralmente enunciado nas convenções de dupla tributação, segundo o qual uma empresa de um Estado não deve ser tributada no outro Estado, a menos que exerça uma actividade industrial ou comercial neste outro Estado por intermédio de um estabelecimento estável aí situado...”, acrescentando em seguida que internacionalmente está pacificamente aceite de que “...uma empresa de um Estado só pode verdadeiramente ser considerada como participante na vida económica de um outro Estado de modo a ficar sujeita à sua jurisdição fiscal se aí criar um estabelecimento estável...”, assumindo estão que nesta eventualidade “...este Estado pode tributar os lucros da empresa, mas unicamente na

exerce uma participação económica noutro Estado por via da inserção no seu território de um Estabelecimento Estável – EE, esse Estado, em face do princípio do exercício da sua soberania sobre os factos e entes jurídico-tributários ali integrados, passa a ter competência para tributar essa empresa estrangeira pelo exercício dessa actividade económica no seu território através do estabelecimento estável aí criado, mas apenas e só relativamente aos lucros gerados e imputáveis ao exercício da actividade desse estabelecimento estável.

Ou seja, estamos perante a aplicabilidade do Princípio da fonte na produção de rendimentos que é utilizada pelos Estados em relação à tributação dos rendimentos gerados nos seus territórios.

O conceito de estabelecimento estável é delimitado pela OCDE no seu MC ^{45 46}, querendo significar a capacidade que uma empresa pertencente ao ordenamento jurídico de outro Estado tem de exercer a sua actividade económica, ou parte dela, noutro Estado, devendo este conceito integrar quatro características para que possamos estar na presença de um estabelecimento estável, ou seja, que nos encontremos perante uma instalação fixa, que tenha um carácter de permanência, que se integre no património de uma empresa e que seja por via deste que aquela exerce a sua actividade ⁴⁹, isto é, integra este conceito a chamada teoria da pertença económica com a limitação da teoria da realização económica ⁵⁰.

medida em que forem imputáveis ao estabelecimento estável...”, veja-se pags. 175 a 177 (sublinhado nosso).

⁴⁵ Para uma análise da evolução do conceito de Estabelecimento Estável veja-se SERRANO ANTÓN, FERNANDO em “Los aspectos fiscales internacionales de los establecimientos permanentes”, *Fiscalidad Internacional*, 2.ª Edición, AA.VV., Ediciones Estúdios Financieros, Centro de Estúdios Financieros, Madrid, 2005, pags.149 a 154.

⁴⁶ No n.º 1 do artigo 5.º do MCOCDE, sob a epígrafe de “Estabelecimento estável” estabelece-se o seu conceito afirmando-se que a expressão «estabelecimento estável» “...significa uma instalação fixa através da qual a empresa exerce toda ou parte da sua actividade...”. Veja-se MCOCDE em “MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO – OCDE”, 2005, Lisboa, pags. 35.

⁴⁷ O «Estabelecimento estável» encontra-se também delimitado no artigo 5.º do MCONU.

⁴⁸ Igualmente o MCEUA no n.º 1 do seu artigo 5.º define estabelecimento estável do seguinte modo: “...for the purposes of this Convention, the term “permanent establishment” means a fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on...”.

⁴⁹ Para uma análise detalhada sobre a personalidade jurídica do estabelecimento estável, assim como o seu conceito, isto é, quais as condições mínimas exigíveis para que os ordenamentos jurídico-tributários possam considerar tal manifestação de organização de uma actividade empresarial e por tal submetê-la a tributação segundo o princípio da fonte na produção dos rendimentos, veja-se XAVIER, ALBERTO em *Direito Tributário Internacional*, 2.ª Edição actualizada, Almedina, Coimbra, 2007, pags.325 a 332 e 337 a 341. Assim pode-se considerar que os EE não têm personalidade jurídica própria constituindo um mero prolongamento das empresas estrangeiras, facto que acarreta que ao não terem personalidade jurídica distinta da sua empresa-mãe, os EE possuem a natureza jurídica de meros estabelecimentos comerciais que integram em si determinados bens corpóreos e/ou incorpóreos e/ou serviços, organizados pelo comerciante com o objectivo da realização da sua actividade económica. Com efeito, o EE é uma espécie de património autónomo de direito tributário, isto é, um conjunto complexo de direitos e obrigações que,

Se se atentar no MCOCDE quando disciplina o conceito de estabelecimento estável e da sujeição a tributação das empresas detentoras dos mesmos, assume-se ali claramente de que não se insere neste conceito de estabelecimento estável o controle que uma sociedade residente num Estado faça sobre outra residente noutro Estado, contudo, apesar deste reconhecimento expresso da existência de duas entidades jurídicas distintas e por tal sujeitos passivos distintos em sede dos normativos jurídico-tributários, tal facto não é impeditivo de que em determinadas condições os negócios realizados por esta última não possam ser sujeitos a tributação como se fossem realizados pelas sociedade-mãe através de um estabelecimento estável⁵¹, ou seja, quando a sociedade controlada exerce os negócios em nome e por conta da sua sociedade-mãe, passa essa empresa-mãe a ser tributada pelos rendimentos imputáveis a essa actividade exercida nesse espaço físico pertença da sua afiliada⁵².

ii.A criação de novas empresas

As empresas podem recorrer à criação de estabelecimentos para se internacionalizarem, contudo as MTN utilizam para a constituição das suas redes de empresas que controlam directamente ou indirectamente, a criação de empresas

dentro da esfera patrimonial de uma mesma pessoa jurídica se encontra submetido a um regime de tributação especial, outorgando-se-lhe um tratamento fiscal unitário no Estado em que se localiza e por via da qual a sociedade-mãe exerce uma actividade empresarial e aí fica sujeita a tributação.

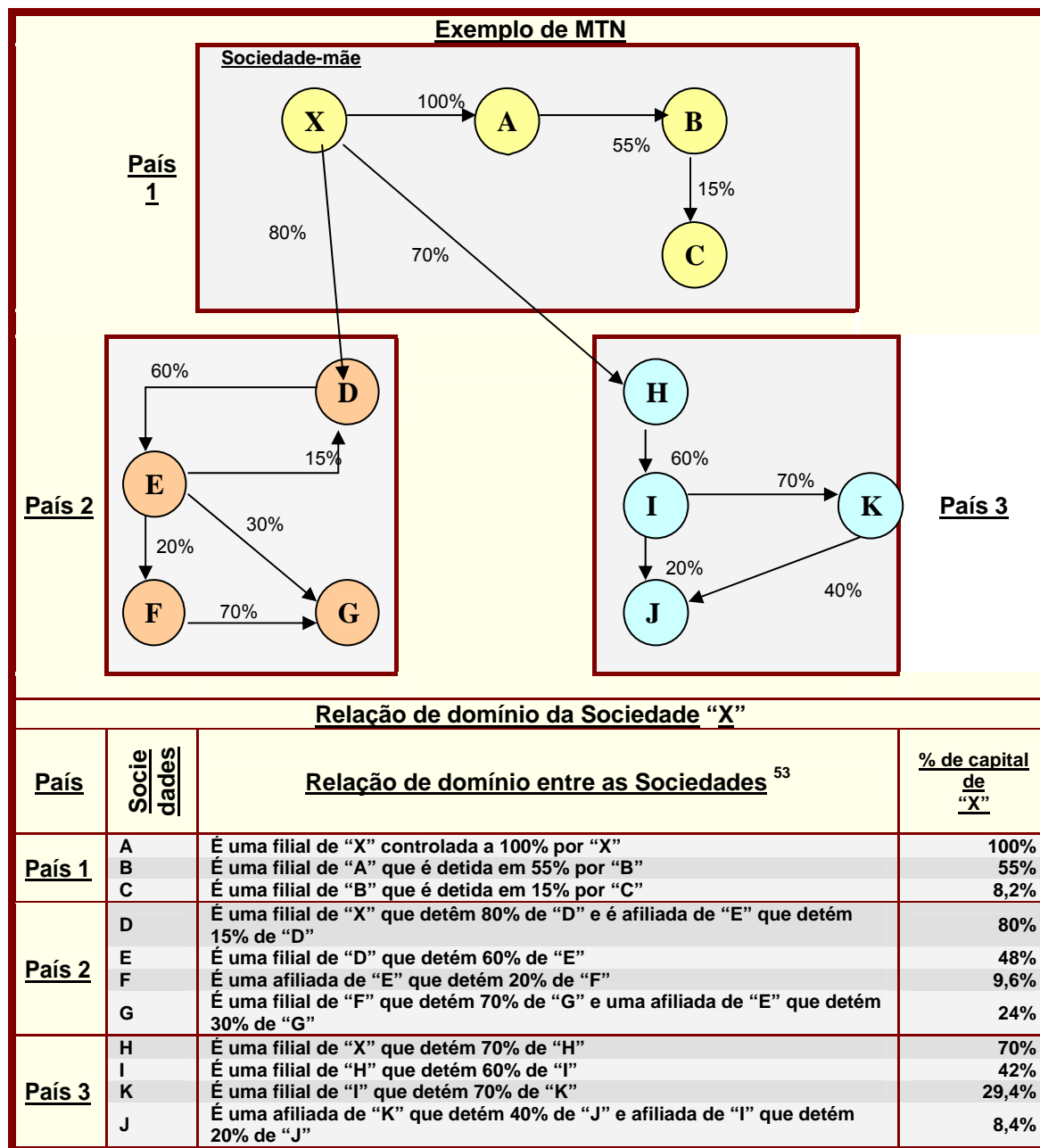
⁵⁰ Nos comentários ao artigo 5.º do MCOCDE começa-se desde logo por se assumir que “...a noção de estabelecimento estável é essencialmente utilizada para efeitos de determinação do direito de um Estado Contratante tributar os lucros de uma empresa do outro Estado Contratante...”, assumindo claramente que “...por força do disposto no Artigo 7.º, um Estado Contratante só pode tributar os lucros de uma empresa do outro Estado Contratante se esta exercer as suas actividades por intermédio de um estabelecimento estável situado no primeiro Estado...” – Veja-se MCOCDE em “MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO – OCDE”, 2005, Lisboa, pags. 125 (sublinhado nosso).

⁵¹ No n.º 7 do artigo 5.º do MCOCDE, sob a epígrafe de “Estabelecimento estável” estabelece que “...o facto de uma sociedade residente de um Estado Contratante controlar ou ser controlada por uma sociedade residente do outro Estado Contratante ou que exerce a sua actividade nesse outro Estado (quer seja através de um estabelecimento estável, quer de outro modo) não é, só por si, bastante para fazer de qualquer dessas sociedades estabelecimento estável da outra...”, esclarecendo a OCDE nos comentários que faz àquele normativo de que apesar de estarmos perante duas entidades juridicamente distintas, se houver “...qualquer espaço ou local pertencente à afiliada, que se encontre à disposição da sociedade-mãe e que constitua uma instalação fixa através da qual esta exerce as suas próprias actividades, constituirá um estabelecimento estável da sociedade-mãe...”, considerando-se também que se está perante um estabelecimento estável “...relativamente às actividades que a respectiva afiliada leve a cabo em seu nome, se essa afiliada tiver e habitualmente exercer nesse Estado poderes para celebrar contratos em nome da sociedade-mãe...” acrescentando em seguida que os mesmos princípios são aplicáveis quando uma sociedade do Grupo MTN age daquele modo. Veja-se MCOCDE em “MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO – OCDE”, 2005, Lisboa, pags. 38 e 154 e 155.

⁵² Sobre a tributação dos rendimentos gerados pelas empresas-mãe através das suas afiliadas e integráveis no conceito de estabelecimentos estáveis, veja-se XAVIER, ALBERTO em *Direito Tributário Internacional*, 2.ª Edição actualizada, Almedina, Coimbra, 2007, pags.342 a 344.

independentes e cuja participação no capital pode ser assumido na totalidade ou parcialmente e que pode ser detido directa ou indirectamente, criando-se por esta via entidades jurídicas distintas, facto que pode acarretar consigo problemas de índole jurídico-tributária entre as relações empresariais existentes entre a sociedade-mãe e as suas filiais, sociedades afiliadas ou subsidiárias, sendo este conjunto susceptível de se integrar num grupo económico MTN.

Como já vimos as MTN para a implantação das suas empresas nos mais diversificados países em que se inserem podem optar pela criação *ex nihilo* das suas empresas ou então pela aquisição ou fusão com outras já existentes, originando-se por essa via situações como a que evidenciamos no quadro seguinte.

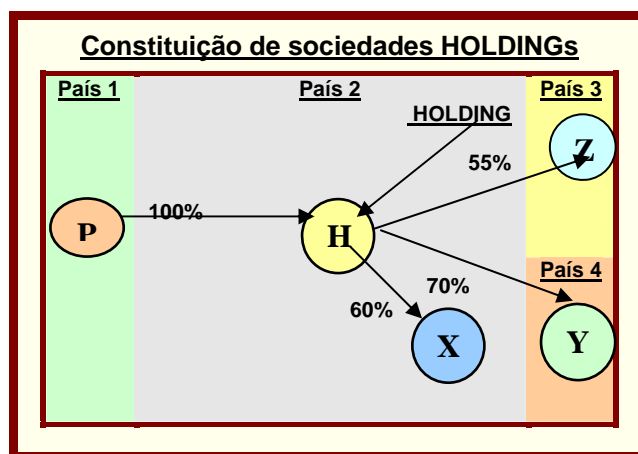


QUADRO N.º 13

⁵³ De acordo com publicação da OCDE em *Mesurer la mondialisation – Les indicateurs économiques de la mondialisation – MANUEL DE L'OCDE* – 2005, a pags. 49 e 243, se o investimento é inferior a 10% no capital societário estaremos perante um investimento que será classificável como "investissements de portefeuille". Para a OCDE « ... (la) détention de 10 % des actions ordinaires ou des droits de vote de l'entreprise par l'investisseur... », significa que o investidor pretende « ...l'existence d'une relation à long terme (avec) l'entreprise et l'exercice d'une influence notable sur la gestion de l'entreprise... », mas será o investidor quem controla a empresa se « ...détiennent la majorité (+50 %) des actions ordinaires ou droits de vote. Le contrôle d'une entreprise peut être direct ou indirect, immédiat ou ultime... ».

Este exemplo ⁵⁴ ilustra-nos na perfeição da capacidade que as MTN têm em criar as suas redes de empresas quer a nível dos países em que se insere a empresa-mãe ⁵⁵, quer também na capacidade de constituírem a sua rede de empresas noutros países, quer seja através da detenção directa ou indirecta do capital societário, quer seja através da detenção da totalidade ou apenas de parte desses capitais societários, acarretando tais factos consequências a nível tributário porquanto os Estados tentam conjugar a atracção do capital de investimento estrangeiro com a sua capacidade de tributação dos rendimentos gerados nos seus espaços económicos.

Além da criação directa ou indirecta da sua rede empresarial a nível global, pode também ser utilizado como estratégia pelas MTN a criação de sociedades holdings onde concentram a detenção do capital societário da sua rede de empresas, integrando muitas vezes essas holdings em espaço tributário que lhes sejam mais favoráveis, ou seja, onde a tributação lhes seja mais vantajosa, o que pode ser exemplificado com o seguinte esquema ⁵⁶.



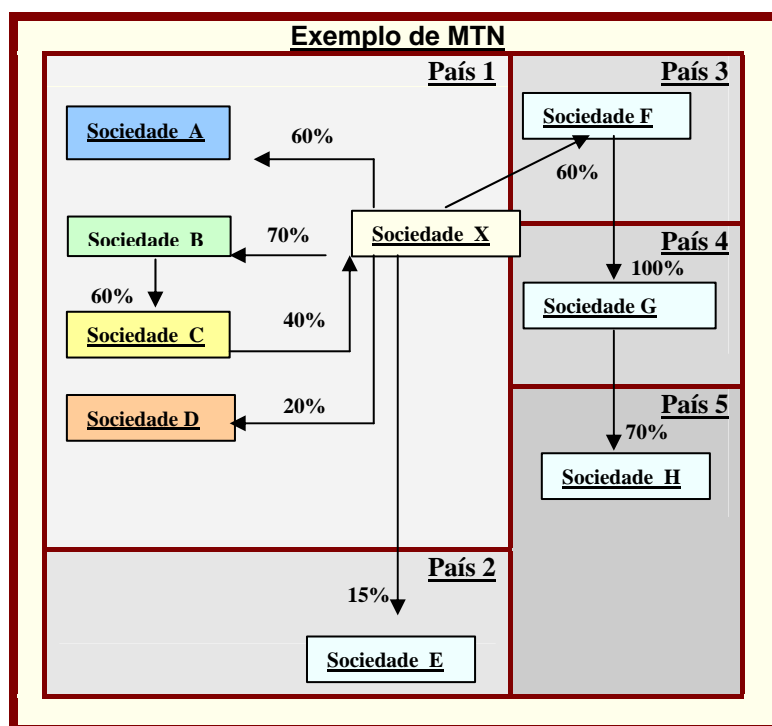
QUADRO N.º 14

⁵⁴ O quadro aqui apresentado é uma adaptação nossa de um exemplo de investimento internacional de uma MTN extraído da publicação da OCDE em *Mesurer la mondialisation – Les indicateurs économiques de la mondialisation* – MANUEL DE L'OCDE – 2005, Figura 3.11, pags. 134

⁵⁵ De acordo com o publicação da OCDE em *Mesurer la mondialisation – Les indicateurs économiques de la mondialisation* – MANUEL DE L'OCDE – 2005, pags. 243, controlar uma empresa tem o seguinte significado: «La notion de contrôle pour une entreprise implique la capacité de nommer une majorité d'administrateurs qui sont en droit de diriger une entreprise, d'orienter et de déterminer sa stratégie. Cette capacité peut être exercée par un seul investisseur ou par un groupe d'actionnaires qui agissent de concert et détiennent la majorité (+50 %) des actions ordinaires ou droits de vote. Le contrôle d'une entreprise peut être direct ou indirect, immédiat ou ultime ».

⁵⁶ Apresentamos um quadro que é uma adaptação nossa de um exemplo de investimento internacional de uma MTN, extraído da publicação da OCDE em *Mesurer la mondialisation – Les indicateurs économiques de la mondialisation* – MANUEL DE L'OCDE – 2005, Figura 3.10, pags. 125.

Atente-se que a sociedade “P” inserida no espaço económico-tributário do “País 1” criou no “País 2” uma sociedade holding “H” detentora de capitais societários de variadas outras sociedades, passando a deter por esta via a sua rede de empresas MTN que gere através da sua holding, facto que os diversos países não podem ignorar, o que lhes impõe que tentem encontrar o ponto de equilíbrio entre a captação do IDE e a optimização das suas receitas fiscais.



QUADRO N.º 15

A criação das suas redes de empresas pelas MTN, cujos exemplos acima ilustramos e que podemos mais uma vez evidenciar com o exemplo em rede que antecede ⁵⁷, permite a cada um dos países em que se insere cada uma daquelas empresas que proceda a sua tributação de acordo com os seus ordenamentos jurídico-tributários, aliás no seguimento do que é assumido na primeira parte do n.º 1 do artigo 7.º do MCOCDE ao conjugar o princípio da tributação da fonte dos rendimentos com princípio da territorialidade do sujeito passivo ⁵⁸.

⁵⁷ O quadro aqui apresentado é adaptado de um exemplo de investimento internacional de uma MTN, extraído da publicação da OCDE em *Mesurer la mondialisation – Les indicateurs économiques de la mondialisation – MANUEL DE L’OCDE* – 2005, Figura 3.5, pags. 118.

⁵⁸ A primeira parte do n.º 1 do artigo 7.º do MCOCDE, sob a epígrafe de “Lucros das empresas” estabelece-se que “...os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só podem ser tributados nesse Estado...”.

iii. A relevância jurídico-tributária das operações vinculadas internacionais

As empresas quando investem no estrangeiro, quer o façam pela via mais simples de criação de estabelecimentos estáveis, quer pela via mais elaborada de criação da sua rede de empresas inter-relacionadas, independentemente desse domínio ser exercido de forma directa ou indirecta ou de se estar perante um controlo total ou parcial, criam sempre para os Estados em cujo espaço geográfico desenvolvem as suas actividades empresariais um dilema que se traduz na necessidade que estes têm de captarem IDE, e por via disso desenvolverem-se economicamente, com o cuidado de acautelarem que as empresas aí integradas não levem a cabo práticas fiscalmente abusivas que provoquem erosão nas suas bases tributárias, isto é, tentam conciliar as duas faces da moeda que se traduz num maior desenvolvimento económico sem perda das suas receitas fiscais.

Este dilema é bem patente na análise que já fizemos e em que demonstramos o desenvolvimento exponencial do IDE umbilicalmente ligado à sua captação pelos diversificados países através, designadamente, das acentuadas reduções dos encargos alfandegários e das taxas de tributação dos impostos sobre as sociedades assim como, entre outros aspectos, da diminuição dos custos de transporte marítimo ou aéreo, ou seja, temos por uma via o incentivo a globalização do IDE levado a cabo pela concorrência na sua captação pelos Estados mas, também como vimos, no reverso da mesma moeda esses Estados, apesar de diminuírem as suas taxas de tributação dos impostos sobre as sociedades, conseguiram mesmo assim um aumento sustentado das suas receitas fiscais, não prescindindo aqui de levar a cabo os seus controlos necessários à eficácia na arrecadação dos seus impostos.

Dos dados que anteriormente analisamos é patente que as MTN quando investem nos diversificados países têm também, entre muitos outros aspectos, em atenção a sua carga fiscal final, e por tal, é evidente que uma das suas preocupações empresariais é a optimização fiscal, ou seja, que a final a carga fiscal suportada seja a menor possível, conseguindo por esta via maiores ganhos de capital e, a final, uma maior rentabilidade para distribuição aos seus accionistas, contudo não poderemos confundir aquela busca legítima de optimização fiscal com outros comportamentos

lesivos do direito aos seus tributos que os Estados têm, ou seja, a inadmissibilidade de práticas de fraude fiscal ou de evasão fiscal ⁵⁹.

Como também já vimos a mundialização da economia leva a que as transacções internas entre as empresas associadas, quer vejamos as empresas associadas *tout court*, ou em sentido estrito, quer as analisemos num conceito ampla de “empresas associadas” para significar o conjunto que integra também os estabelecimentos estáveis no estrangeiro, têm que ser sempre economicamente valoradas, obtendo-se por esta via um conhecimento perfeito dos fluxos internos de cada um dos diversos elementos que compõem a MTN, facto aliás necessário a uma sã relevância contabilística e igualmente necessária para apuramento do lucro tributável fiscal em cada um dos países em que se encontra implantada, porquanto, como sabemos, será esse rendimento empresarial obtido em cada um dos diversos países que constituirá a sua base de tributação.

Há autores que vêm defendendo que as MTN utilizam com frequência, senão sempre, os preços de transferência das suas transacções internas, isto é, das suas operações vinculadas intra-empresariais, para conseguirem colocarem os seus lucros onde sejam menos penalizados fiscalmente, ou seja, onde seja menor a sua carga fiscal.

Segundo esses autores seria uma das vias frequentemente utilizada pelas MTN para conseguirem esquemas de optimização fiscal. Sugerem assim que a mundialização e a integração europeia contribuem desta maneira para um reforço da

⁵⁹ Sobre estes conceitos veja-se MONNIER, JEAN-MARIE, em «La politique fiscale: objectifs et contraintes», *Fiscalité et revenus, Cahiers français* n.º 343, Mars-abril 2008, pags. 6, e que considera que (i) «...la fraude fiscale comprend tous les procédés visant intentionnellement à éviter l'impôt par des procédés irréguliers. Le contribuable est donc de mauvaise foi...», que (ii) «...l'évasion fiscale regroupe tous les procédés légaux visant intentionnellement à éviter l'impôt, le contribuable étant de mauvaise foi...» e que (iii) «...l'optimisation fiscale, elle peut parfois utiliser les mêmes procédés que l'évasion, mais le contribuable est de bonne foi...» (sublinhado nosso), ou seja, assegura este autor que na optimização fiscal o contribuinte procede a uma estratégia de planificação das suas operações empresariais de redução dos seus riscos e para tanto leva a cabo uma boa avaliação desses riscos através, entre outros aspectos, de auditorias do modo à sua minimização através das estratégias organizacionais das empresas e de todos os procedimentos internos com incidências fiscais, tendo por outro lado sempre o cuidado de acompanhar a sua estratégia empresarial com as margens de manobras fiscais que sejam implicadas pelas suas opções empresariais de modo a minimizá-las, ou seja, obter o mesmo resultado operacional ao menor custo fiscal.

concorrência fiscal pela via da facilitação na mobilidade das matérias colectáveis ou da evasão fiscais⁶⁰.

Entendem estes autores que as MTN conseguem a sua optimização fiscal utilizando sobretudo o recurso aos sistemas de subcapitalização – thin capitalization – ou pela via da manipulação dos preços de transferência, ou seja, poderíamos induzir daquelas doutrinas que os preços de transferência significariam sempre uma manipulação das bases tributáveis com vista à minimização das cargas fiscais, isto é, seriam uma presunção *iuris tantum* de evasão fiscal⁶¹.

Nesta linha de raciocínio mesclado com um princípio de igualdade de tratamento fiscal, quer se esteja perante uma MTN, quer se esteja perante empresas independentes, ou seja, não favorecimento fiscal das MTN nas suas relações internas comparativamente com as mesmas transacções praticadas pelas empresas independentes, ou dito de outro modo, perante um princípio de neutralidade fiscal perante o mesmo tipo de transacções quer estas sejam praticadas por MTN, quer o sejam por empresas independentes, instituiu-se a nível internacional que as transacções vinculadas praticadas entre empresas associadas deveriam, para efeitos fiscais, serem valoradas como se as mesmas tivessem sido praticadas por empresas independentes, isto é, criou-se aqui uma ficção jurídica de valoração daquelas transacções intra-MTN segundo o princípio da empresa independente.

Este princípio está vertido em inúmeros documentos, quer inseridos no direito tributário internacional, quer nos mais diversificados ordenamentos jurídicos nacionais,

⁶⁰ Neste sentido afirma LE CACHEUX, JACQUES em «Mondialisation, intégration européenne, concurrence fiscale : faut-il réformer la fiscalité française ?», *Fiscalité et revenus, Cahiers français* n. ° 343, Mars-abril 2008, pags. 42 que a «...mondialisation et intégration européenne contribuent diversement au renforcement de la concurrence fiscale, en facilitant la mobilité des assiettes ou l'évasion fiscale...», acrescentando em seguida que «...la mondialisation offre également de vastes possibilités d'optimisation fiscale : les multinationales, notamment, pratiquent dans leurs échanges internes de prix de transfert, grâce auxquels le bénéfice apparaît là où il est moins imposé...».

⁶¹ Sobre a utilização pelas MTN dos preços de transferência como meio frequentemente utilizado para o desvio indevido de rendimentos tributáveis, escreve LE CACHEUX, JACQUES em «Comment les firmes multinationales optimisent-elles leur fiscalité ?», *Fiscalité et revenus, Cahiers français* n. ° 343, Mars-abril 2008, pags. 46 que «...il existe, pour une multinationale, toutes sortes de manières légales d'optimiser sa fiscalité, en se livrant non à la fraude, mais à l'évasion. (...) Les deux principales modalités sont de recours au crédit et la manipulation des (prix de transfert) (...) qui consiste, pour la multinationale, à manipuler les (prix de transfert), qui sont les prix fictifs, que l'entreprise utilise pour la facturation, à des fins purement comptables, des transactions entre établissements du groupe. (...) En choisissant habilement le prix auquel chacun des établissements facture aux autres les composants qu'il leur cède, l'entreprise multinationale peut faire apparaître son bénéfice dans le pays de son choix, c'est-à-dire généralement celui dans lequel le régime d'imposition des bénéfices est le plus favorable...», ou seja, poderíamos concluir desta dissertação de que os preços de transferência praticados pelas MTN são sinónimo *tout court* de evasão fiscal.

sendo um dos seus expoentes máximos, quer do seu estudo e desenvolvimento, quer da sua implementação a nível internacional, a OCDE através do seu MCOCDE, designadamente do seu artigo 9.º ⁶², onde se disciplina o postulado internacionalmente aceite de que, para efeitos fiscais, as relações vinculadas entre empresas associadas devem ser valoradas de igual forma que o seriam se as mesmas fossem praticadas por empresas independentes.

Como também vimos as empresas, no IDE que fazem, podem também participar nessa internacionalização através da criação de estabelecimentos estáveis, contudo, também nestas relações comerciais vinculadas que são levadas a cabo entre a empresa-mãe e os seus estabelecimentos estáveis inseridos noutros países devem sempre serem valoradas, para efeitos fiscais, segundo aquele princípio da empresa independente, assumido igualmente no n.º 2 do artigo 7.º do MCOCDE ⁶³.

Ou seja, aqueles dois parágrafos anteriores permitem-nos tirar uma conclusão lógica que se traduzirá no paradigma internacionalmente estabelecido de que nas relações comerciais vinculadas levadas a cabo entre empresas associadas, ou entre as empresas e os seus estabelecimentos estáveis que se localizem em espaços económicos de países distintos, que devem as mesmas ser sempre valoradas economicamente como o fariam, entre si, as empresas independentes que se situassem nesses mesmos espaços económicos e nas mesmas condições negociais, ou seja, fiscalmente pretende-se que seja inerte aquela relação de interdependência empresarial a nível internacional.

Evidentemente que, se se criou este paradigma da valoração das relações comerciais intra-MTN segundo o princípio da igualdade de valoração com a empresa

⁶² O n.º 1 do artigo 9.º do MCOCDE, sob a epígrafe de “Empresas associadas” estabelece que “...Quando: a) uma empresa de um Estado Contratante participa, directa ou indirectamente, na direcção, no controlo ou no capital de uma empresa do outro Estado Contratante; ou b) as mesmas pessoas participam, directa ou indirectamente, na direcção, 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, estão 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, consequentemente, tributados...”.

⁶³ O n.º 1 do artigo 7.º do MCOCDE, sob a epígrafe de “Lucros das empresas” estabelece-se que “...quando uma empresa de um Estado Contratante exerce a sua actividade no outro Estado Contratante através de um estabelecimento estável aí situado, serão imputados, em cada Estado Contratante, a esse estabelecimento estável os lucros que este obteria se fosse uma empresa distinta e separada que exercesse as mesmas actividades ou actividades similares, nas mesmas condições ou em condições similares, e tratasse com absoluta independência com a empresa de que é estabelecimento estável...”.

independente, então foi necessário instituírem-se, desenvolverem-se, projectarem-se e evoluírem-se todas as consequências inerentes a tal paradigma, designadamente, quer seja para se criarem regras e mecanismos que permitam hipotisar quais seriam os preços praticados por essas empresas independentes, quais as consequências para as MTN inerentes à descoberta de aplicabilidade de preços diversos daqueles, como é que esses estudos foram sendo desenvolvidos quer a nível internacional, quer a nível dos diversos Estados, quer até na própria UE, quais os passos dados e quais as projecções futuras, nomeadamente da UE, para solucionar o melhor possível toda esta temática, ou seja, no fundo conseguir-se uma simbiose perfeita entre o IDE, a balança de pagamentos dos diversos países em relação ao binómio importação *versus* exportação e a tentativa de eliminação da erosão das suas receitas fiscais.

Iniciaremos o nosso estudo pelo desenvolvimento desta temática na OCDE, mas tendo sempre como linha de rumo o IDE originado pelas MTN através da sua globalização com recurso à criação de empresas por si controladas quer directa, quer indirectamente, quer por via da detenção da totalidade do seu capital, quer por via da detenção parcial, ou seja, não iremos aqui debruçar-nos sobre a implementação de estabelecimentos estáveis, uma vez que, como vimos, as MTN, como grandes movimentadoras do comércio internacional, utilizam como via normal desse IDE a disseminação pelos diferentes países de empresas sob alguma das formas possíveis de controlo.

II PARTE

OS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA E A OCDE

I. OS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

i. Noção

Os Preços de Transferência devem em princípio ser vistos como um conceito neutro⁶⁴ que qualifica as transacções comerciais, quer estas sejam vistas sob a óptica de venda de bens corpóreos, incorpóreos, prestação de serviços, quer sejam analisadas sob qualquer outra forma de valoração de outros activos comerciais, industriais, de prestação de serviços, ou de qualquer outro tipo de actividade entre as diferentes partes das empresas pertencentes ao mesmo grupo, interessando no contexto de empresas vinculadas os valores que são atribuídos quando uma empresa transfere bens corpóreos ou incorpóreos ou presta serviços a outra empresa desse mesmo grupo^{65 66 67}.

Esta realidade, atribuição dos preços de transferência às relações intra grupo, tem subjacentes dois aspectos fulcrais⁶⁸, quais sejam:

Estando-se perante uma organização empresarial fortemente descentralizada é imprescindível conhecer, por um lado, com exactidão os recursos que cada empresa tem a si afectos e que cada uma tem o poder de gerir convenientemente numa óptica de racionalidade empresarial, e por outro lado o contributo que cada membro do grupo aporta para a gestão, controle e alcance de resultados económicos da empresa que gere e, em última instância, para o resultado global do grupo.

⁶⁴ Neste sentido veja-se OCDE em "Preços de transferência e empresas multinacionais – Relatório do Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE de 1979", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 144, Lisboa, 1985, quando começa por dizer que "*Dentro de uma empresa multinacional, muitas transacções são levadas a cabo entre membros do grupo – venda de bens, prestação de serviços, licenciamento de patentes e Know-how, concessão de empréstimos, etc. ...*"

⁶⁵ Partilhamos da noção de Preços de Transferência de MARIA TERESA VEIGA de FARIA, em "Preços de transferência - Problemática geral", sobre A Internacionalização da Economia e a Fiscalidade, *Colóquio Comemorativo do XXX Aniversário do Centro de Estudos Fiscais*, Lisboa, 1993, pags. 401

⁶⁶ Veja-se "OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, que sob o n.º 11, a pag. 20 estabelece que os "*preço de transferência são os preços pelos quais uma empresa transfere bens corpóreos, activos incorpóreos ou presta serviços a empresas associadas*"

⁶⁷ Veja-se, entre outros: - GEMMA SALA GALVÁN, em *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, a pags. 41 e ss.;

⁶⁸ Entre outros vejam-se: GUERRAS MARTÍN, L.A. em *La dirección estratégica de la empresa. Teoría y aplicaciones*, Ed. Civitas, SA, Madrid, 1996, a pags.568; GEMMA SALA GALVÁN, em *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, a pags. 42.

A OCDE reconhece que estes preços de transferência são duplamente importantes, porquanto, por um lado, determinam as receitas e despesas das empresas e, por outro lado, influenciam a determinação dos lucros tributáveis dessa mesmas empresas nas diversas jurisdições fiscais onde estão implantadas ⁶⁹

Reconhece ainda a mesma organização que nas relações entre as empresas pertencentes ao mesmo grupo, nem sempre a actuação será consentânea com a adoptada pelas empresas independentes, no sentido de estas envidarem todos os esforços para que os contratos e suas cláusulas, entre si estabelecidos, sejam integral e pontualmente cumpridos, ou então que o seu incumprimento só se dê se ambas as partes retirarem daí interesse.

Quanto às empresas interligadas pelo grupo poderá não haver essa divergência de interesses ou de celebrarem contratos e estabelecerem cláusulas que empresas independentes não fariam, significando isto que o conflito de interesses que é evidenciado na contratação feita entre empresas independentes, nem sempre se vê retratado nas relações inter empresas do mesmo grupo, dada a necessidade última que estas têm em “trabalhar” para o conjunto que é o grupo, ou seja, nem sempre as relações inter empresas do grupo respondem às forças da oferta e de procura do mercado internacional, indo assim ao encontro da maximização do benefício comum da empresa multinacional considerada no seu conjunto⁷⁰.

De acordo com a teoria de internacionalização, a estrutura do grupo, analisada através das empresas que o constituem, permitiria a eliminação de custos nas relações inter empresas⁷¹, resultando este facto um benefício acrescido a final,

⁶⁹ Veja-se “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, que sob o n.º 12, a pag. 20, quando ali declara expressamente que “se os preços de transferência são importantes quer para os contribuintes quer para as Administrações Fiscais, é porque determinam, em larga medida, as receitas e as despesas e, conseqüentemente, os lucros tributáveis das empresas associadas em diferentes jurisdições fiscais...”

⁷⁰ Sobre este aspecto vejam-se: “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, a pag. 48 e 52 sob o item 1.29 e 1.39; OCDE – *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations. Part I: Principles and Methods, Discussion Draft*, OECD Publications, Paris, 1994, pag. 46;

⁷¹ Sobre este aspecto refere ROGER H. GORDON e JEFFREY K. MACKIE-MASON, em “Why Is There Corporate Taxation in a Small Open Economy? The Rule of Transfer Pricing and Income Shifting”, *National Bureau of Economic Research Working Paper* n.º 4690, 1994, pag. 26, quando refere que “...a possibilidade de manipular os preços de transferência constitui a principal razão para a existência das empresas multinacionais, de grupos de sociedades afiliadas que operam em mais que um país...”.

gerando uma melhor capacidade de dar publicidade aos seus produtos, ou por exemplo, gerar e aproveitar economias de escala ⁷².

Apesar do reconhecimento de que as empresas inter grupo podem tentar minimizar os seus custos através da manipulação dos preços de transferência ⁷³, o facto é que os corpos dirigentes dessas mesmas empresas podem ter razões para que a sua gestão se faça em condições normais de mercado e tentar obter a maximização do lucro da respectiva empresa, o que pode, inclusive, levar ao reconhecimento e atribuição de uma remuneração extra ⁷⁴, ou seja, não se pode esquecer que também os grupos multinacionais podem ter interesse em reproduzir nas suas relações inter empresas os esquemas do mercado aberto ⁷⁵.

ii. A Problemática na Utilização dos Preços de Transferência

○ Motivos fiscais

Além dos motivos que acabamos de expor e que se devem ter em atenção na análise da problemática dos preços de transferência, há que atender, e com especial enfoque para o estudo que estamos a realizar, aos motivos fiscais que as empresas do grupo têm em fixar preços diferentes, nas suas relações inter empresarias, dos que fixariam empresas que actuassem no mercado de uma forma livre e independente, cuja finalidade é a passagem de proveitos de uma empresa para outra.

⁷² Ver AVI-YONAH, R.S. em "The Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of U.S. International Taxation", *Virginia Tax Review*, v. 15, n.º 1, 1995, pag. 148;

⁷³ Refere GEMMA SALA GALVÁN, em *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, a pags. 43 que "La configuración de los miembros vinculados como centros de beneficios o de inversión responde al objetivo de promover la propia maximización del beneficio contable de los mismos", para logo acrescentar em nota de rodapé que "...establece la doutrina económica que los precios de transferencia deben responder a três objetivos. En primer lugar, deben ser **óptimos** en cuanto a la asignación de recursos; en segundo lugar, deben ser **neutrales** para possibilitar la medida correcta de los beneficios reales obtenidos; Y en tercer lugar, deben ser **negociados**; es decir, se trata de una competencia del próprio centro de beneficios..."

⁷⁴ Assim o reconhece a "OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, no item 1.5 a pags. 36 quando reconhece que "não se deve presumir que as condições que presidem às relações comerciais e financeiras entre empresas associadas se afastam invariavelmente das condições prevalentes no mercado abeto. As empresas associadas dos grupos multinacionais dispõem, em geral, de considerável autonomia e negociam muitas vezes entre si como se se tratasse de empresas independentes...[pelo que os]...gestores locais poderão ter interesse em revelar lucros e, nesse caso, não desejam amputar os lucros da respectiva sociedade através da prática de preços inadequados...", acrescentando de seguida que "...A Administração Fiscal não deve perder de vista o facto de os grupos multinacionais terem interesse, por razões de boa gestão, em utilizarem preços de plena concorrência para poderem avaliar os resultados reais dos vários centros de resultados..."

⁷⁵ Ver HAMAEKERS, H em "Can Free Negotiation of Prices Within a Multinational Enterprise Serve as an Arm's Length Standard?", *I.T.P.J.*, v. 4, n.º 1, 1997, pag.s 2 – 4;

As empresas multinacionais, que operam em vários países, têm que ser competitivas nos mercados em que actuam para que possam singrar no mundo dos negócios, e responder às expectativas dos seus accionistas centrada na obtenção de dividendos do capital investido ⁷⁶.

Sendo a carga fiscal que suportam vista como um custo da actividade exercida pelas empresas, esse custo será maior ou menor em face da pressão que cada Estado exerce sobre os seus contribuintes através da sua legislação, quer criando normas que ampliem ou diminuam a matéria colectável, quer criando taxas reais menores ou mais amplas. A final cada Estado terá as suas necessidades financeiras vista sob a criação de uma maior ou menor obtenção de receitas fiscais, podendo-se concluir que os diferentes tipos de cargas fiscais impostos às empresas não representam mais que o exercício da soberania de cada povo, variando assim por conseguinte de Estado para Estado ⁷⁷.

Subsequentemente, representando a carga fiscal em cada empresa um custo a final, estas são tentadas a minimizar esses mesmos custos e, quando operam em vários Estados, podem obter essa diminuição por duas vias, a saber, pela deslocalização das empresas ou pela deslocalização dos benefícios, podendo estas técnicas serem alternativas ou complementares.

Esquemáticamente temos as seguintes hipóteses:

(i) A deslocalização das empresas, pela criação de uma nova empresa ou pela transferência física das empresas de Estados com uma taxa real efectivamente alta, para outro em que o imposto total a final seja menor, isto é, para Estado em que o ganho fiscal seja significativo, porquanto não podemos esconder que tal transferência trará custos reais para a Empresa, apesar de também aqui intervirem os Estados através de incentivos fiscais, quer para se internacionalizarem ⁷⁸, quer para se implantarem no seu território;

⁷⁶ Acerca da assunção dos motivos fiscais para a problemática dos preços de transferência vide GEMMA SALA GALVAÑ, em *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, a pags. 47 e segs.

⁷⁷ Sobre esta temática vejam-se J.M. TIRARD em *La Fiscalité des Sociétés dans la C.E.E.*, La Villeguerin, Collection «Gestion fiscale et juridique», 3.^a Edição, 1991/1992; D. VILLEMOT em *L'harmonisation fiscale européenne* – PUF, Collection «Que sais-je?», 1991; GHARBI, NAJIB em *Le Controle Fiscal des Prix de Transfert*, L'Harmattan, Paris, 2005, a pags. 19;

⁷⁸ De acordo com GHARBI, NAJIB em *Le Controle Fiscal des Prix de Transfert*, L'Harmattan, Paris 2005, a pags. 19, em França, desde 1 de Janeiro de 1988 e até 2004, havia legislação que permitia às empresas francesas que realizassem investimento comercial na União Europeia, de pleno direito,

(ii) Pela deslocalização dos benefícios através da sua transferência indirecta de Estados de alta pressão fiscal para Estados de mais baixa pressão, sendo nesta óptica que, normalmente, as empresas podem utilizar os chamados “preços de transferência”⁷⁹

A transferência indirecta de benefícios a que acabamos de aludir será o contraposto à forma directa e normal de distribuição desses mesmos benefícios de uma sociedade para outra de que seja accionista, ou seja, esta transferência directa será efectuada pelo pagamento do dividendo normal em face do valor e quantidade de acções.

A transferência indirecta a que acima aludimos, mais não é do que uma planificação fiscal ao nível concreto da tributação suportada através de uma das técnicas mais comuns de elisão fiscal, sobretudo no âmbito internacional⁸⁰, pelos preços de transferência, em que existem grandes diferenças nos tipos concretos e reais de tributação, que como se pode perceber, será bastante prejudicial para o Estado que vê as suas receitas fiscais diminuídas⁸¹, preços de transferência⁸² estes

deduzirem a totalidade, ou parte, dos prejuízos realizados no estrangeiro, através da criação de provisões. Relativamente ao investimento efectuado fora da União Europeia aplicava-se o regime previsto no artigo 39.º *octies* A do CGI.

⁷⁹ GHARBI, NAJIB em *Le Controle Fiscal des Prix de Transfert*, L'Harmattan, Paris, 2005, a pags 19 e 20, apresenta o seguinte exemplo como técnica possível de minimização dos custos fiscais no tocante à utilização dos preços de transferência: *“Pratiquement, la technique des prix de transfert se réalise de façon assez simple. Supposons une transaction portant sur une marchandise. D'ailleurs, les transactions portant sur les biens sont plus courantes dans la vie des entreprises et elles peuvent aisément permettre un transfert de bénéfices par une manipulation – majoration ou minoration – du prix de vente ou d'achat des marchandises circulant entre des entreprises dépendants.*

Ainsi la vente d'un produit à une filiale située dans un pays de plus faible imposition que la France pour un prix très minoré, permet de diminuer les revenus imposables en France. La faible imposition de la filiale permettant de pallier l'augmentation de son assiette imposable qui de cette transaction. En définitive, il résulte de cette opération une économie d'impôt souvent notable.

Au contraire, une société dans un pays à faible imposition va vendre un produit aux sociétés apparentées situées dans des pays de forte imposition au prix fort, afin de diminuer leur marge au moment de la revente au consommateur.

En l'espèce, ces manipulations, par majoration ou minoration du prix, sont donc liées à un objectif fiscal: déplacer des bénéfices depuis des zones ou des secteurs à haute pression fiscale vers celles ou ceux où le poids de la fiscalité est faible ou nul.

Au demeurant, ce système est utilisable avec des variantes, lors de toute relation d'affaire, qu'il s'agisse de cessions de biens, de licence de droits de propriété industrielle, des prestations de services ou de prêts de sommes d'argent, voire de commission”;

⁸⁰ A IFA – International Fiscal Association, no seu XXXVII congresso realizado no ano de 1983 reconhecia que a utilização dos preços de transferência representavam o modo típico da prática da elisão fiscal internacional ao constatarem que: *La subvaloración o sobrevaloración de mercancías y de servicios entre sociedades conexas emplazadas en distintas jurisdicciones fiscales constituye, con gran diferencia, el medio más utilizado para desplazar ingresos entre dos jurisdicciones fiscales aprovechando las diferencias de la carga fiscal existente entre los países”*

⁸¹ Reproduzimos aqui a nota de fim de página n.º 50 de GEMMA SALA GALVAÑ, em *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, pags. 47 em que sobre esta temática diz o seguinte: *“Se habla de tipos efectivos de gravamen debido a que las*

que serão acordados entre as empresas do grupo multinacional e que diferem daqueles que seriam estabelecidos se, para efeitos fiscais, tivessem utilizado nas suas relações inter empresarias o “princípio de plena concorrência”, standard internacional consagrado pela OCDE, o que explica assim que esta expressão tenha por detrás de si uma carga tão negativa⁸³.

É claro que esta transferência indirecta de benefícios não se faz só ao nível dos chamados “paraísos fiscais”, porquanto, também se faz para Estados em que os seus sistemas fiscais permitem um ganho real no peso da tributação, quer seja por via das taxas reais efectivas, quer seja por via das regras da determinação da matéria colectável, quer seja para aproveitar as lacunas da legislação fiscal, quer para aproveitar, por exemplo, a não sujeição a retenções na fonte⁸⁴.

Exemplifiquemos com uma hipótese muito simples esta utilização indevida de transferência de benefícios. Imagine-se uma sociedade “A” que produz bens no Estado “1” e que os vende à sociedade “B”, detida por si a 100%, e localizada no Estado “2”, que, por sua vez, os vai vender a empresas independentes. Na eventualidade da tributação real no Estado “2” ser muito mais baixa a sociedade “A” venderá os bens a um preço mais baixo para, assim, transferir para este a sua matéria colectável e assim obter uma menor carga fiscal geral.

ventajas fiscales de las que pretende beneficiarse la empresa o grupo multinacional a través de sus operaciones internas no radican siempre en el tipo de gravamen, sino también en todas las medidas tributarias – como la composición de la base imponible las deducciones en la cuota o las exenciones por la realización de la base imponible, las deducciones en la cuota o las exenciones por la realización de determinadas actividades, la deducibilidad de ciertos gastos, los supuestos de no sujeción, las denominadas «vacaciones fiscales» y un sinnúmero de técnicas más - , adoptadas por las distintas jurisdicciones para atraer la inversión extranjera”.

⁸² De acordo com J.L. BILON em *Transferts indirects de bénéfices (régime fiscal)* – Librairies techniques, collection «Bibliothèque de l'entreprise», 1981, pags. 2, o preços de transferência “est la compensation monétaire d'un bien, d'un service ou d'un droit de propriété à l'intérieur d'un groupe d'entreprises ou de sociétés apparentées. Ce prix est fixe en dehors des conditions normales de concurrence. Les partenaires sont en effet, en relations de dépendance, l'une des parties pouvant dominer l'autre ou toutes deux se trouvant placées sous la maîtrise d'une tierce entreprise”

⁸³ Veja-se F. PLASSCHAERT em *Les prix de transfert e les entreprises multinationales* – PUF/CEEIM, 1979 a pags. 27. Sobre a conotação pejorativo que está em parte ligada à estigmatização das empresas internacionais, veja-se M. DELMAS-MARTY e K. TIEDMANN em *La criminalité, le droit penal et les multinationales*, JCP, 1979, I, n.º 2935.

⁸⁴ Como refere GEMMA SALA GALVAÑ, em *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, a pags. 49 sob a nota de rodapé n.º 52, “Guiándose por el echo de que las transferencias de bienes materiales no están sujetas a imposiciones en la fuente y los cánones, intereses, dividendos o contraprestaciones de servicios pueden estarlo o non (según el CDI aplicable), pueden inflar los precios de compraventa de mercancías o, mejor, de bienes intermedios – para los que generalmente no existe mercado abierto o funciona mal – con el fin de eludir ese «withholding tax»”

É claro que se a carga fosse maior no Estado “2”, em que se situa a sociedade “B”, os bens ser-lhe-iam vendidos a um preço mais alto para aproveitar uma menor tributação no Estado da sociedade “A”^{85 86}.

Resulta deste esquema simples que o grupo no seu conjunto ganha uma menor tributação em geral, e o Estado com uma taxa real efectivamente maior perde receitas em prejuízo do Estado com menor pressão fiscal, e tudo isto por via da utilização das chamadas operações controladas.

É, assim, fácil de concluir que os grupos multinacionais podem, por via das operações vinculadas, e tendo em vista minorar as suas cargas reais efectivas a nível do grupo, transferir indirectamente os lucros das empresas que o compõem com a manipulação dos preços de transferência entre as partes do mesmo. É claro que por via deste aspecto se tem feito referência ao fenómeno do *transfert pricing*⁸⁷ em sentido pejorativo como sendo os preços estabelecidos para bens, serviços ou outro tipo qualquer de transferência entre entidades vinculadas que, não sendo reflexo do valor normal de mercado, têm apenas como fim único a transferência indirecta, e por conseguinte oculta, de lucros empresariais com o fim evidente de elisão fiscal.

⁸⁵ Exemplos de esquemas semelhantes como o que expusemos podem ser vistos em IFA, em “Criteria for allocation of Items of Income and Expenses Between Related Corporations in Different States, Whether or Not Parties to Tax Conventions, XXVe Congrès International de Droit Financier et Fiscal”, *Cahiers de Droit Fiscal International*, Washington, Lviv, The Netherlands, Ed. Kluwer, 1971, pags. 96;

⁸⁶ Também podem ser vistos exemplos em GEMMA SALA GALVAÑ, em *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, a pags. 48. Ver também TURNER, M.W. em “International Taxation and the Great Transfer Pricing Debate: The Position Adopted on the other Side of the Atlantic”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, 1991, v. 24, n.º 3, pags 694 e 695; ARNOLD, B.J. e McINTYRE, M.J. em *International Tax Primer*, The Netherlands, Ed. Kluwer, 1995, a pags. 53.

⁸⁷ Sobre o conceito pejorativo de *transfer pricing* veja-se: FARRÉ, J.M. em “Los ajustes fiscales entre empresas de distintos Estados de la Comunidad”, *Revista de Economía Social y de la Empresa*, n.º 20, 1995, a pags. 129 afirma que “*Cuestión distinta es, empero, cuando entre las sociedades concernidas se da una situación de dependencia (...) de la que se puede derivar que las transacciones económicas o financieras que se realizan no se correspondan a las que, de existir una situación de independencia, se producirían entre agentes no vinculados. Tal fenómeno se conoce con el nombre de precios de transferencia (transfer pricing).*”.

Por sua vez a AUSTRALIAN TAXATION OFFICE em *Efficiency Audit Report. International Profit Shifting*, Camberra, parágrafo 2.10, indica que a Administração Tributária daquele país entende que o fenómeno designado por “*transfer pricing*” se qualifica como sendo “*...um método para reduzir o total da obrigação tributária da sociedade através de manipulação dos preços entre países que diferem quanto aos tipos fiscais e legislativos, assim como para realizar uma mais ampla atribuição de benefícios no Estado que tenha um regime fiscal mais favorável (...). Os preços de transferência asseguram, ou garantem, uma diminuição da carga fiscal...*”.

Assume FLINT. D. em “Transfer Pricing and Income Tax Law”, *Australian Business Law Review*, 1981, V.9, n.º 6, a pags. 393 em que diz que “*...o «transfer pricing» é a prática de transferir bens, serviços, capital ou tecnologia entre membros de um grupo de sociedades onde o preço que é imputado a essa transacção está determinado artificialmente com o fim de que os benefícios sejam localizados, tanto quanto seja possível, naquelas jurisdições fiscais com o tipo de tributação mais baixa*”, podendo ver-se ainda sobre esta temática ISENBERG, J em *International Taxation*, supplement, Boston, Ed. Little, Brown and Company, 1993, a pags. 119.

○ **Motivos não fiscais**

A capacidade gerada pelas relações inter empresarias pode motivar às empresas envolvidas a celebração de contratos que as empresas independentes jamais realizariam, tudo em face das especiais relações económicas e financeiras que gerem os grupos na sua vida inter empresas e, por conseguinte, raramente tais situações empresarias aparecem delineadas de igual forma no mercado aberto e concorrencial.

A título de exemplo trazemos aqui à liça algumas eventuais formas de relações comerciais inter empresas do grupo que escapam ao comum das relações no mercado aberto, tendo as mesmas sempre em vista a optimização do benefício final consolidado do grupo.

Começemos pelos contratos de partilha de custos “*Cost funding agreements*”, que têm em si subjacente o desenvolvimento para o grupo de actividades de investigação e desenvolvimento – I&D – em que os participantes contribuem com valores fixos, independentemente dos custos reais^{88 89};

Os contratos de compra e venda de bens em que uma das empresas assume a totalidade dos riscos sem assegurar convenientemente as expectativas de um real benefício futuro;

Os contratos de venda de bens de produtos de componentes para serem integrados em produto final a um preço muito baixo, ou então a venda de uma linha de

⁸⁸ Refere GEMMA SALA GALVÁN, em *Los Precios de Transferência Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, a pags. 44 que estes contratos “son una especie del género de contratos de contribución a los costes o «Cost Contribution Agreements» dirigidos a financiar generalmente actividades I&D. Estes contratos de puesta en común son muy raros entre empresas independientes”;

⁸⁹ A OCDE em *Transfer Pricing and Multinational Enterprises*, OECD Publications Service, Paris, pags. 40 a 46, parágrafos 102 a 104 distingue entre “Cost Sharing Arrangements” e “Cost Funding Arrangements”, contudo a OCDE em “Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais” *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, no actual Capítulo VIII disciplina os “Acordos de Repartição de Custos”, em que se prevê a possibilidade de as empresas inter grupo efectuarem partilha de custos reais em actividades de I & D e partilha de riscos relativamente ao desenvolvimento de activos intangíveis, em troca de uma participação na titularidade desse novo bem incorpóreo; Assim também THE BAKER & MCKENZIE NORTH AMERICAN TAX PRACTICE GROUP, em *Intercompany Pricing. Guide to the New 1993 United States Rules*, Edições Kluwer, The Netherlands, 1993, Pags. 73 a 83;

produtos a preço constante, sem ter em conta as eventuais flutuações do preço ao longo da vida do produto em causa;

Os contratos de locação a longo prazo de marcas, de “Know-how”, de patentes, sem se saber da eventual valoração, ou depreciação dos bens incorpóreos em face das novas tecnologias que possam aparecer no mercado, ou inclusive, a locação ser feita com uma contraprestação muito baixa ou até nula;

Os contratos de mútuo em que os juros acordados são inferiores ao do mercado ou até sem qualquer juro;

Os contratos que impõem o pagamento de uma quantia fixa em troca da recepção de serviços administrativos, técnicos, independentemente da sua maior ou menor necessidade para a empresa receptora, ou de leasing de equipamento de produção.

Por último, frisemos aqui os casos em que uma empresa do grupo se mantém *ad eternum* numa situação de prejuízo, enquanto que o grupo está em constante *superavit*⁹⁰.

Do que expusemos, o que se trata é de contratos que ganham novas formas comerciais, pelo menos quanto à sua necessidade e existência no mercado aberto, pelos menos no tocante à forma como foram celebrados entre as empresas do grupo e que, assim, fogem às livres regras do jogo da oferta e da procura.

Outro aspecto que não podemos olvidar, é que as empresas do grupo multinacional podem deitar mão a preços diferentes dos praticados por empresas independentes, por razões perfeitamente válidas, como sejam por exemplo:

A penetração num novo mercado, o aumento da sua quota nesse mercado ou a necessidade de defesa da sua quota no mercado em face do surgimento de um novo

⁹⁰ Sobre esta temática a OCDE em “Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, sob o item 1.52 é clara ao afirmar que “...uma empresa independente não pode suportar prejuízos permanentes. Uma empresa independente que sofra prejuízos recorrentes acabará por cessar as suas actividades nessas condições. Pelo contrário, uma empresa associada que registe prejuízos pode continuar a funcionar se as suas actividades forem lucrativas para o grupo multinacional, no seu conjunto”

concorrente ou de um novo produto similar, aliás como é amplamente reconhecido pela OCDE no elenco das estratégias empresarias que as empresas podem ter necessidade de utilizar.

Em face dessa sua estratégia empresarial, pode haver necessidade de utilização de preços mais baixos ou de custos mais elevados⁹¹, por exemplo de publicidade ou de *Marketing*, contudo tendo sempre em vista que a estratégia adoptada há-de vir a gerar, num futuro mais ou menos próximo, uma implantação estável nesse mercado e, consequentemente, a obtenção de lucros^{92 93 94 95}.

Efectivamente o que acabamos de perscrutar mais não são do que os princípios porque se deve reger um “Diligente Homem de Negócios” nas suas relações empresarias tendo em vista o fim último que é a obtenção do lucro no espaço de tempo mais curto possível, e que se apoia no Princípio da Liberdade de Gestão e do Acto Normal de Gestão que influenciam, nomeadamente, a Administração Fiscal Francesa na sua análise dos preços de transferência praticados entre empresas vinculadas, como resulta expresso de que “...l’administration n’a pas «à s’immiscuer

⁹¹ GEMMA SALA GALVÁN, em *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, a pags. 45 apresenta-nos como exemplo de despesas aceitáveis, o seguinte caso: *Por ejemplo, realizar una campaña sobre un producto nuevo para lanzarlo al mercado requiere incrementar las funciones de marketing; obtenerlo significa haber invertido en actividades de investigación y desarrollo, además del empleo de las funciones normales de producción – en uno o más centros de actividad.*

⁹² É interessante a posição da OCDE em “Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, sob o item 1.35 expressamente “...reconhece que uma estratégia empresarial como a penetração do mercado pode fracassar, e que esse insucesso não permite, por si só, que se ignore essa estratégia na determinação do preço de transferência...”, acrescentando em seguida que “...se a estratégia (...) se revelar infrutuosa mas prosseguir para lá do que seria aceitável para uma empresa independente, as alegações do contribuinte podem ser postas em causa...”, ou seja, reconhece esta organização internacional de que a actividade empreendedora comporta em si um risco constante, risco esse que deve ser analisado dentro de uma perspectiva inserida no Princípio do Homem de Negócios Diligente.

⁹³ Sobre os efeitos das estratégias empresariais na fixação dos preços de transferência entre empresas vinculadas ver a OCDE em “Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, sob os itens 1.2, 1.27, 1.31 a 1.35, 1.52, 1.54, 1.58, 2.44, 3.22, 5.19a), 5.21, 7.33 y 8.11, ou seja, a demonstração que a estratégia das empresas é um ponto fulcral a nunca ser descurado pelas Administrações Fiscais.

⁹⁴ Acerca do Princípio do Homem de Negócios diligente no direito fiscal em Francês, escreve GHARBI, NAJIB em *Le Controle Fiscal des Prix de Transfert*, L’Harmattan, Paris, 2005, a pags. 28 “...qu’il n’y a pas lieu de se prévaloir systématiquement de l’article 57 du CGI lorsque les entreprises françaises étaient précisément en mesure d’établir que les cessions consenties à leurs filiales étrangères à des prix de vente voisins du prix de revient étaient motivées par un intérêt commercial et non par l’intention d’effectuer des transferts de bénéfices...”

⁹⁵ Para um estudo sobre o princípio da liberdade de gestão e do acto normal de gestão ver por todos B. PLAGNET em “La non-immixtion de l’administration fiscale dans la gestion des entreprises”, *BF* n.º 11/99, pags. 687 e ss., e C. BUR em *L’acte anormal de gestion ou le premier risque fiscal de l’entreprise*, EFE, 1999.

dans la gestion interne des entreprises”“, reconhecendo de imediato de que “...*si le «príncipe est incontestable», l’«application concrète est plus délicate»...*”, sendo consequentemente o Acto Normal de Gestão uma construção jurisprudencial fundamentada sobre o artigo 39º do Código Geral dos Impostos “CGI”, analisado sobre duas perspectivas, uma negativa e outra positiva, ou seja, poderá ser contrário ao interesse da empresa ou poderá fazer sobressair a qualidade do interesse desse mesmo acto para o desenvolvimento normal da empresa ⁹⁶.

É claro que as intervenções levadas a cabo pelos vários governos em que se instalam as empresas do grupo podem ter efeitos na política de fixação dos preços de transferência⁹⁷, designadamente quando aquelas assumem comportamentos influenciadores da economia do país e que se reflectem nas relações empresarias do grupo. Nestas circunstâncias, medidas governamentais como por exemplo as flutuações das taxas de câmbio, controladas governamentalmente, o controle político de preços, de juros (custo do crédito), o bloqueio de *royalties*, a retenção do repatriamento dos lucros para a empresa mãe, o bloqueio de pagamentos ao exterior ⁹⁸, medidas antidumping ou a atribuição de subvenções ou subsídios a certos e determinados sectores da actividade, tudo isso pode ter uma influência decisiva no momento da fixação dos preços de transferência, estando arredada destas decisões uma vontade de efectuar a manipulação dos referidos preços.

Todas estas situações que fogem ao controlo das empresas, mas que são intrínsecas ao mercado onde operam, a OCDE entende que as mesmas fazem parte

⁹⁶ Veja-se GHARBI, NAJIB em *Le Controle Fiscal des Prix de Transfert*, L’Harmattan, Paris, 2005, a pags. 86 e 87 de onde foram retiradas as expressões acima referidas e ainda quando ali afirma, citando jurisprudência, que “*le concept de l’acte anormal de gestion est le fruit de l’acclimatation ou de la transplantation en droit fiscal du concept commercial d’acte non conforme à l’intérêt social*”, fazendo ainda referência ao entendimento jurisprudencial de que “*la théorie de l’acte anormal de gestion vaut autant dans l’ordre international que dans l’ordre interne*”; Sobre esta problemática ver ainda M. COZIAN em «Les transactions intra-groupe: le principe des transactions à prix normal», *BF* n.º 03/96, pags. 111.

⁹⁷ A OCDE em “Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002 reconhece explicitamente que os poderes públicos podem ter influência na actividade empresarial das empresas, designadamente ao nível da fixação dos preços, quando, por exemplo no item 1.4 assume que as “...*empresas podem ficar sujeitas, por parte dos poderes públicos (tanto do respectivo país como de um país estrangeiro), a pressões conflitantes...*”, e, como esta preocupação é real a própria OCDE reservou uma secção dedicada à “vii) *Incidência das medidas tomadas pelos poderes públicos*” – vide item 1.55 a 1.59 em que apela a tomada de atenção de medidas, dali derivadas, e que são susceptíveis de influenciar as relações comerciais inter empresarias do grupo, fazendo-o igualmente em outros itens, como por exemplo nos itens 8.1 e 8.17;

⁹⁸ Sobre a problemática das dificuldades levantadas por Países em vias de desenvolvimento à repatriação dos lucros das empresas, veja-se UNCTC em *Transnational Corporations and International Trade: Selected Issues. Technical Papers*, New York, United Nations Publications, 1985, pag. 14 e PLASSCHAERT, S., em *Transfer Pricing and Taxation*, London, United Nations Publications, 1994, pag. 2;

das regras do jogo e que por tal, devem ser consideradas como condições normais do mercado⁹⁹, mas contudo também levanta a questão da eventualidade das empresas independentes não estarem dispostas a assumir aqueles riscos políticos na hora de efectuarem os seus investimentos¹⁰⁰, não deixando também de nos lembrarmos que esse mesmos factores políticos de influência no mercado podem ser aproveitados pelas empresas multinacionais e com eles tentar manipular os seus preços de transferência, evidentemente com o intuito claro de obter benefícios com esses regulamentos governamentais¹⁰¹.

Evidentemente que as empresas também podem ter interesse em deslocar benefícios através da manipulação dos preços de transferência para que os trabalhadores de certa empresa tenham a percepção (ainda que falsa) que não podem proceder a reivindicações salariais em face do aparente estado económico-financeiro da empresa¹⁰², ou até para, com essa descapitalização, prejudicar os pequenos accionistas locais¹⁰³.

○ **Os interesses conflitantes**

As empresas multinacionais na fixação dos seus preços de transferência, necessários em primeiro lugar para uma atribuição correcta dos recursos a cada uma das empresas inter relacionadas, vêem, também, neles uma forma de optimização da sua carga fiscal, ou seja, em face da busca global da maximização dos lucros líquidos, vêem na carga fiscal um custo que será necessário diminuir ao máximo possível com

⁹⁹ Neste sentido ver OCDE em "Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, itens 1.55 e 1.57;

¹⁰⁰ A OCDE em "Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, assume no item 1.59 que "*Considerando que é pouco provável que empresas independentes realizem uma operação sujeita a regulamentação, a aplicação do princípio de plena concorrência não se afigura muito clara...*", ou seja, a própria OCDE entende que será de afastar tal hipótese como depredatória das receitas fiscais do Estado em causa.

¹⁰¹ PLASSCHAERT, S., em *Transfer Pricing and Taxation*, London, United Nations Publications, 1994, pag. 10 evidencia este aspecto ao apresentar o seguinte exemplo sobre as influências da mudança de taxa cambial: "...se, em face da eminente desvalorização da moeda no Estado da filial, a sociedade mãe situada no estrangeiro aumenta o preço dos bens intermédios vendidos...".

¹⁰² Ver PLASSCHAERT, S., em *Transfer Pricing and Taxation*, London, United Nations Publications, 1994, pag. 3.

¹⁰³ Aliás o Centro das Nações Unidas sobre Empresas Multinacionais - UNCTC em *International Income Taxation and Developing Countries*, New York, United Nations Publications, 1988, pag. 70, referiu-se a este problema ao indicar que as empresas multinacionais que actuam em países em vias de desenvolvimento, e que aí são objecto de grandes participações que "*logicamente estão inclinadas a fazer uso das técnicas dos preços de transferência com o fim de retirarem daí os benefícios antes de terem que os partilhar com os participantes locais*".

o intuito de no final de cada exercício económico conseguirem um maior resultado global para o grupo.

A majoração do lucro será sempre o resultado de uma procura da maximização dos proveitos e uma diminuição dos custos, encontrando-se na optimização desse binómio a melhoria da eficiência de qualquer gestão.

Não é novidade que, sabendo os Estados que as empresas pertencentes a grupos multinacionais têm em vista a optimização dos seus resultados em favor da maximização do lucro global, as suas orientações serão no sentido de prestarem uma especial atenção à problemática dos preços de transferência e, por essa via, assegurarem as suas receitas fiscais.

Assim, estamos em presença de três interesses conflitantes, ou seja, o interesse que o Grupo MTN tem em maximizar os seus proveitos, o interesse que os Estados de maior pressão fiscal têm em não verem fugir-lhes das mãos receitas fiscais e os interesses dos Estados com menor pressão fiscal em atrair para si o investimento dos grupos multinacionais:

(i) Enquanto os Grupos MTN estão preocupados na obtenção máxima a nível global dos seus lucros – enfoque global das sua transacções – os preços de transferência não representam mais que uma política de tomada de decisões empresariais na eficiência e eficácia do grupo na optimização máxima dos lucros do grupo por via da redução dum custo de exercício, ou seja, pela redução máxima possível do custo fiscal.

(ii) Por sua vez, os Estados de maior pressão fiscal, que tributam os rendimentos neles obtidos – de acordo com a tributação pelo princípio da fonte – ou tributam os seus residentes – de acordo com a tributação pelo princípio da residência – estão preocupados em tributar e obter os máximos proveitos fiscais de acordo com a sua percepção de aplicação do que serão os preços de transferência correctos por parte das empresas inter relacionadas que neles são tributadas – enfoque do critério nacional da optimização das receitas fiscais –.

(iii) Por outro lado, os Estados de menor pressão fiscal interessados em atrair para o seu território o investimento estrangeiro e, por tal, conceder para tanto algumas vantagens fiscais que possam levar os grupos a implantarem aí empresas que estejam

debaixo do seu domínio – enfoque nacional da captação de investimento estrangeiro

104 .

¹⁰⁴ Neste sentido veja-se GEMMA SALA GALVAÑ, em *Los Precios de Transferência Internacionales. Su Tratamiento Tributário*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, a pags. 50.

II. A REACÇÃO INTERNACIONAL AOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

i.O surgimento dos Preços de Transferência

A reacção lógica dos Estados que se apercebiu que os seus recursos fiscais eram minorados através da deslocalização dos lucros pelos Grupos Multinacionais através da utilização dos preços de transferência, foi a de criarem normas legais que, de alguma forma, eliminassem, ou pelo menos minorassem o mais possível, essas perdas de receitas fiscais.

O primeiro Estado a criar legislação fiscal nesse sentido foi o Reino Unido no ano de 1915, seguido em 1917 pelos Estados Unidos da América.

O Reino Unido através da Lei das Finanças de 1915 criou legislação interna que impôs às empresas residentes que tivessem relações económicas com uma entidade não residente, desde que esta tivesse sobre aquela uma estreita conexão e fosse por si exercido um controle substancial, e por tal facto os negócios realizados entre as duas produziam um benefício menor do que aquele que era esperado se não houvesse tal controle, deveria ser tributada como se fosse um agente da outra e sobre os benefícios que fossem considerados desviados através daquelas operações vinculadas. Na eventualidade das operações serem realizadas através de uma sucursal, agente ou filial de uma sociedade residente no estrangeiro, e na eventualidade de não se conseguirem apurar facilmente os benefícios obtidos pela sociedade mãe através das suas representantes, então a sociedade mãe estrangeira podia ficar sujeita a imposto calculado sobre uma percentagem do volume de negócios das vendas realizadas através da entidade residente no Reino Unido, de acordo com a Regra 8 do Act. 1915. s.31 (3) (4) (5) ¹⁰⁵.

Os Estados Unidos optaram pela criação de normas legais que impunham a obrigação de apresentação de declarações consolidadas de rendimentos das

¹⁰⁵ Para uma descrição mais detalhada veja-se GEMMA SALA GALVAÑ, em *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, a pags. 51; Sobre esta temática veja-se ainda STAPLES, R. em *The Taxation of Limited Companies carrying on Business both in the United Kingdom and Elsewhere*, 1965; IFA em "L'imposition des bénéfices e des profits de sociétés anonymes à intérêts internationaux", *Congrès international de fiscalité*, Haia, Amesterdão, Ed. Swets & Zeitlinger N.V., 1965, pags. 38 e 39; PAGAN, J. C. e WILKIE, J.S. em *Transfer Pricing Strategy in a Global Economy*, The Netherlands, IBDF Publications 1993, pags. 17 e 18; PICCIOTTO, S. em *International Business Taxation. A study in the Internationalization of Business Regulation*, New York, Ed. Quorum Books, 1992, pags. 31, 177 e 178.

empresas associadas em relação à tributação em Imposto sobre o Rendimento das Sociedades¹⁰⁶, tendo em vista sobretudo a luta contra a elisão fiscal¹⁰⁷, isto é, o objectivo foi mais o de prevenir do que a sua aplicação efectiva¹⁰⁸, uma vez que esta legislação apareceu num momento histórico de conflitualidade mundial, com o surgimento, na década de 1910, da primeira guerra mundial, a crise económica internacional dos anos de 1930, a envolvimento da Humanidade na segunda guerra mundial nos anos de 1940. Durante um longo período de tempo as relações internacionais empresariais foram sendo afectadas por sucessivos conflitos bélicos e económicos de nível mundial. Só a partir da década dos anos de 1960-70, com a crescente expansão do comércio mundial verificada a partir daí é que se fez uma aplicação em crescendo da legislação em causa.

Atente-se que só com os acordos internacionais de Bretton Woods, de 1944, se dá início ao processo de reconstrução económica após-II Guerra Mundial, se cria o

¹⁰⁶ De acordo com GEMMA SALA GALVAÑ, em *Los Precios de Transferência Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, a pags. 51, os E.U.A. criaram legislação complementar à Secção 1331 (a) do War Revenue Act, de 13 de Outubro de 1917, artigos 77 e 78, em que era possível exigir-se às sociedades filiais que apresentassem uma declaração consolidada de rendimentos sempre que fosse necessário para uma determinação mais equitativa do capital, investido ou a verdadeira matéria tributável do grupo no seu conjunto. Esclarece ainda a autora que a Secção 240 da Lei do Imposto sobre os Rendimentos de 1921 estabeleceu que a apresentação da declaração consolidada fosse uma opção a utilizar pelo contribuinte, contudo daqui eram excluídas as sociedades estrangeiras, pelo que, para prevenir o risco de evasão fiscal levada a cabo pelas sociedades mães que fossem residentes nos E.U.A. através da manipulação dos preços de transferência internacionais, inclui-se aí a Secção 240(d) em que se previa que duas ou mais empresas – constituídas ou não nos E.U.A. – fossem participadas ou controladas pelos mesmos interesses, lhes podia ser exigida a consolidação das contabilidades das referidas empresas vinculadas, nas situações que fossem consideradas apropriadas, com o fim último de realizar uma correcta distribuição ou imputação dos ganhos, benefícios, proveitos, gastos dedutíveis ou do capital entre as empresas filiadas entre si. Sobre esta temática veja-se TREASURY DEPARTMENT; INTERNAL REVENUE SERVICE em *A Study of Intercompany Pricing . Discussion Draft*, pag. 6, 1988; PICCIOTTO, S em *International Business Taxation. A study in the Internationalization of Business Regulation*, New York, Ed. Quorum Books, pags. 173 a 175, 1992; HELLERSTEIN, J.R. em *Federal Income Taxation of Multinationals: Replacement of Separate Accounting with Formulary apportionment*, Taxes Notes, August 23, pags. 1133, 1993;

¹⁰⁷ De acordo com GEMMA SALA GALVAÑ, em *Los Precios de Transferência Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, a pags. 52, isto resulta expressamente do que o Internal Revenue Service – IRS, declarava no artigo 631 do Regulamento 45, complementar à Lei do Imposto sobre o Rendimento, de 1917 em que se estabelecia que “*Sin declaración consolidada, se posibilitarían oportunidades de evasión fiscal mediante el desplazamiento de rendimientos a través de la fijación de precios, contraprestaciones de servicios u otras vías por las que los rendimientos podrían ser arbitrariamente asignados a una u otra unidad del grupo*”. Acrescenta a mesma autora que posteriormente, durante a elaboração da Lei do Imposto sobre os Rendimentos de 1921, se estabeleceu que “*las sociedades filiales, particularmente las filiales extrajeras, se utilizan a veces para «blanquear» la sociedad matriz*” acrescentando que esta norma era “*necesaria para prevenir el traslado arbitrario de beneficios entre empresas vinculadas, particularmente en el caso de sociedades filiales establecidas en el extranjero*”

¹⁰⁸ De acordo com a afirmação constante do TREASURY DEPARTMENT; INTERNAL REVENUE SERVICE em *A Study on Intercompany pricing. Discussion Draft*, Washington, a pags. 7, 1988, sobre o White Paper dos E.U.A., até aos princípios dos anos da década de 1960, esta norma sobre operações vinculadas teve escasso impacto internacional, porquanto a Administração Fiscal dos E.U.A. direccionou os seus esforços no controlo interno.

BIRD – Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento, com o objectivo de ajudar à reconstrução das economias dos países membros devastados pela guerra, facilitar o investimento do capital, a reconversão dos meios de produção em vista das necessidades da paz e estimular os Estados subdesenvolvidos e o FMI – Fundo Monetário Internacional, cujo objectivo era promover a estabilidade dos câmbios internacionais mediante a rigidez da paridade das moedas e eliminar as barreiras de pagamentos internacionais. Isto é, só nesta altura é que houve a criação de estruturas de nível internacional capazes de darem resposta a um período tão conturbado a nível internacional e, conseqüentemente, de incrementar o investimento e o comércio internacional ¹⁰⁹.

ii. A tributação segundo o princípio “at arm’s length” versus princípio unitário versus princípio do método empírico ou da utilização de indícios de lucros

A reacção dos Estados que viam as suas receitas afectadas pela utilização abusiva dos preços de transferência por parte dos grupos multinacionais, podiam levar à criação de legislação tributária que atacasse este problema por uma de três vias, a saber:

(i) Pela criação de legislação que tributasse o grupo multinacional pela totalidade dos rendimentos obtidos a nível mundial – *unitary business* – isto é, como se se estivesse perante um negócio unitário;

(ii) Pela tributação de cada uma das empresas que compõem o grupo multinacional como empresa independente – *separate entity approach* – em que se atenderia à contabilidade separada de cada uma das empresas e se aplicaria entre elas o princípio da plena concorrência ou *arm’s length*;

(iii) Pela determinação dos lucros tributáveis das empresas vinculadas através da comparação com o lucro médio obtido por empresas independentes em relação aos seus volumes de vendas ou de rendimentos brutos, para em seguida aplicar este factor às empresas vinculadas, de forma a aproximar os seus lucros tributáveis àqueles que as empresas independentes obteriam.

O primeiro método de tributação do grupo multinacional pela totalidade dos rendimentos obtidos a nível mundial – *unitary business* – tem o seu fundamento na

¹⁰⁹ Sobre esta temática veja-se MARTIN URIZ, I. em *Crisis económicas del siglo XX*. Madrid. Salvat Editores, S.A., 1981.

teoria de que as actividades desenvolvidas por cada uma das empresas inter relacionadas no grupo estão todas a contribuir para uma única realidade que se apelida de grupo multinacional¹¹⁰ e tem em vista a obtenção da maximização dos lucros do grupo, com o consequente aproveitamento das economias de escala que lhes traz essa integração, ou seja, “o conjunto é mais que a soma das partes”¹¹¹. É claro que desta forma se obteria um nível global de lucro do grupo e, consequentemente, nunca se equacionaria a problemática dos preços de transferência praticados entre as empresas inter relacionadas.

A questão que se coloca neste tipo de determinação do rendimento sujeito a tributação em cada uma das jurisdições fiscais em que se situava cada uma das empresas do grupo multinacional, era encontrar uma chave de repartição desse rendimento tributável pelos vários Estados. Ou seja, a aplicação do método da repartição proporcional, ou também designado método indirecto, poderia fazer-se por uma fórmula pré-estabelecida, em que se combinassem por exemplo as vendas, os custos, os activos e os salários¹¹², e se aplicasse mecanicamente de forma a repartir esse lucro tributável global por cada um dos Estados em que estivessem implantadas cada uma das empresas, ou, então, através de uma fórmula encontrada caso a caso, de forma a tornar o mais possível próximo da realidade a distribuição desse lucro tributável global por cada um dos Estados interessados^{113 114}.

A segunda hipótese está ligada a uma análise de cada membro do grupo como se se tratasse de uma empresa independente, ou seja, visto o caso à luz do critério da contabilidade separada ou *separate entity approach*, procedendo-se à tributação de cada empresa em cada um dos Estados em que estão localizadas e de acordo com a sua contabilidade autónoma. Nestas circunstâncias, para se determinarem os valores

¹¹⁰ Neste sentido vejam-se SIMMONS, D.L. em “Worldwide Unitary Taxation: Retail and Rationle, or Block t the Water’s Edge?”, *Standford Journal of International Law*, v. 21, n.º 1, pags. 162; AGOSTINI, M. em “U.S. Perspectives of Worldwide Unitary taxation”, *Dickinson journal of International Law*, v.7, 1989, n.º 2, pags. 215.

¹¹¹ Ver AGOSTINI, M. em “U.S. Perspectives of Worldwide Unitary taxation”, *Dickinson journal of International Law*, v.7, n.º 2, pags. 215, 1989.

¹¹² De acordo com GEMMA SALA GALVAÑ, em *Los Precios de Transferência Internacionales. Su Tratamiento Tributário*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, a pags. 53, é designada na terminologia anglo-saxónica pela designação de “*Fractional Apportionment Method*”

¹¹³ A OCDE em “Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, assume no item 3.74 que “...o fraccionamento global segundo uma fórmula deve ser rejeitada...”

¹¹⁴ Voltaremos a esta temática quando analisarmos os trabalhos desenvolvidos ao nível da União Europeia sobre a temática da tributação das empresas plurilocalizadas nos diferentes Estados-membros.

das relações internacionais praticadas entre as empresas inter relacionadas no grupo, aplicava-se-lhes o princípio da plena concorrência ou de *arm's length*, ou seja o também designado método directo, em que se tributariam os rendimentos como se as empresas tivessem praticado entre si as condições normais de mercado. Isto é, as relações inter empresas seriam praticadas como se entre elas não houvesse qualquer vínculo de subordinação e, por conseguinte, seguiriam as regras do jogo do mercado livre e utilizariam os preços de plena concorrência praticados entre empresas totalmente independentes, permitindo-se assim às Administrações Tributárias que processassem as correcções necessárias àquelas relações inter empresariais quando não seguissem este princípio, com o fim último de obter os mesmos impostos que obteria de empresa independentes que estivessem em igualdade de circunstância.

É evidente que aqui se impõe – para efeitos fiscais ¹¹⁵ – às empresas do grupo que operem em condições normais de mercado para que os preços praticados nas suas transferências inter empresas não influenciem o imposto devido a final por cada uma das empresas, não havendo deste modo qualquer distinção entre a tributação das empresas vinculadas e as empresas independentes, ou seja, que se consiga a neutralidade fiscal face às empresas que operam no mercado em cada um dos Estados ¹¹⁶.

Por último, a aplicabilidade do método de comparação entre os rendimentos médios que seriam obtidos por empresas independentes e aqueles que foram obtidos por empresas vinculadas, mais não faz do que aplicar aqui indícios através de uma presunção jurídica, ou seja, através de factos conhecidos, que são as médias de rentabilidade fiscal das empresas independentes, partir para o cálculo da rentabilidade fiscal das empresas vinculadas, e assim, através de dados externos ao contribuinte

¹¹⁵ A OCDE, “Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, no item 1.2 que os ajustamentos fiscais levados a cabo pelas Administrações Fiscais com base na aplicabilidade do princípio de plena concorrência às transacções efectuadas entre empresas do mesmo grupo “...não afecta as obrigações contratuais que vinculam as empresas associadas a todos os níveis, com excepção do fiscal...” (sublinhado nosso), ou seja, qualquer correcção feita pelas Administrações Fiscais esgota o seu fim na determinação da tributação de cada uma das empresas do grupo em relação ao Estado em que está a ser tributada, não se retirando daí qualquer outra implicação para as partes envolvidas.

¹¹⁶ A OCDE, “Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, assume no item 3.74 que “...os países Membros da OCDE reafirmam a sua adesão ao consenso obtido ao longo dos anos quanto à utilização do princípio de plena concorrência entre os países Membros e os países não Membros...”, ou seja, para o OCDE só existe a possibilidade da utilização do princípio de plena concorrência como único meio aplicável às relações internacionais entre empresas pertencentes ao mesmo grupo.

tentar encontrar a sua rentabilidade fiscal, passando deste modo a aproximar o mais possível o seu lucro tributável àquele que em média obtiveram empresas independentes em tudo a si semelhantes¹¹⁷. Este método apelidado de “empírico” ou de “presunção”, considera-se subsidiário em relação aos restantes e que apenas seria utilizável em circunstâncias em que os outros não fossem de todo em todo aplicáveis¹¹⁸.

iii. Os Modelos de Convenções Internacionais e o Princípio de Plena Concorrência

o O Modelo de Convenção da Sociedade das Nações

A Sociedade das Nações¹¹⁹, como organismo internacional que era, também se preocupou com a problemática da dupla tributação internacional, e assim desenvolveu trabalhos^{120 121} ligados ao princípio da livre concorrência como medida basilar na

¹¹⁷ Veja-se neste sentido ONU, *Tax Treaties between Developed and Developing Countries, Second Report, Part II*, Doc.E/4936.ST/ECA/137, New York, United Nations Publications, Sales No.: E.71.XVI.2, 1970, pags. 41.

¹¹⁸ Sobre esta temática veja-se DE LUIS, F., “Métodos para distribuir los beneficios imponibles entre varias jurisdicciones tributarias”, *H.P.E.*, n.º 64, 1980, pags. 179 e 180.

¹¹⁹ Este organismo de cooperação internacional foi criado em 28 de Abril de 1919, por iniciativa do Presidente dos Estados Unidos da América WILSON (Tomás Woodrow), e integrava a Tratado de Paz de Versalles – realizado em 29 de Junho de 1919 e que pôs fim à I Guerra Mundial. A Sociedade das Nações que se iniciou com 45 Estados membros e tendo chegado a atingir um máximo de 60, tinha como objectivos garantir a paz e a segurança mútuas e desenvolver a cooperação entre as nações. Foi um organismo internacional que nunca chegou plenamente a atingir os seus objectivos, porquanto os conflitos entre os seus membros eram abundantes, surgem os Estados de ideologia fascista, tendo sido oficialmente dissolvida com a criação da Organização das Nações Unidas – O.N.U., organismo fundado em 1944 pelos Estados que aceitaram cumprir as obrigações constantes da Carta das Nações Unidas que entrou em vigor em 24 de Outubro de 1945, Carta esta que constitui o estatuto da O.N.U., cuja sede é em Nova Iorque. Veja-se DICIONÁRIO PRÁTICO ILUSTRADO, 1994, Lello & Irmão, Editores, Porto.

¹²⁰ O primeiro trabalho sobre dupla tributação internacional apresentado pela Sociedade das Nações em 1923, esteve a cargo do «Grupo de Economistas» que integrava Bruins, Einaudi, Seligman e Stamp. Neste trabalho apresentou a «teoria da economic allegiance» em que se estabelecia o princípio da capacidade económica como estrutura fundamental dos sistemas tributários modernos, tendo em vista favorecer a tributação pelo Estado da Residência. Entendia que o «critério da isenção» dos rendimentos dos não residentes no Estado da Fonte era o método mais prático para eliminar a perniciosa dupla tributação, uma vez que assim se incentivava o investimento estrangeiro. Com este sistema tentavam proteger os países em vias de desenvolvimento e cujos sistemas tributários se baseavam na tributação dos rendimentos na origem. Sobre esta questão veja-se LEAGUE OF NATIONS, *Report on Double Taxation, submitted to the Fiscal Committee by Professors Bruins, Einaudi, Seligman and Sir John Stamp*, Genebra, Doc.E.F.S. 73/F.19, II.A-431, 1923; LANGBEIN, S.I., *The Unitary Method and the Myth of Arm's Length*, Tax Notes, February 17, 1986, pags. 630 e 631; GARCÍA PRATS, F.A., *El establecimiento permanente*, Madrid, Ed. Tecnos, 1996, pags. 43.

¹²¹ O segundo trabalho sobre dupla tributação e evasão fiscal internacional, apresentado pela Sociedade das Nações, esteve a cargo do “Comité de técnicos especialistas de 25 de Maio de 1925”, que integrava especialistas de sete Administrações Tributárias, que teve por base o primeiro trabalho e as Resoluções da Câmara Internacional do Comércio. Este grupo de trabalho apresentou várias recomendações, nomeadamente de que para «evitar a dupla tributação, a melhor via era aceitar a residência como base na tributação sobre o rendimento», fazia a distinção entre impostos de natureza real, nos quais deveria predominar a tributação segundo o princípio da origem, ou fonte, dos impostos pessoais ou gerais, nos quais a tributação segundo o princípio da residência devia ser predominante. Em relação à evasão fiscal

tributação e fiscalização internacional das operações praticadas entre empresas multinacionais, tentando desta forma contribuir para a dissuasão da evasão fiscal internacional. O seu primeiro projecto de Modelo de Convenção sobre a tributação directa tem data de Junho de 1927 e foi apresentado publicamente na Conferência de Especialistas Governamentais de Genebra, realizada em Outubro de 1928, saindo desta reunião a aprovação de três variantes ao Projecto de Modelo de Convenção original ¹²².

No tocante à tributação das operações vinculadas internacionais praticadas entre empresas legalmente independentes, há duas diferenças entre o Projecto de Modelo de Convenção original e as três versões que ali foram apresentadas.

Assim, ressalta-se que o Projecto original previa que as sociedades que fossem filiais de empresas estrangeiras fossem tratadas como estabelecimentos permanentes, tributando-se assim de conformidade ¹²³, facto que não constava das variantes ¹²⁴.

entendia que o melhor seria a utilização de convenções internacionais entre as Administrações Tributárias sob o signo da simultaneidade e do intercâmbio da informação, debaixo da reciprocidade de tratamento entre os Estados. Veja-se sobre esta temática LEAGUE OF NATIONS, "Double Taxation and Tax Evasion", *Report and Resolutions submitted by the Technical Experts to the Financial Committee of the League of Nations*, Genebra, Doc.F.212, C.115, M.55 - 1925, II, pags. 8, 15 a 21 e 31 a 35; LANGBEIN, S.I., "The Unitary Method and the Myth of Arm's Length", *Tax Notes*, February 17, 1986, pags. 630 e 631; GARCÍA PRATS, F.A., "El establecimiento permanente", Madrid, Ed. Tecnos, 1996, pags. 45 e 46; FORNS, J.J., "La Doble imposición internacional", Madrid, Ed. Cámara Oficial de Comercio de Madrid, 1960, Pags. 51 e 52.

¹²² Nesta Conferência encontravam-se representações de 27 Estados membros e não membros da SN. As três versões de projectos aprovados sobre o Modelo de Convenção sobre a tributação directa foram: A versão Ia), que era quase igual ao Projecto de Modelo de Convenção de 1927; a versão Ib), que não fazia a distinção entre impostos pessoais e reais, preferindo o princípio da residência, e; a versão Ic) que, apesar de também não fazer distinção entre impostos pessoais e reais, contudo, fazia a apologia ao princípio da fonte. Veja-se sobre esta temática LEAGUE OF NATIONS, "Double Taxation and Tax Evasion", *Report presented by the General Meeting of Government Experts on Double Taxation and Tax Evasion*, Genebra, Doc.C.562.M.178.1928.II.49, pags. 5, 18 e 21; ONU, *Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties Between Developed and developing Countries*, New York, Doc.: ST/ESA/94, UN Publications, Sales No. E. 79.XVI.3, 1979, pags. 16 e 17; PICCIOTTO, S., *International Business Taxation. A Study in the Internalization of Business Regulation*, New York, Ed. Quorum Books, 1992, a pags. 22 a 25; GARCÍA PRATS, F.A., *El establecimiento permanente*, Madrid, Ed. Tecnos, 1996, pags. 47 e 48.

¹²³ Prevía-se a tributação segundo o Estado da fonte para os rendimentos empresariais, industriais e comerciais. O artigo 5 (b) do Projecto de 1927 estabelecia que as sociedades filiais eram consideradas como estabelecimentos estáveis. Veja-se SKAAR, A.A., *Permanent Establishment*, Boston, Ed. Kluwer, 1991, pags. 540.

¹²⁴ Em todos estas variantes se estabelecia que "The real centres of management, branches, mining and oilfields, factories, workshops, agencies, warehouses, offices, depots, shall be regarded as permanent establishments". Veja-se LEAGUE OF NATIONS, "Double Taxation and Tax Evasion", *Report presented by the General Meeting of Government Experts on Double Taxation and Tax Evasion*, Genebra, Doc.C.562.M.178.1928.II.49, 1928, pags. 8, 16 e 19; CARROLL, M., "Taxation of Entreprises with International Interests", *Congrès international de fiscalité*, Haia, 1939, IFA, "L'imposition des bénéfices et des profits de sociétés anonymes à intérêt internationaux", v.1, Amesterdão, Ed. Swets & Zeitlinger N.V., 1965, pags. 252.

O segundo aspecto que era tratado no Projecto de Convenção liga-se com o facto de na eventualidade de uma empresa ter estabelecimentos permanentes em dois Estados e na eventualidade desses estabelecimentos não terem uma contabilidade adequada que reflectisse separadamente toda a verdade contabilística de cada uma das unidades, os Estados Contratantes podiam acordar em formas de repartir esses rendimentos gerados¹²⁵, ao passo que as variantes omitiam a referência a este critério da obrigação de contabilização separada para os estabelecimentos estáveis¹²⁶, contudo já não o fazia para o caso das filiais.

Em 1935 o Comité dos Assuntos Fiscais¹²⁷ adoptou um outro Projecto de “Modelo de Convenção para a distribuição dos rendimentos empresariais entre Estados e para efeitos Fiscais”¹²⁸, em que se aceitava o princípio da plena concorrência *arm's length*, ou seja, o critério do tratamento fiscal segundo o conceito de empresas separadas e independentes, como fórmula de resolução dos conflitos de soberania fiscal entre Estados em relação aos preços de transferência internacionais, facto já recomendado no Relatório Carroll de 1933¹²⁹.

Esta aceitação do princípio de plena concorrência muda a forma de pensar dos especialistas em relação às operações vinculadas internacionais, porquanto até aí todos os trabalhos pareciam orientar-se para a utilização da repartição dos lucros tributáveis entre os Estados interessados segundo uma chave de repartição¹³⁰ que tivesse em conta o capital investido, o número de trabalhadores e a massa salarial, além de que as Convenções fiscais internacionais em vigor alinhavam a sua bitola

¹²⁵ De acordo com a citação feita por LANGBEIN, S.I., “The Unitary Method and the Myth of Arm's Length”, *Tax Notes*, February 17, 1986, pags. 631, era estabelecido que “... in the absence of accounts showing this income separately and in proper form, the competent administrations of the two Contracting States shall come to an arrangement as to the rules for apportionment...”

¹²⁶ Apenas ali era referido que “...as Administrações competentes dos Estados Contratantes chegarão a um acordo sobre as bases de repartição...”, conforme se pode ver em LEAGUE OF NATIONS, “Double Taxation and Tax Evasion”, *Report presented by the General Meeting of Government Experts on Double Taxation and Tax Evasion*, Genebra, Doc.C.562.M.178.1928.II.49, 1928, pags. 8, 16 e 19.

¹²⁷ O Comité dos Assuntos Fiscais foi criado pelo Conselho da Sociedade das Nações em 1929.

¹²⁸ Ver FORNS, J.J., *La doble imposición internacional*, Madrid, Ed. Cámara Oficial de Comercio de Madrid, 1960, a pags. 42 e 43 sobre a estrutura do Projecto de Modelo de Convenção.

¹²⁹ O Relatório Carroll, cujo nome vem da pessoa que teve a seu cargo a sua elaboração, é um estudo acerca dos métodos praticados em vinte e sete Estados sobre a forma de distribuição dos lucros gerados por empresas ou grupos multinacionais, e em que se sugeriu que fosse reconhecido internacionalmente o princípio de plena concorrência. Veja-se CARROLL, M., “Taxation of Entreprises with Internacional Interests”, *Congrès international de fiscalité*, Haia, 1939, IFA, “L'imposition des bénéfices et des profits de sociétés anonymes á intérêt internationaux”, v.1, Amesterdão, Ed. Swets & Zeitlingerm N.V., 1965, pags. 253 e 254.

¹³⁰ Veja-se LANGBEIN, S.I. “The Unitary Method and the Myth of Arm's Length”, *Tax Notes*, February 17, 1986, pags. 631.

pela chave de repartição proporcional dos rendimentos tributáveis das empresas que operassem em vários Estados¹³¹.

Apresentava-se neste Relatório uma nítida preferência pelo princípio da livre concorrência, no seguimento da opinião perfilhada pela Câmara Internacional de Comércio e também pela maior parte dos Estados¹³², uma vez que se entendia que o princípio da jurisdição fiscal de cada Estado deve levar a restringir a sua soberania aos rendimentos ali gerados, além de que existem entre os Estados normas fiscais, mercantis e conceitos de contabilidade distintos, inviabilizando deste modo uma eventual análise unitária, assim como havia sempre dificuldades em encontrarem-se, por consenso, o conjunto de rendimentos líquidos e a sua fórmula de repartição pré estabelecida entre os vários Estados interessados, porquanto havia sempre quem se considerasse prejudicado na eventual repartição da matéria colectável.

No Relatório Carroll previam-se cinco meios diferentes para serem tratados fiscalmente os preços de transferência praticados entre sociedades mães e filiais, situadas em Estados distintos, na eventualidade de não terem actuado entre si como empresas independentes:

(i) A primeira seguia o método previsto na Secção 45 do IRC dos E.U.A.¹³³ em que se procederia ao reajustamento do preço de transferência praticada entre as sociedades pelo valor normal de mercado, fazendo-se de seguida a sua tributação pelo Estado que se sentisse prejudicado;

¹³¹ Veja-se LEAGUE OF NATIONS, "Double Taxation and Tax Evasion", *Report and Resolutions submitted by the Technical Experts to the Financial Committee of the League of Nations*, Genebra, Doc.F.212, C.115, M.55, 1925, II, pags. 10 e 13 sobre as Convenções Fiscais internacionais em vigor e que estabeleciam sistemas de repartição proporcional dos rendimentos. Veja-se também CARROLL, M., "Taxation of Foreign and National Enterprises. Methods of Allocating Taxable Income", V. IV, Genebra, Ed. League of Nations Publications, Do. Off. No. C.425(b).M.217(b).1933.II.A, pags. 74 a 78 sobre as Convenções que previam formas de repartição proporcional e que eram citadas no Relatório Carroll. Veja-se ainda CARROLL, M., "Taxation of Enterprises with International Interests", *Congrès international de fiscalité*, Haia, 1939, IFA, "L'imposition des bénéfices et des profits de sociétés anonymes à intérêt internationaux", v.1, Amesterdão, Ed. Swets & Zeitlinger N.V., 1965, pags. 34 a 36

¹³² De acordo com GEMMA SALA GALVAÑ, *Los Precios de Transferência Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, a pags. 77, na nota de rodapé n.º 156, é que "Otra de las razones apuntadas por la doctrina norteamericana para la asunción intencional del principio "arm's length" es la promulgación en 1934 en Estados Unidos de una reglamentación en desarrollo de la Sección 45 del IRC (antecedente de la Sección 482 del IRC actual) en el que se establecía por primera vez el principio de plena concurrencia como criterio base para la fiscalización por el IRS de los precios de transferencia...".

¹³³ De acordo com CARROLL, M., *Taxation of Foreign and National Enterprises. Methods of Allocating Taxable Income*, V. IV, Genebra, Ed. League of Nations Publications, Do. Off. No. C.425(b).M.217(b).1933.II.A, pags. 110 e 111. O Relatório Carroll faz também referência à existência deste método no Canadá e na Áustria.

(ii) A segunda hipótese seria tratar a filial da sociedade estrangeira como agente desta e tributar directamente a sociedade estrangeira desde que no Estado em questão houvesse lei de enquadramento para tal situação, seguindo-se o método previsto no Reino Unido desde 1915;

(iii) A terceira, previa uma tributação do conjunto da empresa baseada no conceito de unidade económica, para em seguida aplicar às filiais estrangeiras o mesmo regime previsto para as sucursais¹³⁴;

(iv) Em quarto lugar previa-se a tributação pelo regime de declarações consolidadas¹³⁵;

(v) Por último, na eventualidade da filial não ter registado na sua contabilidade poucas, ou nenhuma, operações com a sua sociedade mãe estrangeira, previa-se a hipótese de tributar a sociedade mãe como se tivesse recebido dividendos ocultos da filial através dos preços de transferência não conformes com o mercado livre¹³⁶.

O Modelo de Convenção de 1935 elegeu como reajustamento dos preços de transferência o valor normal de mercado, de entre as possíveis alternativas de aplicação do princípio da entidade separada para as operações levadas a cabo entre filiais e sociedades mães, quando nas suas relações comerciais praticassem preços de transferência diferentes dos valores normais de mercado.

Assim, no seu artigo VI estabelecia que “*quando uma empresa de um Estado Contratante possuí uma participação dominante na direcção ou no capital de uma empresa de outro Estado Contratante*” ou quando os mesmos interessados possuem tal participação nas duas empresas e, por tal facto existem “*condições comerciais ou financeiras diferentes daquelas que existiriam entre partes independentes*”, na eventualidade de não serem devidamente registados na contabilidade todos os

¹³⁴ Assim, conforme CARROLL, M, *Taxation of Foreign and National Enterprises. Methods of Allocating Taxable Income*, V. IV, Genebra, Ed. League of Nations Publications, Do. Off. No. C.425(b).M.217(b).1933.II.A, pags. 112 e 113, este regime era aplicado nos cantões Suíços, em Espanha, Alemanha, Hungria e nas Índias Holandesas.

¹³⁵ Conforme indica CARROLL, M, *Taxation of Foreign and National Enterprises. Methods of Allocating Taxable Income*, V. IV, Genebra, Ed. League of Nations Publications, Do. Off. No. C.425(b).M.217(b).1933.II.A, pags. 113 e 114 este método era aplicado em alguns Estados norte-americanos, como por exemplo New York e Wisconsin.

¹³⁶ De acordo com CARROLL, M, *Taxation of Foreign and National Enterprises. Methods of Allocating Taxable Income*, V. IV, Genebra, Ed. League of Nations Publications, Do. Off. No. C.425(b).M.217(b).1933.II.A, pags. 114 e 115 este método era aplicado em França, Grécia e Holanda para prevenir a elisão fiscal, que constava da sua legislação sobre tributação de rendimentos.

rendimentos ou perdas e, deste modo, serem desviados para a outra empresa, seriam integrados contabilisticamente na empresa que os desviou¹³⁷.

Apesar deste Modelo de Convenção nunca ter chegado a entrar internacionalmente em vigor, por nunca ter sido aprovado pelo Conselho da Sociedade das Nações, o facto é que este artigo VI deu origem ao artigo VII dos Protocolos dos Modelos de Convenção que esta organização apresentou no México e em Londres, respectivamente em 1943 e 1946¹³⁸ e, em todos eles se previa o regime de tributação das operações vinculadas e praticadas entre empresas internacionais e juridicamente independentes (como sejam as filiais ou os grupos de sociedades) submetidas ao princípio da entidade separada e ao critério do princípio de plena concorrência – *arm's length*¹³⁹.

¹³⁷ Para uma análise mais desenvolvida veja-se PICCIOTTO, S. em *International Business Taxation. A Study in the Internalization of Business Regulation* – New York – Ed. Quorum Books - 1992 – a pags. 31 e 32 e 176 e 177.

¹³⁸ De acordo com GEMMA SALA GALVAÑ, em *Los Precios de Transferência Internacionales. Su Tratamiento Tributario* – Tirant lo Blanch – Valência – 2003 – a pags. 79, na nota de rodapé n.º 162, “...Estos dos Modelos difieren básicamente en el tratamiento tributario de los dividendos, intereses, cánones, anualidades y pensiones. El Modelo de Convenio de México se encamina hacia Estados en desarrollo, donde predomina el principio de la fuente (elaborado por un grupo representando a Canadá, Estados Unidos y los Estados de América Central y del Sur). El Modelo de Convenio de Londres, enfocada hacia Estados desarrollados, con predominio del principio europeo de residencia...”. Ver também LEAGUE OF NATIONS, em *London and México Model Tax Conventions. Commentary and Text* – Genebra- Doc. C.88.M.1946.II.A – pags. 82 e 83 em relação ao Modelo do México e de Londres, respectivamente. Ver ainda ONU (1979) em *Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties Between Developed and developing Countries* – New York – Doc.: ST/ESA/94 – UN Publications, Sales No. E. 79.XVI.3 – pags. 19 e 20; MESSERE, K., em *The Precursors and Successors of the New OECD Model Tax Convention on Income and Capital* – European Taxation – v. 33, n.º 8 - 1993 – pags. 246.

¹³⁹ De acordo com CARROLL, M., em *Taxation of Foreign and National Enterprises. Methods of Allocating Taxable Income* – V. IV – Genebra – Ed. League of Nations Publications – Do. Off. No. C.425(b).M.217(b).1933.II.A - parágrafo 628 no seu Relatório estabelecia-se que “As the conduct of business between a corporation and its subsidiaries on the basis of dealings with an independent enterprise obviates all problems of allocation, it is recommended that, in principle, subsidiaries be not regarded as permanent establishments of an enterprise but treated as independent legal entities; and if it is shown that the inter-transactions have been carried on in such manner as to divert profits from a subsidiary, the diverted income should be allocated to the subsidiary on the basis of what it would be earned had been dealing with an independent enterprises”.

○ **O Modelo de Convenção da OCDE, ONU e E.U.A.**

A OCDE¹⁴⁰ desde a década de 60 do século passado que tem feito um trabalho constante sobre a tributação internacional, designadamente, no aspecto que nos interessa para este trabalho, sobre a repartição correcta dos rendimentos gerados pelas empresas que integram os grupos multinacionais e que, por conseguinte, deverão contribuir para o erário público do Estado em que estão inseridas do mesmo modo que o fazem as empresas independentes e, por tal, na linha do que já vinha sendo adoptado pela Sociedade das Nações, reconheceu como único mecanismo possível para o tratamento das operações vinculadas internacionais o seu tratamento fiscal sob o prisma do princípio da plena concorrência. Para tal verteu no artigo 9.º do Modelo de Convenção da OCDE o princípio da plena concorrência a aplicar às relações vinculadas internacionais, desenvolvendo-o sob a forma de regras interpretativas, e publicou Relatórios sobre a forma de efectivar esse mesmo princípio de plena concorrência na tentativa de encontrar o valor normal de mercado para operações similares às praticadas pelas entidades vinculadas.

¹⁴⁰ A Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económico foi criada em Paris no dia 14 de Dezembro de 1960, e entrou em vigor no dia 30 de Setembro de 1961, cujos objectivos são promover políticas destinadas a: a) levar a cabo uma forte expansão da economia e do emprego, bem como a progressão do nível de vida nos países Membros, mantendo a estabilidade financeira, contribuindo desse modo para o desenvolvimento da economia mundial; b) contribuir para uma sólida expansão económica nos países Membros, bem como nos países não-Membros, em vias de desenvolvimento económico; c) contribuir para a expansão do comércio mundial numa base multilateral e não discriminatória em conformidade com as obrigações assumidas a nível internacional. Esta organização internacional através do alargamento e da mudança de nome da Organização de Cooperação Económica Europeia, cujo origem mais profunda está de raiz sobre o Plano Marshall de ajuda dos Estados Unidos da América à recuperação Europeia após a II Guerra Mundial. Os países Membros originários são: Alemanha, Áustria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos, França, Grécia, Irlanda, Islândia, Itália, Luxemburgo, Noruega, Países-Baixos, Portugal, Reino Unido, Suécia, Suíça e Turquia. Veja-se GRAHAM BANNOCK, R.E. BAXTER e RAY REES, em *Dicionário de Economia*, Edições Verbo, Lisboa, 1987, pags. 305; OCDE, “Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, como nota de apresentação, onde se acrescentam outros países que aderiram posteriormente: Japão (1964), Finlândia (1969), Austrália (1971), Nova Zelândia (1973), México (1994), República Checa (1995), Hungria (1996), Polónia (1996), Coreia (1996) e República da Eslováquia (2000), informando ainda que a Comissão das Comunidades Europeias participa nos seus trabalhos.

Não devemos esquecer que, tanto o MCOCDE¹⁴¹ e os seus comentários, como os Relatórios sobre os princípios aplicáveis aos preços de transferência, desenvolvidos pelo CAF – Comité dos Assuntos Fiscais aprovados pelo Conselho da OCDE são instrumentos que não têm força vinculativa perante os Estados membros da OCDE¹⁴², mas o facto é que representam cada vez mais para a comunidade internacional uma forma de actuação correcta em relação aos assuntos que ali são tratados, designadamente para o tema aqui analisado, a resolução dos conflitos gerados pelos preços de transferência praticados entre empresas vinculadas internacionalmente, quer esta perspectiva se veja a nível dos Estados membros^{143 144}, quer também em relação aos não membros¹⁴⁵.

¹⁴¹ O comité Fiscal da OCDE iniciou em 1956 os seus trabalhos com o objectivo de elaborar um projecto de convenção capaz resolver de modo eficaz os problemas de dupla tributação que se colocavam entre os países membros da OCDE. Entre 1958 e 1961 foram preparados quatro relatórios, até apresentar em 1963 o seu «Projecto de Convenção de Dupla Tributação em Matéria de Rendimento e de Património», aprovado pelo Conselho da Europa em 30 de Julho de 1963 como Recomendação e no intuito dos seus países Membros conformarem as suas convenções bilaterais com o mesmo. Os contínuos trabalhos nesta temática levaram que o Comité dos Assuntos Fiscais (sucessor do Comité Fiscal) originasse uma nova publicação em 1977 de um novo Modelo de Convenção e de novos Comentários que, a partir de 1992 passou a ser um Modelo de Convenção actualizado periodicamente por meio de folhas removíveis. A última versão condensada do texto do Modelo da Convenção e dos seus comentários, publicada integralmente pela OCDE – após adopção da sexta alteração, foi feita em 15 de Julho de 2005 em Paris, traduzida para português pelo Centro de Estudos Fiscais da Direcção Geral dos Impostos, sob a Designação de MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO – OCDE – 2005, Lisboa.

¹⁴² Isso mesmo reconhece a OCDE na sua “Introdução ao MCOCDE” quando afirma que “...*muito embora os comentários não se destinem a ser anexados de uma forma ou de outra à Convenções a celebrar pelos países Membros, as quais constituem os únicos instrumentos jurídicos internacionais de natureza vinculante...*”, ou seja, esta organização internacional reconhece que apenas as Convenções vinculam juridicamente os países celebrantes, não tendo qualquer força jurídica os comentários por si feitos. Veja-se “MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO – OCDE”, 2005, Lisboa, a pags. 23 e 24.

¹⁴³ Efectivamente a OCDE reconhece que “*as administrações fiscais atribuem um peso considerável às linhas directrizes constantes dos Comentários...*”, assim como “*...os contribuintes utilizam amplamente as comentários no exercício das suas actividades e na planificação das suas transacções e investimentos...*”, bem como “*... os Tribunais (...) utilizam cada vez mais os Comentários para proferirem as suas sentenças...*”, pelo que o Comité dos Assuntos Fiscais recolheu informações de que “*...é feita referência aos Comentários nos acórdãos publicados dos tribunais de um grande número de países Membros...*”. Veja-se, “MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO – OCDE” – 2005, Lisboa, a pags. 24.

¹⁴⁴ A principal influência que se deve atribuir aos comentários do MCOCDE e á sua influência sobre as Administrações Tributárias no momento da aplicação as Convenções por si celebradas, está ligada ao facto dos comentários terem sido realizados por especialistas nomeados pelos governos dos Estados Membros, e, por tal facto, seria de todo em todo incongruente, no momento da interpretação e aplicabilidade das mesmas, assumirem-se posições divergentes daquelas que foram aceites nos comentários.

¹⁴⁵ Veja-se que a OCDE reconhece a importância do eu trabalho ao nível dos países não-Membros que afirma que a “*...influência crescente do Modelo de Convenção nos Países não-Membros esteve na origem da decisão tomada em 1997 de aditar ao Modelo de Convenção as posições de um certo número dos referidos países relativamente aos Artigos do Modelo e respectivos Comentários...*”. Veja-se “MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO – OCDE”, 2005, Lisboa, pags. 17.

Todo este labor feito pela OCDE na criação do seu Modelo de Convenção, como nos Relatórios sobre a problemática dos preços de transferência¹⁴⁶, serviu de base para a elaboração dos modelos de convenção da ONU¹⁴⁷ e dos E.U.A¹⁴⁸.

A OCDE sempre foi coerente na determinação do regime jurídico aplicável às transacções levadas a cabo por empresas inter-relacionadas no seio de um grupo multinacional, porquanto desde o Projecto de MCOCDE, em 1963, que no artigo 9.º estabeleceu que:

«Cuando:

a) una empresa de un Estado Contratante participe directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa del otro Estado Contratante, o

b) unas mismas personas participen directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de un Estado Contratante y de una empresa del otro Estado Contratante,

y, en uno y otro caso, las dos empresas estén, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas, que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes, los beneficios habrían sido obtenidos por una de las empresas de no existir esta condiciones, y que, de hecho no se han producido a causa de las mismas, pueden ser incluidos en los beneficios de esta empresa y sometidos a imposición en consecuencia.»^{149 150}.

¹⁴⁶ A última publicação do guia sobre os preços de transferência foi feita em 2001 sob o título bilingue de: “Principes applicables en matière de prix de transfert à l’intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales – Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations”, OCDE, Paris, 2001. Veja-se OCDE, “Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 4.

¹⁴⁷ A OCDE reconhece essa influência quando assume que “... a influenciado Modelo de Convenção extravasou largamente o âmbito da OCDE (...), em particular, foi usada como base para a redacção inicial e subsequente revisão do Modelo de Convenção das Nações Unidas em Matéria de Dupla Tributação entre Países Desenvolvidos e Países em Vias de Desenvolvimento, que retoma uma parte significativa das disposições e dos Comentários do Modelo de Convenção da OCDE...”. Veja-se, “MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO – OCDE”, 2005, Lisboa, pags. 17.

¹⁴⁸ Veja-se DOERNBERG, R.L.; VAN RAAD, K., *The 1996 United States Model Income Tax Convention. Analysis, Commentary and Comparison*, Holanda, Ed. Kluwer Law International, 1997; Sobre a influência do MCOCDE nas Convenções celebradas pelos E.U.A., veja-se LAZEROW, H.I., *The OECD Draft Influence on US Income Tax Treaties*, Amesterdão, IBDF Publications, 1976.

¹⁴⁹ Este texto, que reproduz o artigo 9 do Projecto do MCOCDE, foi retirado de GEMMA SALA GALVAÑ, *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, a pags. 84.

¹⁵⁰ Este texto foi mantido pela OCDE em todas as versões do seu MC, independentemente das sucessivas revisões a que tem sido sujeito. Veja-se o actual artigo 9.º do MCOCDE, “MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO – OCDE”, 2005, Lisboa, pags. 39 e 40.

Atente-se que já nesse momento ficou estabelecido, como padrão internacional aplicável aos preços de transferência praticados entre empresas do mesmo grupo, o princípio *arm's length*, ou seja, o princípio de plena concorrência ou de entidades independentes.

Efectivamente, desde então ficou reconhecido que as Administrações Tributárias podiam rectificar, para efeitos fiscais¹⁵¹, os valores contabilizados pelas empresas do grupo que tivessem residência debaixo do seu domínio fiscal, com a condição de que aquelas relações inter-empresariais não reflectirem o valor normal de mercado praticado por entidades totalmente independentes¹⁵². Isto é, permitia-se assim que com estas rectificações aos valores contabilísticos, que não estavam conforme o princípio de *arm's length*, as Administrações Fiscais não vissem prejudicadas as suas receitas tributárias e, desse modo, pudessem fazer os acertos necessários para conseguir a mesma matéria colectável que conseguiriam se aquelas relações inter-empresariais fossem levadas a cabo entre empresas independentes e em condições normais de mercado.

Efectivamente, o que a OCDE vem dizer é que os Estados, que por via da especial conexão existente entre as empresas do grupo e que por tal contabilizaram e declararam uma matéria colectável menor e em consequência tiveram uma menor carga fiscal, podem proceder à recondução dessas operações ao preço normal de mercado para efeitos fiscais, rectificando assim os valores constantes das declarações fiscais apresentadas e proceder ao ajuste primário ou inicial¹⁵³ do imposto devido pela

¹⁵¹ É importante realçar que a OCDE reconhece explicitamente de que os ajustamentos aos preços de transferência, praticados pelas Administrações Fiscais “...*não afecta as obrigações contratuais que vinculam as empresas associadas a todos os níveis, **com excepção do fiscal**...*” (sublinhado nosso), para em seguida continuar a ser afirmado de que “...*os países Membros da OCDE chegaram a acordo no sentido de que, **para efeitos fiscais**, os lucros das empresas associadas podem ser ajustados (...) e assegurar, desse modo, o cumprimento do princípio de plena concorrência...*” (sublinhado nosso). Veja-se OCDE, “Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, itens 1.2 e 1.3 a pags. 35 e 36.

¹⁵² Veja-se IFA, “Les sociétés Internationales dans le droit fiscal national et international: l'influence des rapports existant entre des entreprises situées dans les pays différents sur la détermination des bénéfices imposables dans chacun des pays”, *VIII Congrés de IIFA*, Colónia, 20 a 30 de Setembro de 1954, Köln, Ed. IFA, a pags. 167 quando sugere que o “...*controle mais ou menos exercido sobre a filial (...) não pode considerar-se como uma presunção do estabelecimento de remunerações anormais...*”, ou seja, é aqui sugerido que o que se deve fazer é a comprovação efectiva de que a operação vinculada foi acordada entre as partes em condições anormais do mercado livre e independente.

¹⁵³ A OCDE, “Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, vem no “Glossário”, a pags. 26, dar-nos o conceito de “Ajustamento Primário”, como sendo aquele “*Ajustamento dos lucros tributáveis de uma sociedade, ao qual procede uma primeira Administração Fiscal no quadro da aplicação do princípio de plena concorrência a operações em que*

empresa residente. Atente-se que efectivamente a OCDE, desde então, o que estabelece é que “...los beneficios (...) que, de hecho no se han producido a causa de las mismas, pueden ser incluídos en los beneficios de esta empresa y sometidos a imposición en consecuencia...”, ou seja, não pretende que o “...Estado contratante...” fique prejudicado por tal relação especial e obtenha a mesma matéria colectável e o mesmo imposto que obteria se não houvessem aquelas “...condiciones aceptadas o impuestas, que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes...”.

Contudo, nem o MCOCDE, nem os Comentários, estabelecem o modo operativo para as Administrações Tributárias, que se sintam prejudicadas por via dos preços de transferência, poderem proceder às correcções necessárias de forma a recuperarem o imposto perdido através do ajuste primário, resultando daqui que apesar de ali ser reconhecido um «direito substantivo», não apresentam «normas adjectivas ou processuais» que permitam saber como se efectiva o princípio de plena concorrência – *arm’s length* – isto é, não há ali indicadores precisos em que consiste esse ajuste, nem como se deve realizar o mesmo, e, por conseguinte não estão ali determinados os métodos a utilizar para se quantificar o valor normal do preço de concorrência, o valor omitido à contabilidade e à declaração de impostos e, finalmente, o valor ainda devido ao Estado Contratante.

Daí que os Comentários do MCOCDE façam uma remissão expressa para os “*Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais*”, que “...representa[m] os princípios internacionalmente aceites e traça[m] as directrizes para a aplicação do princípio de plena concorrência, de que o Artigo 9.º constitui o enunciado que faz autoridade...”, pelo que resulta do exposto no n.º 1 do Comentário ao Artigo 9.º do MCOCDE que é naquele Relatório da “OCDE - Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais” que nós vamos encontrar a solução para conhecer as consequências e os métodos de determinação do valor normal de mercado no momento da aplicabilidade do mesmo¹⁵⁴.

intervenham uma empresa associada estabelecida num território que está sob a jurisdição de outra Administração Fiscal”; Veja-se também IFA (1996) em *Secondary Adjustments and Related Aspects of Transfer Pricing Corrections. Proceeding of a Seminar held in Toronto, Canada, in 1994 during the 48th Congress of the International Fiscal Association*, Holanda, Ed. Kluwer a pags. 21.

¹⁵⁴ Veja-se MCOCDE, “MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO – OCDE”, 2005, Lisboa, pags. 219, o n.º 1 do comentário ao artigo 9.º, de onde foi retirado o excerto que aqui transcrevemos, ficando assim patente de que os “*Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais*”, são uma

É assim patente que estas directrizes aplicáveis ao artigo 9.º do MCOCDE passam assim a fazer parte integrante daqueles comentários e adquirem o mesmo valor interpretativo das Convenções celebradas debaixo da alçada do MCOCDE¹⁵⁵.

Desde a publicação do Projecto de MOCDE, em 1963, que ficou patente que este Modelo de Convenção tinha sido estudado e desenvolvido por especialistas de países desenvolvidos, que tinham em vista a regulamentação internacional da problemática da tributação gerada em torno das relações comerciais e financeiras existentes entre esses diversos Estados.

O PMOCDE assentava no princípio da reciprocidade dos Estados, que tinha como pressupostos da repartição da tributação o princípio da residência como critério primário para a exigência do Imposto, seguido da redução da tributação no Estado da Fonte.

Fácil era de perceber que, sendo um modelo que pretendia satisfazer as necessidades dos países desenvolvidos, aqueles mesmos critérios não teriam aderência com a realidade dos países em vias de desenvolvimento, porquanto, o fluxo de investimentos entre aqueles países é feito mais ou menos numa base de reciprocidade, enquanto o investimento entre os países desenvolvidos e em vias de desenvolvimento se faz praticamente no sentido daqueles para estes¹⁵⁶, levando este facto a que, embora a tributação segundo o princípio da residência pudesse levar a alguma perda de receita fiscal por parte desses países, havia por parte dos países em

interpretação autêntica feita pela OCDE sobre as regras aplicáveis ao princípio de *arm's length*, e por tal, devem considerar-se integrados no próprio MCOCDE e seus comentários.

¹⁵⁵ É claro que os diversos Estados só podem proceder à aplicabilidade do princípio de *arm's length* se na sua legislação interna tiverem normas fiscais que o permitam.

¹⁵⁶ Sobre a movimentação dos investimentos entre países desenvolvidos e em vias de desenvolvimento, veja-se ONU, em "Tax Treaties between Developed and Developing Countries", *Doc.E/4614.ST/ECA/110*, New York, UN Publications, Sales No: E.69.XVI.2, 1969, pags. 9; Veja-se também MUTÉN, L., "Double Taxation Conventions Between Industrialised and Developing Countries", *IFA, Double Taxation Treaties Between Industrialised and Developing Countries; OECD and UN Models, A Comparison*, Boston, Ed. Kluwer, vol. 15, 1992, pags. 3; Sobre esta questão dizia FIGUEROA, A.H., "Comprehensive Tax Treaties", *IFA, Double Taxation Treaties Between Industrialised and Developing Countries; OECD and UN Models, A Comparison*, Boston, Ed. Kluwer, vol. 15, 1992, pags. 11, que os países desenvolvidos "prejudicam os interesses dos países em desenvolvimento ao insistir em nivelar a carga tributária com a imposição deste modelo de convenção (da OCDE, que se baseia no princípio da residência) que restringe os legítimos recursos tributários dos Estados mais pobres debaixo do pretexto do estabelecimento de um instrumento que fomenta o fluxo de investimento para os ditos países".

desenvolvimento um sacrifício acrescido que não se encontrava plasmado com outras compensações económicas estabelecidas nas eventuais CDTs¹⁵⁷.

O CAF concluiu que havia pouca aderência à celebração de CDTs entre países desenvolvidos e em vias de desenvolvimento, porquanto, “...los *convennios tradicionales no resultan aceptables para los países en desarrollo*...”¹⁵⁸, conclusão a que chegou também o Grupo de Especialistas *ad hoc* criado em 1968 pela Secretaria da ONU, ao afirmar que para os países em desenvolvimento “...el *patrón de convenios fiscales establecido (...) por los países desarrollados no parecia acomodarse a las necesidades de los países en desarrollo*...”¹⁵⁹.

Tendo em vista a falta de adaptabilidade do PMCOCDE aos países em vias de desenvolvimento, a ONU criou um Grupo de Especialistas¹⁶⁰ para que desenhassem uma alternativa ao «livro azul» da OCDE, ou seja, ao PMCOCDE, que não se preocupasse tanto com a neutralidade fiscal para os países exportadores de capital, através do princípio da residência, mas com a neutralidade dos países em desenvolvimento, e importadores de capital, através do princípio da fonte. Ou seja, pretendia-se que os investidores nos países em desenvolvimento não ficassem por esse facto sujeitos a uma maior tributação do que aquela que já tinham no Estado de residência, quer este aspecto fosse conseguido por via de uma redução fiscal total, quer fosse por incentivos fiscais dados pelo país em que foi feito o investimento¹⁶¹.

Após o decurso de oito reuniões deste Grupo de Especialistas da ONU, foi apresentado, em 1980, o «livro amarelo», ou também designado Projecto de Modelo de Convenção da ONU – PMCONU, projecto este que se baseava no princípio da

¹⁵⁷ Veja-se sobre esta questão a ONU, *Tax Treaties between Developed and Developing Countries*, Doc.E/4614.ST/ECA/110, New York, UN Publications, Sales No: E.69.XVI.2, 1969, pags. 9 e 10.

¹⁵⁸ Texto retirado de GEMMA SALA GALVAÑ, *Los Precios de Transferência Internacionales. Su Tratamiento Tributário*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, pags. 86.

¹⁵⁹ Texto constante em ONU, *Tax Treaties between Developed and Developing Countries*, Doc.E/4614.ST/ECA/110, New York, UN Publications, Sales No: E.69.XVI.2, 1969, pags. 7.

¹⁶⁰ Este Grupo de Especialistas foi criado pela Secretaria-geral da ONU, sob proposta da Resolução n.º 1273 (XLIII), de 4 de Agosto de 1967, do Conselho Económico e Social, e constante no Anexo I em ONU, *Tax Treaties between Developed and Developing Countries*, Doc.E/4614.ST/ECA/110, New York, UN Publications, Sales No: E.69.XVI.2, 1969, pags. 26. Este Grupo de Especialistas, que não representava nenhum Estado, era contudo composto por especialistas de países desenvolvidos e em vias de desenvolvimento, consistindo o seu mandato em “*explorar (...) vias que facilitem a conclusão de convenções fiscais entre países desenvolvidos e em vias de desenvolvimento, incluindo a formulação, se considerar apropriado, de eventuais guias e técnicas, para a sua utilização em relação às ditas convenções, que sejam aceitáveis para os dois grupos de Estados e que garantam os seus interesses tributários*”

¹⁶¹ Veja-se ONU, *Tax Treaties between Developed and Developing Countries*, Doc.E/4614.ST/ECA/110, New York, UN Publications, Sales No: E.69.XVI.2, 1969, pags. 5 e 7.

fonte através da sujeição a quatro condições, ou seja, que a tributação do rendimento gerado pelo capital estrangeiro deveria incidir sobre o seu valor líquido, a tributação na país da fonte não deveria ser elevada para não desincentivar o investimento estrangeiro, que se deve levar em conta a conveniência de repartir a tributação sobre os rendimentos tributáveis com os países da proveniência do investimento e, por último, que os países de residência criem medidas para reduzir a dupla tributação internacional em tudo idênticas às contidas no MCOCDE¹⁶².

Toda a base de trabalho deste Grupo de Especialistas da ONU foi o trabalho já desenvolvido pela OCDE, com especial referência ao PMCOCDE, e depois de 1977 o MCOCDE.

Da análise que é feita ressalta um facto importante, qual seja, de que sempre aceitaram como único método possível para os preços de transferência a solução encontrada pela OCDE através do artigo 9.º do MCOCDE, pelo que decidiram manter integralmente no MCONU este mesmo artigo¹⁶³ e, até, no «Manual para a negociação das convenções fiscais bilaterais entre países desenvolvidos e em desenvolvimento»¹⁶⁴, do ano de 1979, reproduziram integralmente o seu articulado, assim como os seus comentários, reservas e observações¹⁶⁵.

Resulta dali que a ONU faz as mesmas recomendações aos preços de transferência que faz a OCDE^{166 167}. Esta linha de rumo continua a ser seguida pela

¹⁶² Veja-se ONU, *Report of the Group of the Experts on Tax Treaties between Developed and Developing Countries on the Work of its eighth Meeting*, Doc. ST/ESA/1, New York, UN Publications, Sales No. E.80.XVI.1, 1980, pags. 4.

¹⁶³ Em ONU, *Tax Treaties between Developed and Developing Countries*, Doc. E/4614.ST/ECA/110, New York, UN Publications, Sales No. E.69.XVI.2, 1969, pags. 15 diz claramente que “...It was generally agreed that this article (artigo 9.º do MCOCDE) might remain unchanged...”

¹⁶⁴ De acordo com o que consta em ONU, *Manual for the Negotiations of Bilateral Tax Treaties Between Developed and Developing Countries*, Doc. ST/ESA/94, New York, UN Publications, Sales No. E.79.XVI.3, 1979, aqui contêm-se todos os Relatórios elaborados pelo Grupo de Especialistas, tratados de forma homogênea.

¹⁶⁵ Sobre esta questão veja-se ONU, *United Nations Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries*, Doc. ST/ESA/102, New York, UN Publications, Sales No. E.80.XVI.3, 1980, pags. 27 e 105.

¹⁶⁶ Veja-se ONU, *Manual for the Negotiations of Bilateral Tax Treaties Between Developed and Developing Countries*, Doc. ST/ESA/94, New York, UN Publications, Sales No. E.79.XVI.3, 1979, pags. 35 em que no Manual da ONU se escrevia que “Where the text of a guideline reproduces the provision of an article of the OECD Model Convention, it should be construed as having the same meaning and being subject to the same reservations as that article, and should be interpreted in the light of the OECD commentary”

¹⁶⁷ Sobre a comparação entre o MCOCDE e o MCONU veja-se OWENS, J., “The Main Differences Between The OECD and The United Nations Model Convention”, OCDE (1996c), *Tax Treaties. Linkages Between OECD Member Countries and Dynamic Non-Members Economies*, Paris, OECD Publications, 1996, pags. 49 a 56.

ONU, porquanto, na revisão que fez em 1999 ao MCONU, com intuito de o adaptar à modificações entretanto feitas pela OCDE desde 1980¹⁶⁸, manteve na íntegra nos novos comentários ao artigo 9.º do MCONU a sua linha de rumo de alinhamento com a OCDE ao fazer uma remissão expressa aos Relatórios sobre preços de transferência da OCDE, como princípios a seguir por todos os Estados Contratantes que celebrem convenções que tenham por base o seu MCONU.

É patente que a ONU estabeleceu no seu MC o princípio da livre concorrência – *arm's length* – como único critério que permite às Administrações Fiscais proceder a um ajuste primário ou inicial, quando a matéria colectável é influenciada pelos preços de concorrência praticados por uma empresa residente relativamente às operações comerciais e financeiras com empresas do mesmo grupo e localizadas noutros países, ou seja, as duas organizações internacionais equacionam as mesmas premissas e as mesmas soluções para o mesmo problema¹⁶⁹.

Os Estados Unidos da América têm vindo a criar desde há bastantes anos Modelos de Convenção sobre Dupla Tributação que utilizam como modelo nas suas negociações com outros Estados para a celebração das CDTs.

Apesar dos EUA terem celebrado CDTs com base no PMCOCDE, de 1963¹⁷⁰, o facto é que o Departamento do Tesouro dos EUA publicou em 16 de Junho de 1981 um MCEUA^{171 172}, cujo fim lógico era servir de padrão às negociações encetadas com outros Estados para a elaboração de CDTs, modelo este que tem sofrido alterações ao longo das décadas que se seguiram, nomeadamente com a publicação em 20 de

¹⁶⁸ Veja-se ONU, *United Nations Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries*, Doc.ST/ESA/PAD/SER.E/21, New York, UN Publications. Sales No.E.01.XVI.2, 2001, pags. XXII quando se afirma que “The work of the Group reflects: (i) the 1992, 1994, 1995 and 1997 revisions to the OECD Model Conventions, which continues to be the basic for many provisions of the United Nations Model Conventions”.

¹⁶⁹ Atente-se na afirmação contida em ONU, *United Nations Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries*, Doc.ST/ESA/PAD/SER.E/21, New York, UN Publications. Sales No.E.01.XVI.2 – 2001, pags. 138 quando ali se diz “In regard to transfer pricing (...) the Contracting States will follow the OECD principles which are set out in the OECD Transfer Pricing Guidelines. These conclusions represent a internationally agreed principles an the Group of Experts recommend that the Guidelines should be followed for the application of the arm's length principle which underlines the article”

¹⁷⁰ Sobre esta temática veja-se VOGEL, K., *United States Income Tax Treaties*, Deventer, Ed. Kluwer, 1992, pags. 57 a 74

¹⁷¹ Sobre este MCEUA veja-se PICCIOTTO, S., *International Business Taxation. A Study in the Internalization of Business Regulation*, New York, Ed. Quorum Books, 1992, pags 353 a 369, onde se conclui, entre muitos outros aspectos que este MC tem na sua base o MCOCDE.

¹⁷² Este MC não foi o primeiro dos EUA conforme VOGEL, K., *United States Income Tax Treaties*, Deventer, Ed. Kluwer, 1992, pags. 415 e 416 onde faz uma comparação entre o MCEUA de 1977 e o MCEUA de 1981.

Setembro de 1996 de um novo MCEUA e do que actualmente têm em vigor publicado em 15 de Novembro de 2006 sob a designação de «UNITED STATES MODEL INCOME TAX CONVENTION OF NOVEMBER 15, 2006»¹⁷³

Em relação à tributação das operações vinculadas, matéria que aqui nos interessa, os Modelos de Convenção que os EUA têm criado permitem que cada um dos Estados contratantes altere a distribuição dos lucros das empresas integradas em grupos multinacionais, de modo a reflectirem o princípio de plena concorrência ou seja a aplicabilidade das condições praticadas entre empresas independentes.

É que o n.º 1 do artigo 9.º do MCEUA tem seguido muito de perto o que se encontra plasmado no n.º 1 do artigo 9.º do MCOCDE¹⁷⁴. Apesar deste tratamento segundo o princípio internacional de livre concorrência entre empresas independentes, o facto é que desde o MCEUA de 1977 que este artigo 9.º comportava o parágrafo terceiro (§ 3.º), cuja intenção era que o conteúdo do n.º 1 do artigo 9.º não limitasse a aplicabilidade das disposições fiscais internas dos Estados Contratantes, porquanto o parágrafo 3.º daquele artigo 9.º do MCEUA previa que fossem aplicadas as disposições fiscais desses Estados Contratantes que permitissem *“distribuir, repartir o imputar ingresos, deducciones, créditos o rebajas entre personas, sean o no residentes del Estado Contratante, participadas o controladas directa o indirectamente*

¹⁷³ Veja-se a página da Internet da “Internal Revenue Service” www.irs.gov.

¹⁷⁴ Atente-se no que estabelece o n.º 1 do artigo 9.º do MCEUA (actual) e o n.º 1 do artigo 9.º do MCOCDE:

- Dispõe o n.º 1 do artigo 9.º do MCEUA, sob a epígrafe ASSOCIATED ENTERPRISES – “Where:
 - a) an enterprise of a Contracting State participates directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of the other Contracting State; or
 - b) the same persons participate directly or indirectly in the management, control, or capital of an enterprise of a Contracting State and an enterprise of the other Contracting State,
 and in either case conditions are made or imposed between the two enterprises in their commercial or financial relations that differ from those that would be made between independent enterprises, then any profits that, but for those conditions, would have accrued to one of the enterprises, but by reason of those conditions have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly”.
- Dispõe o n.º 1 do artigo 9.º do MCOCDE, sob a epígrafe ASSOCIATED ENTERPRISES – “Where:
 - a) an enterprise of a Contracting State participates directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of the other Contracting State, or
 - b) the same persons participate directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of a Contracting State and an enterprise of the other Contracting State,
 and in either case conditions are made or imposed between the two enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly”.

*por los mismos intereses siempre que sea necesario para evitar la evasión fiscal o para reflejar claramente los rendimientos de cualquiera de esas personas*¹⁷⁵.

A pretensão dos Estados Unidos da América era evidente ao acrescentarem este parágrafo 3.º, porquanto consistia em evidenciar a aplicabilidade do seu direito fiscal interno sobre as operações vinculadas, designadamente a Secção 482 do IRC, ou seja, demonstrando assim que o conteúdo normativo do n.º 1 do artigo 9.º do seu Modelo de Convenção era uma complementação às suas normas internas sobre os preços de transferência, pensamento jurídico que estava de acordo com a apelidada “*saving clause*” constante do n.º 3 do artigo 1.º daquele MCEUA, em que era permitido aos EUA tributar os seus nacionais “*como si este no hubiera entrado en vigor*”¹⁷⁶.

É evidente que com estas duas regras, que todas as CDTs que com elas se conformassem, permitiam a aplicabilidade de normas internas sobre as relações entre empresas dos grupos multinacionais que discordavam com o princípio *at arm's length* estabelecido no n.º 1 do artigo 9.º daquele MCEUA¹⁷⁷.

A posição aqui tomada pelos EUA coincidia com a sua posição perante o MCOCDE de 1977 quando ali exprimiu a sua reserva à aplicabilidade do princípio de plena concorrência, sugerindo que a sua cobertura legal fosse muito mais ampla, ao dizerem, sob o n.º 12, que os “*United States believes that this Article should be applied (...) to income, deductions, credits or allowances, not just to profits*”.

Desde que o Departamento do Tesouro dos EUA publicou em 20 de Setembro de 1996¹⁷⁸ um novo MCEUA, seguido pelo modelo em vigor e que foi publicado em 15 de Novembro de 2006¹⁷⁹, que desapareceu o n.º 3 ao artigo 9.º, passando desde então a ter apenas dois números como tem o artigo 9.º do MCOCDE, tendo os EUA

¹⁷⁵ Texto retirado de GEMMA SALA GALVAÑ, *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003 – a pags. 90.

¹⁷⁶ Retirou-se o texto de GEMMA SALA GALVAÑ, *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, a pags. 91.

¹⁷⁷ Isto mesmo assume VOGEL, K., *United States Income Tax Treaties*, Deventer, Ed. Kluwer, folhas encadernadas, 1992, pags. 417, quando afirma que “*Under this general reservation, the United States is free to apply Code section 482 (...) even to the extent that provisions contain non-arm's length pricing principles (e.g. profit split allocations, commensurate with the income standard) that violate article 9(1) (...) The effect of both of this provisions (art. 1(3) y 9(3) is to undermine severely the impact of Article 9(1) of the US Model...*”.

¹⁷⁸ Veja-se U.S. TREASURY DEPARTMENT, “U.S. Model Income Tax Conventions of September 20, 1996”, *Daily Tax Treasury Documents. Highlights & Documents*, September 23, 1996, pags. 3619 a 3629.

¹⁷⁹ Veja-se em www.irs.gov “United States Model Income Tax Convention of November 15, 2006”.

apresentado como argumento para esta modificação, o facto de que aquele número 3 do artigo 9.º dos anteriores MCEUA apenas levantava alguma confusão e não trazia qualquer objectividade nova, porquanto as normas legais internas sempre seriam aplicáveis desde que os pressupostos fossem diferentes ou desde que fossem de âmbito mais lato que as previstas nas CDTs, não se esquecendo por exemplo que as normas legais internas dos EUA permitiam tanto os ajustes iniciais na base tributável como as deduções ao imposto da empresa vinculada, isto é eram ali permitidos os “ajustes correlativos”.

É que partindo do princípio que as CDTs contêm cláusulas que consagram o conceito de *arm's length*, apesar de ali não se encontrarem devidamente elencados todos os procedimentos para levar a sua aplicabilidade até às últimas consequências, pelo que são os Estados contratantes que nas suas leis internas tratam destes aspectos jurídicos. Os EUA têm assim na sua legislação interna normativos próprios para tratar destas questões, designadamente aquela que foi muito criticada¹⁸⁰ e que se designa por *Super-royalty Rules*¹⁸¹, por ser considerada incompatível com o *arm's length principle*, apesar do Departamento do Tesouro a ter considerado conforme àquele princípio¹⁸²

Em jeito de conclusão, e depois do que acabamos de expor, devemos contudo afirmar que apesar dos EUA no seu MC seguirem os mesmos critérios previstos no MCOCDE sobre as operações vinculadas e praticadas entre empresas internacionalmente ligadas por domínio, directo ou indirecto, no seio do grupo, ou seja o princípio de plena concorrência, ou conceito de comparabilidade com operações praticadas entre empresas independentes, e de nas Explicações Técnicas ao seu MCEUA apelarem a este conceito e ao seu desenvolvimento na sua legislação interna¹⁸³, o facto é que com os MC e as suas Explicações Técnicas, que ao longo dos

¹⁸⁰ Neste sentido veja-se HOSSON, F.C., *Transfer Pricing for Intangibles . A Commentary on the White Paper*, Deventer, Ed. Kluwer, 1989.

¹⁸¹ Esta norma foi aditada em 1986 à secção 482 do IRC, em que se estabelece a possibilidade de a Administração Fiscal dos EUA procederem a ajustes periódicos dos rendimentos recebidos pelas concessões de licenças de direitos de propriedade industrial, de longa duração, resultantes de contratos entre empresas vinculadas.

¹⁸² O U.S. TREASURY DEPARTMENT, “U.S. Model Income Tax Conventions of September 20, 1996”, *Daily Tax Treasury Documents. Highlights & Documents, September 23, 1996*, pags. 3644, sob o § 126 afirma que “The implementation of this standard (the “commensurate with income” for determining appropriate transfer prices for intangibles) in the section 482 regulations is in accordance with the general principles of paragraph 1 of Article 9 of the Convention, as interpreted by the OECD Transfer Pricing Guidelines”.

¹⁸³ Vejam-se as Explicações Técnicas criadas pelo Departamento do Tesouro dos EUA sobre o seu MC em www.irs.gov em “UNITED STATES MODEL TECHNICAL EXPLANATION ACCOMPANYING THE

tempos tem criado, mais não fazem do que unilateralmente tentarem impor a sua visão nas negociações que estabelecem com os outros Estados tendentes às celebrações de CDTs, ficando apenas os outros Estados que consigo contratam a conhecer antecipadamente as “regras do jogo” que advêm daquela potencia económica mundial¹⁸⁴.

iv. **Guias Internacionais da OCDE e da ONU sobre os Preços de Transferência**

o **A OCDE e a criação de Guias Internacionais**

A OCDE escreve no seu primeiro Guia¹⁸⁵ sobre preços de transferência que o «Objectivo do relatório» era «...expor, sempre que seja possível fazê-lo, as considerações a ter em atenção e as práticas geralmente acolhidas com vista à determinação dos preços de transferência para fins fiscais...», acrescentando em seguida que «...a sua importância prende-se não só com o facto de contribuir para uma melhor identificação pelas administrações fiscais dos problemas suscitados pelos preços de transferência, mas também porque aponta às empresas soluções satisfatórias (...) a esses problemas fiscais...», pretendendo com isto dar corpo à capacidade de resolver a problemática do princípio de plena concorrência já constante do «...projecto de convenção fiscal da OCDE de 1963...», vertido no artigo 9.º e constante também em igual «...artigo 9.º do Modelo de Convenção da OCDE, de 1977...», onde é reproduzido na íntegra.

UNITED STATES MODEL INCOME TAX CONVENTION OF NOVEMBER 15, 2006” onde esclarecem que “*This Article (ARTICLE 9 (ASSOCIATED ENTERPRISES)) incorporates in the Convention the arm's-length principle reflected in the U.S. domestic transfer pricing provisions, particularly Code section 482.*”, contudo, logo no início lembram que “ *The Technical Explanation is an official guide to the Convention. It reflects the policies behind particular Convention provisions, as well as understandings reached with respect to the application and interpretation of the Convention* “.

¹⁸⁴ Tenha-se em atenção que os MC criados pela OCDE, assim como os seus comentários, resultam da aprovação através de instrumentos internacionais que são oriundos de uma organização internacional em que os seus parceiros – Estados Membros (onde se incluem agora também as participações e as posições dos Estados não-Membros) deliberam, através dos seus altos funcionários especialistas, que os representam, a sua aceitação do conteúdo final de um MC e seus comentários interpretativos, ou na aprovação de um Relatório, não sendo assim um instrumento que represente a posição unilateral de um só Estado, mas o resultado de negociações entre partes interessadas e representantes de um critério unânime de todos os Estados membros da OCDE. Veja-se sobre esta temática DOERNBERG, R.L. e VAN RAAD, K, *The 1996 United States Model Income Tax Convention. Analysis, Commentary and Comparison*, Holanda, Ed. Kluwer Law Internacional, 1997, pags. 2

¹⁸⁵ Sobre uma referência exhaustiva acerca da elaboração de todos os Relatórios da OCDE sobre a problemática dos preços de transferência, veja-se por todos GEMMA SALA GALVAÑ, *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, a pags. 94.

No mesmo relatório é igualmente chamada a atenção que «este mesmo princípio foi acolhido pelo grupo de peritos das Nações Unidas sobre as convenções fiscais entre países desenvolvidos e países em vias de desenvolvimento...»¹⁸⁶ e, acrescentamos nós, que este mesmo princípio já vem do Modelo de Convenção da Sociedade das Nações que, apesar de nunca ter chegado a entrar internacionalmente em vigor, por nunca ter sido aprovado pelo Conselho da Sociedade das Nações, o facto é que ali se previa o regime de tributação das operações vinculadas e praticadas entre empresas internacionais e juridicamente independentes (como sejam as filiais ou os grupos de sociedades) submetidas ao princípio da entidade separada e ao critério do princípio de plena concorrência – *arm's length*¹⁸⁷.

Há, assim, o reconhecimento expresso de que existe um princípio de plena concorrência aplicável às relações inter-empresariais no seio do grupo multinacional que é preciso desenvolver através de um conjunto de hipotéticas soluções que consigam levar à prática a densificação daquele princípio, reconhecendo-se que não existiam tais soluções no seio das legislações dos vários Estados¹⁸⁸. Ou seja, apesar das CDTs que seguiam o MCOCDE terem já integrado o princípio de plena concorrência às relações no seio dos grupos multinacionais, o facto é que nem esses Estados tinham na sua legislação interna normas que exaustivamente levassem à prática esse conceito¹⁸⁹, nem a própria OCDE tinha ainda encontrado soluções para

¹⁸⁶ Veja-se a OCDE, *RELATÓRIO SOBRE PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA E EMPRESAS MULTINACIONAIS – 1979*, traduzido para português pelo Centro de Estudos Fiscais da Direcção-Geral dos Impostos (1985) em “PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA E EMPRESAS MULTINACIONAIS – RELATÓRIO DO COMITÉ DOS ASSUNTOS FISCAIS DA OCDE DE 1979”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL* n.º 144, pags.13, 15, 16 e 34.

¹⁸⁷ De acordo com CARROLL, M, *Taxation of Foreign and National Enterprises. Methods of Allocating Taxable Income*, V. IV, Genebra, Ed. League of Nations Publications, Do. Off. No. C.425(b).M.217(b).1933.II.A, parágrafo 628 no seu Relatório estabelecia-se que “As the conduct of business between a corporation and its subsidiaries on the basis of dealings with an independent enterprise obviates all problems of allocation, it is recommended that, in principle, subsidiaries be not regarded as permanent establishments of an enterprise but treated as independent legal entities; and if it is shown that the inter-transactions have been carried on in such manner as to divert profits from a subsidiary, the diverted income should be allocated to the subsidiary on the basis of what it would be earned had been dealing with an independent enterprises”.

¹⁸⁸ Veja-se em IFA, “Criteria for Allocation of Items of Income Whether or not Parties to Tax Conventions. XXVe Congrès International de droit financier et fiscal”, *Cahiers de droit International*, Vol. LXIb, Washington, 1971, o que vários autores dizem sobre esta problemática. Ali refere BECHINIE, R que na Áustria “pouca importância se tem dado ao problema da repartição dos proveitos e despesas entre as empresas associadas e situadas em diferentes países”, pags. II/95; ANDERSSON, E afirma que na Finlândia “esta classe de problemas podem não ocorrer na prática”, pags. II/185; STROBL, J afirma acerca do estudo conducente à elaboração do primeiro Relatório que “... o esquema do relatório geral tem por base exemplos que até agora raramente ocorreram na Alemanha...”, pags. II/46; OBERSON, R afirma que na Suíça “...não existe regulamento que estabeleça o método de como e quando se aplicam estas regras...”, pags. II/346.

¹⁸⁹ Veja-se em IFA, “Criteria for Allocation of Items of Income Whether or not Parties to Tax Conventions”, XXVe Congrès International de droit financier et fiscal, *Cahiers de droit International*, Vol. LXIb,

aplicar tal conceito, dado que também os comentários ao MCOCDE não aportavam caminhos sólidos e seguros que solucionassem as situações ali submissíveis.

Temos que reconhecer que neste aspecto os EUA desenvolveram normas fiscais sobre a problemática dos preços de transferência em 1968 com a aprovação de regulamentação do *arm's length principle*, constante da Secção 482 do IRC, onde constavam métodos que levariam à determinação do valor de mercado e a sua consumação, com intuito último de determinar a matéria tributável das suas empresas e obter os seus tributos¹⁹⁰, facto que era geralmente contrariado pelos restantes Estados onde não havia normas internas, ou se existiam apenas indicavam o princípio *at arm's length* como caminho a seguir sem mais nada a acrescentar, ou casos havia de implementação de um sistema unitário.

Por exemplo, se se atentar no que vem escrito no Relatório Carroll de 1933 e naquilo que nos chegou do Congresso da IFA de 1971, acerca da distribuição internacional dos lucros gerados no seio das empresa multinacionais e fruto das suas operações vinculadas a nível do grupo internacional, depressa concluiremos que durante esse largo tempo eram escassos os passos dados pelos Estados para a tomada de consciência deste problema e, mesmo que tivessem integrado aquele princípio de plena concorrência no seu direito interno, não tinham desenvolvido as normas necessárias e suficientes para que o levassem há prática.

Assim, é forçoso concluir que, independentemente do tempo que tal desiderato levasse a concluir, havia de chegar o momento em que a OCDE, como fórum por excelência de discussão internacional, teria que ir densificando regras que levassem à

Washington, 1971, o que vários autores dizem sobre esta problemática. Assim ali refere NEEMAN, Y que em Israel “as disposições legais para determinar as atribuições e os ajustes estão muito pouco desenvolvidas (...). Não existe nenhuma estipulação geral sobre o modo de se fazerem as atribuições” – pags. II/225; COCCO, L refere que em Itália “...os problemas tributários derivados das operações entre empresas vinculadas (...) não são facilmente solucionados com base na legislação vigente...”, pags. II/239; SPIERDIJK, F refere que na Holanda “...não existem regras escritas nem directrizes e há relativamente pouca jurisprudência que sirva de base para a aplicação do princípio de *arm's length* na prática...”, pags. II/269; CORREIA E VALE, M.L. refere que em Portugal “...as autoridade fiscais nunca utilizaram esta faculdade nem publicaram qualquer regulamento que o desenvolvesse [o princípio de plena concorrência]...”, pags. II/290; E ali refere DAVIDSON, D.F.A. que no Reino Unido “...não existem regulamentos nem outra informação publicada que explique os critérios que devem ser utilizados para aplicar o princípio de *arm's length* (...). As autoridades fiscais aplicam mais um juízo comercial do que critérios estandardizados...”, pags. II/309.

¹⁹⁰ Veja-se sobre esta temática o que escreve RITTER, W., “General Report”, IFA, “Allocation of Expenses in International Arm's Length Transactions of Related Companies”, *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. LXb, Holanda, Ed. IFA, 1975, pags. I/60 a I/61. Ali se escreve que «só os Estados Unidos possuem um guia administrativo sobre repartição internacional dos lucros empresariais obtidos através dos preços de transferência internacionais»

aplicabilidade do princípio de plena concorrência que criou no seu MC e que ali comentou, de forma a conseguir-se concretizar o montante da matéria colectável e os tributos dali inerentes, que possibilitassem levar à prática os necessários ajustes.

Foi este o objectivo do Relatório de 1979 e de todos os outros que se lhe seguiram, bem como dos que se continuaram a produzir, os quais se integram nos próprios comentários do MCOCDE¹⁹¹ e que os múltiplos países vão integrando nas suas legislações ou práticas administrativas e que servem amplamente de referência às inúmeras decisões dos tribunais sobre esta temática.

○ **A ONU e a criação de Guias Internacionais**

A ONU publicou em 1979 um “Manual” que contém “Sugestões para a atribuição de proveitos e despesas relacionadas com pagamentos de bens, tecnologia e serviços relacionados com as transacções entre entidades vinculadas”¹⁹², onde se integraram um conjunto de possíveis critérios de determinação do valor de mercado em relação a operações vinculadas e de âmbito internacional sobre empréstimos, transferência de bens materiais e imateriais e de prestação de serviços.

A ONU, consciente de que o problema dos preços de transferência não era apenas dos países desenvolvidos, mas que abrangia também as economias dos países em vias de desenvolvimento¹⁹³, resolve tomar a seu cargo a tarefa de elaborar um guia¹⁹⁴ sobre a repartição dos proveitos e despesas gerados no âmbito das

¹⁹¹ Não podemos deixar de transcrever o que a OCDE diz no comentário ao artigo 9.º do MC. “O Comité tem consagrado muito tempo e esforço (e continua a fazê-lo) ao estudo das condições de aplicação do presente Artigo, às consequências dessa aplicação e às metodologias aplicáveis com vista ao ajustamento dos lucros sempre que as transacções sejam realizadas em condições que não sejam de plena concorrência. As conclusões desse estudo estão descritas no Relatório intitulado «Princípio aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais», periodicamente actualizado com o objectivo de ter em linha de conta a evolução dos trabalhos do Comité sobre esta temática. Este Relatório representa os princípios internacionalmente aceites e traça as directrizes para a aplicabilidade do princípio de plena concorrência, de que o Artigo 9.º constitui o enunciado que faz autoridade”. Veja-se MCOCDE em OCDE, “MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO – OCDE”, 2005, Lisboa, pags. 219.

¹⁹² Neste sentido ONU, *Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties Between Developed and Developing Countries*, Doc: ST/ESA/94, New York, UN Publications, Sales No. E.79.XVI.3, 1979, pags 112 a 145.

¹⁹³ Veja-se ONU, *Report of the Group of Experts on Tax Treaties between Developed and Developing Countries on its Fifth Meeting*, Doc. ST/ESA/18, New York, UN Publications, Sales No. E.75.XVI.1, 1975, pags. 13 e 20

¹⁹⁴ Em ONU, *Tax Treaties between Developed and Developing Countries. Sixth Report . Part I*, Doc. ST/ESA/42, New York, UN Publications, Sales No. E.76.XVI.3, 1976, pags. 71 e 72, afirma o Grupo de Especialistas que há países que já têm normas que respondem ao problema dos preços de transferência, contudo outros há que, apesar de reconhecerem o princípio de *arm's length*, limitam-se a aplicá-lo caso a

empresas multinacionais inter-relacionadas no seio de grupos multinacionais, e assim, tomando por base a regulamentação americana de 1968¹⁹⁵, assim como a sua prática administrativa, o congresso da IFA sobre esta temática, de 1969 e 1971, e os trabalhos até então desenvolvidos pelo Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE, procedeu aos estudos necessários que levaram à elaboração daquele “Manual”.

Este guia sobre a temática dos preços de transferência estabelece assim como critério padrão nas relações inter-empresariais, no seio dos grupos multinacionais, o princípio da livre concorrência, ou também designado do princípio da independência mútua entre as partes, que permite às Administrações Fiscais proceder aos ajustamento necessários ao lucro tributável quando as empresas não o tenham seguido e, em consequência fazer os ajustamentos primários ou iniciais de forma a obter o imposto devido, mas também ali foram desenvolvidos os mecanismos necessários aos procedimentos de consulta mútua, com base nas CDT negociadas pelos países implicados, o desenvolvimento dos mecanismos necessários ao procedimento amistoso necessários à consumação dos MAP - *Mutual Agreement Procedure*¹⁹⁶, tudo conforme ao trabalho iniciado, pelo Grupo de Especialistas sobre convenções fiscais, a partir da sua quinta reunião.

Comparativamente o “Manual” da ONU e o “Guia sobre preços de transferência” da OCDE de 1979 não têm grandes diferenças relativamente ao seu conteúdo, à sua estrutura e também em relação à sua vinculação em relação aos países que o aplicam¹⁹⁷. Contudo, naquele momento talvez tenha sido um pouco mais ambicioso, porquanto queria não apenas ajudar a encontrar soluções ligadas aos procedimentos

caso sem que tenham um substrato jurídico devidamente implementado, pelo que sugerem que “A primeira tarefa das autoridades competentes é harmonizar os critérios de aplicação do princípio de *arm's length* aos Estados Contratantes (...) desde que os problemas de atribuição dos rendimentos se converteram, cada vez mais, numa parte importante das relações de fiscalidade internacional, é desejável que as autoridades competentes desenvolvam um guia apropriado para o manejo destes problemas”.

¹⁹⁵ Sobre os documentos enviados pela Administração Fiscal dos EUA à Secretaria da ONU, veja-se ONU, *Issues relating to Tax Treaties between Developed and Developing Countries. Report of the Secretary-General to the Group of Experts*, 1975, pags. 63 a 83 e 84 a 123.

¹⁹⁶ Veja-se ONU, *Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties Between Developed and Developing Countries*, Doc: ST/ESA/94, New York, UN Publications, Sales No. E.79.XVI.3, 1979, pags 102 a 111, acerca dos procedimentos necessários à execução de um MAP e das consequências dos ajustes correspondentes.

¹⁹⁷ Afirma-se em ONU, *Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties Between Developed and Developing Countries*, Doc: ST/ESA/94, New York, UN Publications, Sales No. E.79.XVI.3, 1979, pags 112 que “Este capítulo pode requer uma revisão numa etapa posterior à luz do trabalho sobre preços de transferência que actualmente se estão a levar a cabo pelo Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE”, demonstrando-se aqui da interligação da ONU à OCDE, acrescentando a pags. 113 que o fim do seu Guia era “...estabelecer um marco básico para um enfoque informado à autoridades fiscais dos problemas que se lhes apresentam na liquidação dos lucros das empresas multinacionais que operam nas suas jurisdições fiscais...”.

amigáveis que os países iniciassem entre si e que fossem fruto dos ajustes iniciais levados a cabo pelas Administrações Fiscais, mas ajudar também a servir de guia para a criação de eventuais métodos de determinação do princípio de plena concorrência, através de acordos consumados pelos países que tenham entre si celebrado CDTs e como forma especial de acordo amigável, fim este, que segundo é do nosso conhecimento, não chegou a ser consumado.

III. MEDIDAS DA OCDE PARA DETERMINAÇÃO DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

- **A Convenção Modelo da OCDE e os Guias Internacionais da OCDE sobre os Preços de Transferência**
 - **Conceito de operações vinculadas**

A questão fiscal subjacente à utilização dos preços de transferência prende-se com as consequências resultantes de uma eventual manipulação de valores fiscalmente relevantes para efeitos do cálculo do imposto devido pelo sujeito passivo numa perspectiva inerente ao fenómeno da evasão e fraude fiscais.

Embora o conceito de Preço de Transferência, analisado na sua globalidade operativa, seja capaz de abarcar um tal conteúdo realístico, não pode ignorar-se que a regulamentação dos preços de transferência, não pode ser apegada à estrita presunção de que, por detrás do "preço estabelecido entre sujeitos dependentes", estará sempre um princípio de acção orientado para a fraude e evasão ao pagamento dos tributos.

O Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE ¹⁹⁸ chama a atenção para o facto de as questões inerentes aos preços de transferência estarem ligadas à problemática da fraude e da evasão fiscais, em virtude de aqueles poderem ser utilizados para esses fins e, também para o facto de não se poder ignorar, como se verá, que as próprias características dos Preços de Transferência contêm intrinsecamente riscos de distorção e instrumentalização tributária susceptíveis de ocasionar distorções económicas correlativas à impropriedade do apuramento da situação tributária ¹⁹⁹.

Entende-se perfeitamente que este problema merece uma especial atenção no tocante às operações desenvolvidas no interior de empresas associadas, onde as respectivas operações não sofrem necessariamente da mesma maneira como sucede perante empresas independentes, nas quais, as condições das suas relações

¹⁹⁸Veja-se neste sentido a OCDE, "Preços de transferência e empresas multinacionais – Relatório do Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE de 1979", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 144, Lisboa, 1985

¹⁹⁹ Assim, DUARTE BARROS, "Metodologias na Determinação do Preço de Plena Concorrência, Perspectiva da Administração Fiscal", *Conferência da Associação Portuguesa de Consultores Fiscais*, Lisboa, 1999, pags. 1

comerciais e financeiras são disciplinadas pelas regras dinâmicas do mercado, sujeitando-se assim à influência directa dos mecanismos de mesmo mercado, como é reconhecido pela OCDE ²⁰⁰.

É, tendo em atenção a eventualidade de manipulação dos Preços de Transferência que pelas mais variadas razões relacionadas com a concreta gestão das unidades empresariais podem ocorrer manipulações dos preços atribuídos aos bens e serviços transaccionados, podendo assim resultar que a natureza e o montante dos pagamentos efectuados entre elementos do grupo possam ser influenciados por considerações de ordem fiscal ²⁰¹.

Mesmo que os motivos inerentes a tal modelação económico-financeira possam ser determinados por uma diversidade de factores sem qualquer índole de natureza fiscal, admitem-se entre outras, como prováveis motivações para a manipulação de preços de transferência, razões relacionadas com a flutuação cambial, restrições económicas, instabilidade política, vantagens competitivas, parceiros estrangeiros, relações públicas e relações interpessoais ^{202 203}, entre outras, não se podendo ignorar que as manipulações dos preços contratados entre entidades dependentes acabam sempre por ter influência na determinação da matéria tributável do contribuinte, que a adapta com base em valores que, mesmo sendo reais, são distorcidos pela existência de relações propiciadoras de uma fixação artificial dos preços acordados.

Tendo presente aquela realidade, os doutrinadores do direito fiscal internacional tomaram como critério orientador da determinação dos preços de transferência o "princípio de plena concorrência" que, tal como consta no n.º 1 do art.º 9.º da MC OCDE, é configurado na posição adoptada por “ ... *duas empresas* [associadas], [quando] *nas suas relações comerciais ou financeiras, estiverem ligadas por condições*

²⁰⁰ Neste sentido veja-se a OCDE “Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 35

²⁰¹ Veja-se neste contexto a OCDE, “Preços de transferência e empresas multinacionais – Relatório do Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE de 1979”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 144, Lisboa, 1985, pags. 12

²⁰² Veja-se MARIA TERESA VEIGA DE FARIA, “Preços de transferência – Problemática geral – A Internacionalização da Economia e a Fiscalidade”, *Colóquio Comemorativo do XXX Aniversário do Centro de Estudos Fiscais*, Lisboa, 1993, pags 404

²⁰³ Veja-se também FERNANDO ROCHA ANDRADE, “Preços de transferência e tributação de multinacionais: As evoluções recentes e o novo enquadramento jurídico português”, *Separata do Boletim de Ciências Económicas da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. XLV-A, Coimbra, 2002, pags. 310 e segs.

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" ²⁰⁴.

A primeira questão que há que conhecer é a de se saber qual o fundamento para a existência de empresas associadas ali referidas pela OCDE e que vêm estabelecidas no referido artigo 9.º do MCOCDE.

Se se atentar no conceito de empresas associadas dada pelo n.º 1 do artigo 9.º do MCOCE, estabelece-se ali que:

1. Quando:

a) *uma empresa de um Estado Contratante participa, directa ou indirectamente, na direcção, no controlo ou no capital de uma empresa do outro Estado Contratante; ou*

b) *as mesmas pessoas participam, directa ou indirectamente, na direcção, no controlo ou no capital de uma empresa de um Estado Contratante e de uma empresa do outro Estado Contratante,* ^{205 206}.

O que a OCDE levanta neste artigo é a temática do domínio como forma de influenciar a tomada de decisões e, por via disso, a capacidade de fixação de preços de transferência entre empresas do grupo multinacionais diferentes daqueles que seriam acordados entre empresas independentes.

Hão-de assim conhecer-se previamente estes conceitos de domínio que ali são estabelecidos.

²⁰⁴ Veja-se OCDE, "Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, a pags. 37

²⁰⁵ Veja-se o n.º 1 do artigo 9.º do MCOCDE, extraído de OCDE em "MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO – OCDE", 2005, Lisboa, pags.40 e 41.

²⁰⁶ Atente-se que a MCEUA tem disposição em tudo semelhante, e que dispõe assim: "Article 9 ASSOCIATED ENTERPRISES 1. Where: **a)** an enterprise of a Contracting State participates directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of the other Contracting State; or **b)** the same persons participate directly or indirectly in the management, control, or capital of an enterprise of a Contracting State and an enterprise of the other Contracting State," – Veja-se o MCEUA no site da Internet www.irs.gov.

O que está aqui em causa é que a pertença a um grupo leve a que tal facto tenha uma influência decisiva na tomada de decisões negociais que sejam capazes de afectar o imposto final a que certo e determinado Estado se ache com direito^{207 208}.

Por isso, a “Direction Général des Impôts” de França, indica aos seus contribuintes que entende que “La Notion de Groupe” significa uma existência de laços de dependência entre as diferentes empresas que o compõem, porquanto uma delas participa directamente na direcção, no controlo ou no capital de outra, ou então as duas empresas são detidas ou estão sob a mesma influência dum terceira empresa ou do mesmo grupo, para em seguida nos indicar que essa influência pode ser de direito ou de facto.

Diz-nos aquela Administração Tributária que se está perante uma dependência de direito se eventualmente uma empresa estrangeira detêm sobre outra empresa em França, directa ou indirectamente mais de 50% do capital ou da maioria absoluta dos votos na assembleia de accionistas, para, logo de seguida indicar que há dependência de facto se uma empresa estrangeira exercer sobre uma empresa francesa, directa ou indirectamente um verdadeiro poder de decisão, ou seja, a empresa dominante ter

²⁰⁷ PINTO FURTADO, J.H., *Curso de Direito das Sociedades*, Coimbra, Almedina, 2001, a pags. 373 ss indica-nos que “A relação de domínio verifica-se quando uma sociedade, dita dominante, pode exercer sobre a outra, directa ou indirectamente, uma influência dominante, presumindo-se esta quando, directa ou indirectamente, detiver uma participação maioritária do capital, dispuser de mais de metade dos votos ou tiver a possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou do órgão de fiscalização. A relação de grupo é susceptível de formar-se sob alguma das seguintes modalidades: a) de domínio total inicial, que o Código (das Sociedades Comerciais) permite admitindo expressamente que uma sociedade (por quotas, anónima ou comandita por acções) possa constituir, mediante escritura pública por ela outorgada, uma sociedade anónima de cujas acções ela seja inicialmente a única titular) de domínio total subsequente, que se configura ipso jure quando directa ou indirectamente, o domínio seja total, por não haver outros sócios ou accionistas na sociedade dependente; c) de grupo paritário que se forma por contrato através do qual duas ou mais sociedades constituam um grupo que aceite submeter-se a uma direcção unitária e comum; d) de subordinação que se constitui por um contrato através do qual uma sociedade subordina a sua própria actividade à direcção de outra sociedade, quer seja sua dominante quer não.

²⁰⁸ MARTÍN ZAMORA, P. e BONSÓN PONTE, E., “Los Grupos de Sociedades”, *La Nueva Regulación del Impuesto sobre Sociedad. Regímenes Especiales*, t. II, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 1996, classifica os vários graus de domínio societários da seguinte forma: “1. Dominio directo Es aquel que ejerce una sociedad dominante por la posesión de acciones de una sociedad dependiente. Se ejerce un dominio directo total cuando la dominante pose la totalidad de las acciones de la dependiente, y un dominio directo parcial se la dominante posee tan solo una parte del capital de la dependiente; 2. Dominio indirecto. Es aquel que se realiza a través de una tercera sociedad, es decir, una sociedad dependiente de una sociedad dominante es, a su vez, dominante de otra entidad; 3. Dominio mutuo o recíproco. Se produce cuando hay una inversión recíproca en el capital de dos sociedades, o sea, una sociedad dependiente controlada mayoritariamente por una sociedad dominante, adquiere participaciones en el capital de la dominante o cuando las dos sociedades se cruzan participaciones entre sí; 4. Dominio triangular. Aparece en el caso de conjunción de dominio directo e indirecto; 5. Dominio circular. Es aquel en el cual cada sociedad domina a otra en triángulo cerrado. En este caso, es preciso que el grupo este formado al menos por tres sociedades; 6. Dominio complejo. Es el que se efectúa por combinación de otras formas primarias de dominio, es decir, en un grupo coexisten relaciones recíprocas y circulares”

capacidade de impor condições económicas à outra empresa, exemplificando como formas de domínio indirecto a existência de contratos que imponham um certo e determinado preço fixo à venda de produtos, quando as empresas partilham o mesmo nome e utilizam os mesmos representantes com a partilha das ordens de daí vêm, quando há contratação de uma empresa sobre a outra para a fabricação e venda em exclusivo para uma delas onde interfere na gestão e na comercialização desses mesmos produtos^{209 210 211}.

²⁰⁹ Veja-se DIRECTION GÉNÉRALE DES IMPÔTS, *Les Prix de Transfert – Guide à l’usage des PME*, Ministère de l’Économie des Finances et de l’Industrie, France, 2006, em que nos dá a seguinte noção. *“LA NOTION DE GROUPE La notion de groupe suppose l’existence de liens de dépendance entre les différentes entreprises qui le composent. Deux entreprises sont dépendantes –et donc appartiennent à un même groupe – si l’une d’elle participe directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital de l’autre ou si les deux entreprises sont détenues ou sont l’influence d’une même entreprise ou d’un même groupe. Le lien de dépendance peut être juridique (de droit) ou de fait. La dépendance juridique (ou de droit) – Une entreprise française est placée sous la dépendance d’une entreprise étrangère lorsque cette dernière possède directement ou indirectement une part prépondérante dans son capital ou la majorité absolue des droits de vote dans les assemblées d’actionnaires ou d’associés. En pratique, la détention de la majorité du capital (plus de 50% suffit à caractériser la dépendance. La dépendance de fait – Il y a dépendance de fait si l’entreprise étrangère exerce dans l’entreprise française directement ou indirectement un véritable pouvoir de décision (ou inversement). Elle existe, par exemple, dans les cas suivants: - une entreprise française qui est liée par un contrat avec une entreprise étrangère qui lui impose le prix de produits vendus; - deux entreprises française et étrangère qui ont le même nome t qui utilisent le concours des mêmes représentants et se partagent les commandes recueillies par ces représentants; - une entreprise qui fabrique en France de biens sous une marque détenue par un résident étranger sans contrat de licence alors que l’entreprise étrangère achète la totalité de la production de l’entreprise française et intervient dans la gestion et dans la commercialisation en France des produits vendus à des clients indépendants. La dépendance de fait se caractérise donc par la capacité d’une entreprise à imposer des conditions économiques à une autre entreprise.”*

²¹⁰ Sobre o modo como pode ser exercido o domínio de uma sociedade sobre outra diz-nos GHARBI, N., *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L’Harmattan, 2005, que *“(La) domination de la société mère sur une autre société, il faut détenir «50% au moins» des droits de vote.. Le taux de «50% au moins» est également celui retenu par le Conseil des Communautés Européennes dans la proposition de directive CEE de 1969. Ainsi, il faut que la société dominante détienne la majorité absolue des suffrages susceptibles de s’exprimer, car réserve de la protection des intérêts des actionnaires minoritaires. Le pouvoir de direction, dont il s’agit, peut s’exercer directement ou indirectement par l’intermédiaire de participations dans d’autres sociétés dépendantes. Aussi, seront considérées comme placées sous le contrôle d’une société ou personne morale agréée, les sociétés de capitaux français ou étranger dans lesquelles la société ou la personne morale agréée détient ou vient à acquérir 50% au moins des droits de vote directement ou indirectement”*.

²¹¹ A Administração Tributária dos Estados Unidos expõe sobre esta temática o seguinte comentário em UNITED STATES MODEL TECHNICAL EXPLANATION ACCOMPANYING THE UNITED STATES MODEL INCOME TAX CONVENTION OF NOVEMBER 15, 2006 , consultável no sítio da internet www.irs.gov sob a análise ao artigo 9.º da MCEUA, *“This paragraph is essentially the same as its counterpart in the OECD Model. It addresses the situation where an enterprise of a Contracting State is related to an enterprise of the other Contracting State, and there are arrangements or conditions imposed between the enterprises in their commercial or financial relations that are different from those that would have existed in the absence of the relationship. (...) The paragraph identifies the relationships between enterprises that serve as a prerequisite to application of the Article. As the Commentary to the OECD Model makes clear, the necessary element in these relationships is effective control, which is also the standard for purposes of section 482. Thus, the Article applies if an enterprise of one State participates directly or indirectly in the management, control, or capital of the enterprise of the other State. Also, the Article applies if any third person or persons participate directly or indirectly in the management, control, or capital of enterprises of different States. For this purpose, all types of control are included, i.e., whether or not legally enforceable and however exercised or exercisable”*.

De igual forma a OCDE, nos comentários que faz ao artigo 1.º, e quando ali apresenta a discussão sobre o «abuso de tratados» – *treaty shopping* – indicam como critério para que uma pessoa seja considerada como «pessoa qualificada» que a sociedade seja detida em pelo menos 50% da totalidade do direito de voto e do direito das acções ou das participações²¹². Ou seja, que haja capacidade de alguém interferir na forma como os negócios das empresas inter relacionadas são conduzidos e, por via disso, dispor de capacidade para modificar os preços de transferência tornando-os diferentes daqueles que seriam praticados pelas empresas do grupo caso agissem de forma independente, isto é, se agissem desprovidas daquela capacidade de imposição de vontades advinda da capacidade de “manejar” os preços como bem fosse entendido, pois para tal existe poder de decisão.

Do que expusemos fácil é concluir que, o que a OCDE pretende aqui é controlar, para efeitos fiscais, a capacidade de decisão que os domínios directos e indirectos, das partes que compõem o grupo, têm dentro dos grupos de forma a tentarem obter um resultado global que lhes seja mais favorável em detrimento das receitas do Estado em que está implantado um desses elementos do grupo, ao utilizarem preços de transferência internos diferentes daqueles que utilizariam empresas independentes que estivessem na mesma posição e efectuassem as mesmas transacções. Ou seja, tratam-se de “operações vinculadas” praticadas por essas empresas do grupo nas suas relações inter-empresariais, pretendendo-se que dessa relação de domínio haja um controle efectivo de uma empresa sobre outra - ou outras, tudo dependendo da dimensão do grupo – de modo, em última instância, a constituir-se uma “unidade económica” consubstanciada na maximização do lucro final do grupo.

A questão deriva do facto de as empresas nos mercados em que se inserem não estarem entre si sempre em constante luta competitiva, porquanto elas também podem relacionar-se através da cooperação que estabelecem entre si para melhor atingir os mercados em que estão inseridas e desse forma entrarem na luta competitiva com as demais, sendo esta cooperação que aqui nos interessa porquanto geram aquilo que é referido doutrinariamente pelo fenómeno de empresas vinculadas²¹³, cuja finalidade é traduzido pelo comportamento das empresas inter-relacionadas e

²¹² Veja-se a OCDE, “*MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO – OCDE*”, 2005, Lisboa, pags 78 e 79.

²¹³ Sobre esta temática veja-se MORENO FERNÁNDEZ, J.I., *La Tributación de las Operaciones Vinculadas*, Navarra, Aranzadi, 2003, a pags.37 e ss.

que pretendem uma transferência de benefícios entre elas pela fixação dos valores dos seus preços de transferência diferentes dos praticados por empresas independentes em condições normais de mercado, de modo que concentrem esses lucros naquela empresa que terá uma menor carga fiscal, tudo em detrimento dos cofres dos Estados em que estão inseridas, ou seja, tentarem assim diminuir os seus custos fiscais.

Estamos assim, em face deste vínculo especial entre as empresas do grupo, perante uma ausência de vontades contrapostas dentro do grupo que origina que as suas transacções económicas não sigam as leis da oferta e da procura, pelo que, por muitos diversos motivos, os preços das transacções entre elas não são os preços do mercado livre, preços estes designados por «preços de transferência», porque permitem transferir os lucros de umas sociedades para outras, por muitos e variados interesses, e entre eles se encontra a intenção de minorar a carga fiscal^{214 215}.

○ **O conceito de preço**

Assume a OCDE que os preços de transferência são os preços pelos quais uma empresa transfere bens corpóreos, activos incorpóreos ou presta serviços a empresas associadas, assumindo que pode revelar-se difícil determinar um preço de mercado aberto²¹⁶, ou seja, o que a OCDE pretende é conhecer, através da aplicação do princípio da plena concorrência, como é que as empresas independentes fixam os seus preços no mercado livre, para em seguida substituir, se for demonstrada essa necessidade, os preços de transferência pelos valores encontrados através das transacções praticadas pelas empresas não vinculadas.

²¹⁴ Para CALVO ORTEGA são dois os requisitos para que se possa qualificar uma operação como vinculada: *“Primero: El efecto tributario es parcialmente distinto (al menos para uno de los sujetos que intervienen en la operación) del que se hubiese producido normalmente o del que correspondería según el correspondiente ordenamiento tributario. Segundo: es necesario que entre los dos sujetos que intervienen en el hecho jurídico se dé una determinada relación preexistente al hecho mismo”*. Veja-se CALVO ORTEGA, R., em *Aspectos tributarios de las operaciones vinculadas y de los grupos de sociedades*, in *Grupos de Sociedades: su adaptación a las normas de las Comunidades Europeas*, Confederación Española de Organizaciones Empresariales/Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 1987, pags. 102.

²¹⁵ Sobre a problemática das consequências ligadas à tributação das operações vinculadas no tocante a sabermos se estamos perante ficções jurídicas, presunções legais do tipo de “iuris et de jure” ou “iuris tantum” ou ainda se estamos perante uma situação de “solidariedade tributária”, vejam-se os autores descritos em MORENO FERNÁNDEZ, J.I., *La Tributación de las Operaciones Vinculadas*, Navarra, Aranzadi, 2003, pags. 36 e 37.

²¹⁶ Veja-s OCDE, “Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 20 e item 1.2.

Conforme é assumido plenamente pela OCDE «a forma mais directa de determinar se as condições acordadas ou impostas entre empresas associadas são as condições de plena concorrência consiste em comparar os preços praticados no quadro de operações controladas entre estas empresas com os preços praticados no âmbito de operações comparáveis efectuadas entre empresas independentes», indicando de seguida nos três métodos por si preferíveis, que os mesmos consistem em «comparar o preço de um bem transferido ou de um serviço prestado no âmbito de uma operação controlada com o preço de um bem transferido ou de um serviço prestado no âmbito de uma operação em mercado aberto» - Método do preço comparável de mercado – acrescentando de seguida que no – Método do preço de revenda minorado - «o ponto de partida é o preço pelo qual um produto adquirido a uma empresa associada é revendido a uma empresa independente», para por fim vir indicar que no – Método do custo majorado – as operações realizadas devem conduzir à obtenção de «um preço que pode que pode ser considerado como o preço de plena concorrência»²¹⁷ (sublinhado nosso). Ou seja, tudo gira em torno do preço atribuível às operações em questão, quer sejam vista sob o prisma do preço praticado pelas empresas associadas, quer seja visto pelo prisma do preço praticado pelas empresas independentes.

A OCDE indica-nos que o «princípio de plena concorrência deve[-se] (...) aproximar o mais possível do justo valor do mercado», para acrescentar de seguida que «muitas administrações aduaneiras aplicam o princípio de plena concorrência com o critério de comparação entre o valor atribuído às mercadorias importadas por empresas associadas e o valor de artigos idênticos importados por empresas independentes»²¹⁸.

Infere-se do que acabamos de expor que a OCDE, no tocante à problemática dos preços de transferência, utiliza duas expressões distintas, a saber, o «valor normal de mercado»²¹⁹ e de «preço», pelo que é assim chegado o momento de conhecermos

²¹⁷ Veja-se OCDE, 'Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais', *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 20 itens 2.5, 2.6, 2.14 e 2.32.

²¹⁸ Veja-se OCDE, 'Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais', *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 20 itens 1.42 e 1.65.

²¹⁹ Diz SOAREZ MARTÍNEZ que «...por vezes, valor é uma relação entre um sujeito económico e um bem. Outras vezes, que se trata da apreciação, do juízo, de um sujeito económico, ou de um grupo social, sobre determinado bem. Assim, o problema económico do valor consistiria em determinar os factores de que depende esse juízo. Segundo alguns autores, tal juízo, tal apreciação, há-de depender do custo.

o que se deve entender por cada uma daquelas designações nas relações empresariais.

Se deitarmos mão de um qualquer dicionário de economia, depressa percebemos que há muitas vezes confusão entre preço e valor, porquanto preço será a quantidade de dinheiro que terá de ser entregue em troca de um bem ou serviço, porquanto os economistas referem muitas vezes a expressão «preço»²²⁰ para amplamente indicarem o pagamento que deve ser feito por uma mercadoria, independentemente desse pagamento ser feito em dinheiro ou noutro tipo de bens que se dão em troca, *in extremis*, no caso até da economia de troca directa.

Contudo o que está aqui em questão, quando se fala em valor, é o «valor de troca», ou seja, a quantidade de qualquer outro bem pelo o qual o objecto em questão é passível de ser trocado. Entra, então, aqui o conceito económico da «teoria do valor» e que consiste na análise dos factores que determinam as taxas de equilíbrio da troca directa, em que se troca um bem por outro, ou da troca indirecta, em que se troca um bem por dinheiro²²¹.

Significa isto que «valor» da coisa mais não é do que o equilíbrio com que as partes interessadas na troca de qualquer bem ou serviço o avaliam entre si, ou seja, no encontro de vontades em que um está disposto a abdicar da coisa e outro está disposto a adquiri-la dando e recebendo em troca outras coisas que reputam entre

Segundo outros, da utilidade. Na opinião de outros ainda, do custo e da utilidade conjuntamente. A teoria económica orienta-se, de preferência, neste último sentido..., para em seguida acrescentar que “... na actualidade, pelo menos as soluções pragmáticas do problema do valor implicam uma visão sincrética, dependendo tanto da utilidade como do custo. As economias monetárias projectam, necessariamente, o valor dos bens no plano dos preços que se estabelecem nos mercados. Esses preços resultam de um encontro entre vendedores e compradores, entre a oferta e a procura. Ora os vendedores acham-se normalmente limitados, quanto à aceitação de preços, pelo custo dos bens. E os compradores pela utilidade que esperam desses mesmos bens...”. Veja-se SOAREZ MARTÍNEZ, *Economia Política*, Coimbra, Almedina, 2005, pags. 114 e 124.

²²⁰ Diz SOAREZ MARTÍNEZ que “...não se entenderia o que é o preço sem se saber o que seja a moeda. Nem o que é o valor da moeda sem se esboçar uma noção de preço. Porquanto preço é o valor dos bens expresso em unidade monetárias, é a expressão monetária do valor dos bens. Em economias monetárias, o valor dos bens é geralmente expresso em moeda. E as vantagens desta, como instrumento geral de trocas, são inseparáveis das vantagens dos preços, isto é, da definição dos valores dos bens em unidades monetárias (...). São os preços que, pela sua elevação, advertem da raridade de certos bens, levando a restrições do consumo. É através dos preços que, na base das solicitações dos compradores, a produção dos bens aumenta ou diminui...”, acrescentando este mesmo autor a opinião de LÉON WALRAS em *Elements of Pure Economics* em que afirma que “...já se tem entendido o preço desligado das economias monetárias, como relação de valores de troca, como expressão do valor de troca de uma mercadoria por outra...”. Veja-se SOAREZ MARTÍNEZ, *Economia Política*, Coimbra, Almedina, 2005, pags. 628.

²²¹ Sobre estes conceitos veja-se GRAHAM BANNOCK, R.E., BAXTER R.E. e RAY REES, *Dicionário de Economia*, Lisboa, Verbo, 1987, pags. 325 e 441, sob as entradas “PREÇO (Price)” e “VALOR (Value)”.

elas de igual valor, sendo que, se a troca se fizer por dinheiro, então estaremos em presença do que normalmente se designa por «preço», sem prejuízo de se ter em atenção que esse conceito de «preço» pode, em termos económicos, ser mais amplo do que a simples recepção de apenas dinheiro.

Este preço²²², que deve resultar da combinação da liberdade contratual com a da liberdade de fixação dos preços, mais não é do que a representação subjectiva do valor atribuído ao bem ou serviço objecto de transferência entre as partes²²³, ou seja, o preço representa uma vontade querida pelas partes, representando assim a regra da comutatividade subjectiva. Isto é, a escolha objectivada no contrato é vista como o equivalente, foi concebida como tal pelas partes, logo, podemos dizer que o preço será justo²²⁴ porque ele corresponde a um acordo de vontades, desde que este seja livre e esclarecido.

Assim, em matéria de preços de transferência, o que o direito fiscal pretende é descobrir o preço que seja justo, entendido como a contrapartida equilibrada de um bem ou serviço que corresponda ao seu valor normal e razoável.

É claro que na determinação do preço de transferência o que o legislador faz é tentar encontrar um valor «objectivo» entre o bem ou o serviço e esse preço, necessariamente referenciado ao mercado livre, contudo esta «objectivação» do preço de transferência sempre deve resultar do jogo da oferta e da procura, ou seja, sobre um conjunto de elementos objectivos que fogem às partes inter-relacionadas²²⁵.

²²² Veja-se GHARBI, N., *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, pags. 121 quando nos diz que «...le prix est généralement entendu comme la «somme d'argent due par l'acquéreur d'un bien au vendeur»...», acrescentando logo de seguida que «...la notion de prix est une notion complexe parce qu'elle renvoie, selon nous, en réalité à la notion de valeur, elle-même aussi essentielle que difficile à nous appréhender. En effet, alors que le prix est une notion juridique, la valeur relève du fait, plus précisément du fait économique. Cette référence à la notion de valeur, à l'évidence source de difficultés, est fondamentale comme le suggère un auteur en écrivant que «[s]i l'étalon est la monnaie, le prix est l'expression monétaire de la valeur d'échange d'une unité de bien ou de service», para de seguida acrescentar que «...il est possible qu'un prix ne corresponde pas exactement à la valeur de la marchandise ou du bien qui fait l'objet de la transaction...»

²²³ Veja-se GHARBI, N., *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, a pags. 122 quando nos diz que «...le prix est la représentation subjective de la valeur, c'est-à-dire un fait abandonné à la volonté des parties...»

²²⁴ Diz BRUEL, O., *Politique d'achat et de gestion d'approvisionnement*, Paris, 2.^a edição Dunod, 1996, pags. 137 que «...On peut essayer de définir un «prix juste» comme «le prix de plus bas qui permet à l'entreprise d'obtenir la qualité désirée, sur l'horizon escompté du besoin, dans des conditions de sécurité raisonnables et de délais respectés...»

²²⁵ Veja-se GHARBI, N., *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, a pags. 123 quando nos diz que «...on comprend que cette valeur objectivement déterminée doit résulter du jeu de l'offre et de la demande, c'est-à-dire sur la base d'éléments objectifs échappant à la volonté des parties...»

Contudo esta «objectivação» do preço de concorrência sempre há-de ter uma apreciação subjectiva das partes inter-relacionadas, ou seja, a integrar até as decisões por elas fundamentadas, no sentido de ali se incorporarem as estratégias do grupo.

Esta «subjectivação» dos preços de transferência supõe assim a eficiência do mercado, ou seja, que o mesmo sempre há-de resultar de um preço justo encontrado pela sã vontade das partes.

Não nos devemos esquecer que a OCDE afirma, amiúde, que «a fixação dos preços de transferência não é uma ciência exacta e necessita de uma apreciação casuística por parte da Administração Fiscal e do contribuinte»²²⁶, adiantando logo que, por exemplo, quando um contribuinte queira «penetrar num dado mercado (...) pode praticar (...) um preço inferior», ou então que o «fabricante [pode] facturar (...) um preço inferior ao do mercado, no âmbito de uma estratégia de penetração do mercado»²²⁷, acrescentando que em face do reconhecimento de «que a fixação dos preços de transferência não é uma ciência exacta» sugere a aplicação de «um intervalo de valores»²²⁸, com o fundamento que todos os métodos para a determinação dos preços de transferência podem conduzir a valores aproximados mas não coincidentes, logo, a valores integrados de subjectividade, afirmando que não se deve proceder a qualquer ajustamento quando as operações vinculadas «se situarem dentro do intervalo de plena concorrência»²²⁹.

Aliás, como reconhece a própria OCDE, quando as partes negociam entre si de uma forma livre e espontânea, «examinam as diferentes opções de que dispõem e, na comparação dessas opções, tomam em consideração todas as diferenças susceptíveis de influenciar de modo significativo o valor das mesmas»²³⁰, ou seja,

²²⁶ Neste sentido OCDE “Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais” *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, item 1.12.

²²⁷ Veja-se OCDE “Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais” *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, item 1.33 e 1.34.

²²⁸ OCDE “Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais” *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, item 1.45.

²²⁹ Veja-se OCDE “Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais” *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, item 1.48.

²³⁰ OCDE “Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais” *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, item 1.16.

diríamos nós que o «justo preço» livremente determinado, não é mais do que a conjugação do princípio do mercado livre, com o princípio do homem de negócios prudente, tendo em atenção o princípio da liberdade de gestão com o princípio do acto normal de gestão.

Daqui há-de nascer um «preço de transferência de mercado livre» calculado em termos «objectivos», porque feito de uma equivalência objectiva entre determinado bem ou serviço e o seu valor «objectivado» através de uma necessária referência ao mercado livre e independente²³¹, contudo feito de um encontro entre este preço de mercado livre e independente e aquele preço porque «subjectivamente» foi feita a transacção entre as empresas inter-relacionadas e que procede das suas livres vontades de negociar²³², não esquecendo que o preço «objectivado» do mercado livre, que irá servir de comparação, é também um preço que se pretende determinado pelas partes independentes e que estariam «subjectivamente» dispostas a contratar entre si.

○ **A determinação do preço de plena concorrência**

Numa acepção geral, fundada numa filosofia de economia de mercado liberal e concorrencial, um preço há-de resultar de um equilíbrio entre a oferta e a procura, que se há-de traduzir num equilíbrio entre aquela equação²³³.

Este equilíbrio de preços de mercado livre é imposto às empresas integrantes de um grupo multinacional através da prática entre si de preços guiados pelo mercado concorrencial. Isto é, nas suas relações internas devem-se guiar pelas leis do mercado livre e concorrencial, como se se tratassem, entre si, de empresas independentes, de tal modo que as suas relações inter-empresariais não afectem os resultados fiscais, ou seja, que estes resultados fiscais sejam objectivos e sinceros, que se traduzam assim

²³¹ Sobre este aspecto afirma GHARBI, N., *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, a pags. 123 que « *s'entend d'une équivalence objective entre le bien ou le service et le prix, caractérisée nécessairement par la valeur réelle de ce bien ou de ce service. Aussi, c'est une valeur «objectivée» puisque son contenu est indépendant de l'estimation des parties et mesuré par une nécessaire référence au marché...* »

²³² Afirma GHARBI, N., *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, a pags. 124 que « *...refusant de nier systématiquement la spécificité de l'état de groupe. Le juge de l'impôt est amené à admettre, voire même à intégrer des décisions fondées sur la stratégie de groupe dans la fixation des prix de transfert. Cette «subjectivisation» progressive du prix de pleine concurrence, qui, sans condamner l'efficience même du marche, suppose que par identité, le juste prix puisse procéder de la seule volonté des parties...* »

²³³ Veja-se BREMOND, J. e SALORT, M. *Initiation à l'économie (Les concepts de base, les techniques, les grands économistes)*, Paris, Hatier ;

numa neutralidade advinda da prática nas relações inter-empresas do princípio de plena concorrência ou de mercado livre²³⁴.

Para estarmos perante a problemática dos preços de transferência, influenciadores da determinação da matéria colectável entre empresas associadas, é necessário que, além da existência de relações especiais, estejamos perante um desvio ou discrepância das condições concretamente acordadas entre as entidades vinculadas relativamente àquelas que seriam acordadas entre sujeitos independentes, sendo assim, firme, neste domínio, um nexo de causalidade que tem de ser necessariamente provado pelas administrações fiscais dos Estados envolvidos. Isto é, há-de ser necessariamente demonstrada a existência de "... relações especiais ..." e, mais especificamente, dos "... termos em que normalmente decorrem operações da mesma natureza entre pessoas independentes e em idênticas circunstâncias ..." ²³⁵, remetendo-se sempre as administrações fiscais para um confronto do valor de uma transacção entre empresas associadas com o preço que seria fixado ou acordado entre entidades independentes no seio de um mercado livre, tornando-se assente, assim, neste domínio, " ... a existência de um pressuposto objectivo - que preside à operatividade do instituto – que é constituído pela anormalidade do valor acordado entre empresas vinculadas que realizam uma determinada operação ... " ²³⁶.

A essência da questão para todos os intervenientes, quer sejam a generalidade dos operadores, quer sejam as administrações fiscais, quer em última instância os tribunais, é todos eles serem remetidos para a consideração do preço de plena concorrência, concretizado como o preço estabelecido entre sujeitos independentes para uma dada operação como expressão do livre mecanismo de mercado²³⁷ – *open market price* –, e sobre esta temática reconhece-se que a determinação dos preços de transferência – *dealing at arm's length* – não constitui uma "... ciência exacta ...", mas é fruto de constantes evoluções de aproximação à realidade do mercado livre ²³⁸, no sentido de permitir predefinir com exactidão todo o conjunto de possibilidades e

²³⁴ Este princípio está particularmente evidenciado no n.º 1 do artigo 9.º do MCOCDE.

²³⁵ Assim ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, Coimbra, 1993, a pags. 323.

²³⁶ Neste sentido veja-se GUGLIELMO MAISTO II *Transfer Price Nel Diritto Tributario Italiano e Comparato*, Padova, 1985, pags. 85.

²³⁷ Sobre este aspecto afirma GHARBI, N., *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, a pags. 128 : « En effet, un consensus dans la communauté fiscale internationale a été établi sur le sujet : les transactions entre entreprises apparentées doivent être effectuées sur la base des entreprises indépendantes, c'est-à-dire selon le critère du prix de pleine concurrence... »

²³⁸ Neste sentido veja-se PATRICK CAUWENBERGH, Does "The Arm's Length Standard Require a Flexible or a Rigid Interpretation?", *International Transfer Pricing Journal*, n.º 3, Maio-Junho de 1997, pags. 139.

traduzi-lo numa fórmula que nos leve a um resultado único e inequívoco quanto ao processo de apuramento de um valor *at arm's length* e, como são inúmeras as possibilidades, apenas a prática e a análise do problema concreto nos levará a decidir da metodologia a seguir na prossecução deste objectivo.

O alcance do princípio de plena concorrência permite-nos que, a partir dele, se extraiam directamente, desde logo, certos corolários e vectores orientadores a seguir na determinação do preço comparativo praticado entre entidades independentes e aquele que foi praticado entre entidades vinculadas.

A este propósito, a doutrina, partindo do relatório da OCDE²³⁹ de 1979, identifica como metodologia a seguir:

- A análise deverá incidir sobre transacções específicas, individualmente identificadas – análise transaccional;
- A transacção efectuada deve ser comparada com uma outra transacção igual ou semelhante inserida num contexto igual ou semelhante;
- Os termos legais dos contratos celebrados devem, em princípio, ser tidos em conta, designadamente, em matéria de obrigações emergentes;
- O preço de transferência a determinar deve tomar como base um mercado concorrencial e as práticas habituais nos negócios;
- A individualidade do contexto em que a transacção é efectuada deve ser respeitada, ainda que tal implique um desvio ao valor justo de mercado “*fair market price*”;
- A determinação do preço de plena concorrência deve ter em conta as funções desempenhadas pelas empresas associadas – análise funcional, que deve englobar, designadamente, a identificação e avaliação do risco económico, das obrigações e grau de responsabilidade de cada elemento do grupo^{240 241 242}.

²³⁹ Há uma mudança significativa no conteúdo dos Guias sobre preços de transferência da OCDE, porquanto em 1979 estabelecia que se devia ter como baliza de comparação o «Preço de plena concorrência» ou *arm's length price*, contudo em 1995 amplia o seu objectivo ao determinar que as condições estabelecidas ou impostas em operações controladas devem reflectir as condições normais do mercado, ou seja, reconhece assim que existem outros pressupostos que se devem ter em conta, não unicamente saber se os preços de transferência correspondem com os de plena concorrência, mas se a operação praticada por empresas do grupo corresponde ao princípio de plena concorrência, ou seja, vai agora a análise para além do preço. Para se conhecer a evolução dos relatórios sobre preços de transferência internacionais, veja-se HAY, D., “Past and Present Work in the OECD on Transfer Pricing and Select Issues”, *T.M.T.P. Report*, v. 3, n.º 6, 1994, pags. 324 a 326; ONU, “OECD Work on Transfer Pricing”, *Sétima Reunião do Grupo ad hoc de Especialistas em Cooperação Internacional de Questões Fiscais*, Genebra, 11 a 15 de Dezembro 1995;

²⁴⁰ Neste sentido veja-se MARIA TERESA VEIGA DE FARIA, “Preços de Transferência – Problemática Geral – A Internacionalização da Economia e a Fiscalidade”, *Colóquio Comemorativo do XXX Aniversário do Centro de Estudos Fiscais*, Lisboa, 1993, pags 412.

Tendo em conta a fisionomia caracterizadora do princípio de plena concorrência, pode, desde logo, defender-se que esse critério aponta, só por si, para uma metodologia susceptível de conduzir à determinação do preço concorrente que nos irá servir de comparação com a transacção realizada entre as empresas vinculadas.

Nessa linha de pensamento perfila-se todo um conjunto de métodos que directa ou indirectamente nos reconduzem a uma lógica de comparabilidade, apelando para a valoração de determinada transacção, em função da referência aos preços que seriam acordados entre sujeitos independentes em face de operações idênticas ou manifestamente análogas no âmbito de um mercado livre e concorrencial, logo não controlado²⁴³.

a. Os métodos tradicionais fundados sobre a comparabilidade de preços

Os múltiplos trabalhos²⁴⁴ da OCDE reflectem de uma maneira geral o consenso internacional sobre a temática dos preços de transferência, criando as linhas directrizes que orientam a comunidade internacional, desde as empresas multinacionais, as administrações fiscais e os tribunais, na determinação de preço de livre concorrência e nas mediadas necessárias à sua comparação com os praticados no seio de empresas controladas.

Estas linhas orientadoras criadas pela OCDE, apesar de não terem nenhum valor jurídico, porquanto não tem carácter de cumprimento obrigatório, são contudo de facto

²⁴¹ Neste sentido veja-se também FRANCESCA BALZANI, “Il Transfer Pricing”, AA. VV. (coordenação de VICTOR UCKMAR), *Corso Di Diritto Tributario Internazionale*, 2.ª edição, Padova, 2002, pags. 441 e segs.

²⁴² Veja-se igualmente GUGLIELMO MAISTO, *Il Transfer Price Nel Diritto Tributario Italiano e Comparato*, Padova, 1985, pags 101 e segs.

²⁴³ Veja-se RASSAT, P. e MONSELLATO, G., “Les prix de transfert et les entreprises multinationales. Une vue globale”, PUF/CEEIM, 1979, pags. 28 e ss, quando afirmam que “ Sur le marché libre où interviennent des entreprises indépendantes les unes des autres, le prix d'une transaction est fruit d'une négociation entre deux personnes morales qui n'ont entre elles d'autre lien que cette négociation. Ce prix est pleinement opposable à une administration fiscale – c'est-à-dire que l'administration ne peut le remettre en cause – du fait de principe de non-immixtion du fisc dans la gestion des entreprises. C'est ce prix, s'il existe, qui set de référence au prix de transfert.

Les entreprises associées sont présumées en revanche constituer un marché captif, c'est-à-dire un marché où la concurrence ne joue pas. Dans ce cadre, le prix est présumé soumis à une volonté unique supérieure à celle de l'entreprise : la volonté du groupe. En tant que tel, ce prix n'est pas opposable à une administration fiscale. Pour qu'il le soit, les entreprises associées doivent leurs prix de transfert de la même façon que deux entreprises indépendantes l'auraient fait sur une transaction comparable. Ce prix est alors considéré comme un juste prix que l'administration ne peut remettre en cause».

²⁴⁴ Para uma análise dos vários trabalhos da OCDE sobre esta temática veja-se DELORME, L. e CHARLES-PERONNE, D., “L'OCDE met à jour et compile ses publications en matière de prix de transfert”, *Option finance*, n.º 341, 1995, pag. 27.

imbuídas de um grande peso influenciador nas administrações fiscais no momento de regulamentarem e controlarem a matéria colectável e o imposto das empresas vinculadas, inspirando-as nas suas legislações contra a evasão e fraudes internacionais.

Por outro lado os contribuintes podem assim apoiar-se nas orientações emanadas da OCDE para prevenir as eventuais investidas das administrações fiscais, e para se defenderem nos tribunais, quando são alvo de alterações aos seus impostos por parte daquelas^{245 246}.

A OCDE, inspirada na legislação fiscal americana²⁴⁷, criou um conjunto de métodos tendentes ao estabelecimento do preço de plena concorrência, que fundamentalmente pretende estudar as características das transacções efectuadas entre as empresas do grupo, pelo que passamos a elencar os principais métodos tradicionais utilizados para comparação de preços entre transacções vinculadas com não vinculadas:

- O Método do Preço Comparável de Mercado, “*Comparable Uncontrolled Price Method*” (segundo a terminologia anglo-saxónica), ou “*Método del Precio Independiente Comparable*” (segundo a terminologia espanhola), ou “*Méthode du Prix Comparable sur le Marché Libre*” (segundo a terminologia francesa), também conhecido pela sigla “CUP” que, em rigor, se assume como a autêntica “... expressão típica do princípio – *dealing at arm's length* ...” e como o “... método mais directo de determinação do

²⁴⁵ Sobre este aspecto afirma GHARBI, N., *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, a pags. 128 quando afirma que « ...ces principes ont souvent inspiré les administrations fiscales dans l'élaboration de leurs législations de lutte contre l'évasion et la fraude fiscales internationales incluant, en général, les mesures permettant le contrôle des prix de transfert. En outre, les contribuables peuvent aussi s'aider des principes ainsi dégagés soit pour prévenir des redressements fiscaux, soit pour contrebattre, y compris devant le juge de l'impôt... »

²⁴⁶ A OCDE reconhece a influencia dos seus princípios, quer nas administrações, quer na empresas vinculadas, ao afirmar que “...Estes Princípios Directores visam auxiliar as Administrações Fiscais (quer dos países Membros da OCDE, quer dos países não-Membros) e as empresas multinacionais, apontando os meios que permitam mutuamente alcançar soluções satisfatórias para os problemas de preços de transferência, reduzindo ao mínimo os conflitos entre Administrações Fiscais e entre Administrações Fiscais e empresas multinacionais..” – Veja-se ponto 15 do Prefácio, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 21.

²⁴⁷ A OCDE assume claramente este subsídio que colheu dos EUA quando afirma que “...Estes princípios directores apoiam-se igualmente no estudo levado a cabo pela OCDE do projecto de regulamentação da aplicação do artigo 482 do código tributário dos Estados Unidos [ver o relatório da OCDE: Os aspectos fiscais dos preços de transferência praticados no seio das empresas multinacionais: as propostas de regulamentação americana (1993)]. Veja-se ponto 14 do Prefácio, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 21.

preço de plena concorrência ... ” ^{248 249} assim como o preferível em relação aos todos os outros.

- O Método do Preço de Revenda Minorado, “*Resale Price Method*” (segundo a terminologia anglo-saxónica), ou “*Método del Precio de Reventa*” (segundo a terminologia espanhola), ou “*Méthode du Prix de Revente*” (segundo a terminologia francesa), também conhecido pela sigla “*RPM*”, que é tido como o método “... mais adequado à determinação do preço de plena concorrência em operações comerciais de venda de bens ...” ^{250 251 252 253 254}.
- O Método do Custo Majorado, “*Cost Plus Method*” (segundo a terminologia anglo-saxónica), ou “*Método del Coste Incrementado*” (segundo a terminologia espanhola), ou “*Méthode du Coût Majoré*” (segundo a terminologia francesa), também conhecido pela sigla “*CPM*”, que se traduz no preço de custo acrescido de uma margem de lucro ^{255 256 257 258 259}.

²⁴⁸ Veja-se, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 50.

²⁴⁹ Assim GUGLIELMO MAISTO, *Il Transfer Price nel Diritto Tributario Italiano e Comparato*, Padova, 1985, a pags. 105

²⁵⁰ Neste sentido veja-se PAULA ROSADO PEREIRA “O Novo Regime dos Preços de Transferência”, *Fiscalidade*, n.º 2, ano 200, a pags 37.

²⁵¹ Veja-se neste sentido, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, a pags 71.

²⁵² Veja-se igualmente HERRERO MALLOL, CARLOS, *Precios de Transferencia Internacionales – Estudio Tributario y Microeconómico*, cit., p. 89

²⁵³ Veja-se também GUGLIELMO MAISTO “Transfer Pricing in the Absence of Comparable Market Prices”, *Cahiers de Droit Fiscal International*, Volume LXXVII, pags. 225.

²⁵⁴ Neste sentido também FRANCESCA NALZANI, “Il Transfer Pricing”, AA. VV. (coordenação de VICTOR UCKMAR), *Corso Di Diritto Tributario Internazionale*, 2.ª edição, Padova, 2002, pags. 431.

²⁵⁵ Neste sentido veja-se, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, a pags. 78 e segs; Veja-se também “OCDE – Preços de transferência e empresas multinacionais – Relatório do Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE de 1979”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 144, Lisboa, 1985, pags. 59 e segs

²⁵⁶ Veja-se HERRERO MALLOL, CARLOS, *Precios de Transferencia Internacionales – Estudio Tributario y Microeconómico*, Pamplona, 1999, pags. 90 e segs.

²⁵⁷ Veja-se igualmente GUGLIELMO MAISTO, “Transfer Pricing in the Absence of Comparable Market Prices”, *Cahiers de Droit Fiscal International*, Volume LXXVII, pags. 226.

²⁵⁸ Veja-se também FRANCESCA BALZANI, “Il Transfer Pricing”, AA.VV. (coordenação de VICTOR UCKMAR), *Corso Di Diritto Tributario Internazionale*, 2.ª edição, Padova, 2002, pags. 432.

²⁵⁹ Sobre o “*The cost-plus method*” vejam-se as opiniões escritas no *International Transfer Pricing Journal*, vol. 6, n.º 1, Jan.-Fev., 1999 por DANIEL DE CREM a pags. 15 e segs; por WILLIAM T. CUNNINGHAM a pags. 19; ANDREW CASLEY/AHMAD ABU-EL-ATA a pags. 20 e segs; por DELORIS R. WRIGHT/HARRY A. KEATES a pags. 26 e segs.

Estes métodos que fundamentam, como vimos, a sua essência na análise dos preços de transferência, tendo em atenção o estudo das características das transacções efectuadas entre as empresas do grupo, são apelidados dos métodos tradicionais, significando isto que há outros métodos aplicáveis, como reconhece a própria OCDE²⁶⁰, porquanto esta não tem a pretensão de esgotar esta matéria.

A própria OCDE criou já os chamados “Outros métodos”, que iremos analisar posteriormente, que têm por base o lucro das operações, isto é, enquanto os métodos apelidados de tradicionais se baseiam na determinação dos preços de transferência das operações em concreto analisadas, estes “Outros métodos” baseiam-se sobre uma rentabilidade das operações e da sua partilha entre as empresas inter-relacionadas, isto é, os métodos tradicionais fundamentam-se numa análise de comparabilidade dos preços das transacções e não questionam a rentabilidade das empresas.

1. O Método do Preço Comparável de Mercado²⁶¹

Este método consiste em comparar o preço de certo e determinado bem ou serviço transaccionado entre empresas do grupo, no âmbito de uma operação vinculada, com o preço praticado entre empresas independentes, no mercado aberto, em transacções praticadas em condições que sejam comparáveis.

Tem assim que se fixar o preço para uma transacção de um bem ou serviço em concreto, comparando-o com outro de características similares, introduzindo-se, se necessário, as correcções que se mostrem imprescindíveis para obter essa equivalência²⁶², para que se possam ter em conta as particularidades concretas em que se realizou a operação controlada e a que serve de comparação.

²⁶⁰ Veja-se a recomendação feita pela OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 66, Item 1,70 quando ali afirma que “...há que acolher qualquer método, desde que o mesmo seja aceitável para os membros do grupo multinacional que intervêm na operação ou nas operações em causa, e também para as Administrações Fiscais dos Países de que esses membros dependem...”

²⁶¹ Este método está disciplinado pela OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 68 a 71, itens 2.6 a 2.13.

²⁶² Sobre aspecto refere GHARBI, N., *Le Controle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, a pags. 132, que « ...de fait, un certain nombre de facteurs peuvent influer sur la fixation d'un prix, ce dont il faut tenir compte dans les termes de la comparaison... ».

Aqui, para se comparar o preço do mercado livre com o preço vinculado, deverá ter-se em conta o mesmo tipo de bem ou serviço transaccionado, a fase em que se encontra esse bem ou serviço, o mesmo momento de produção e de distribuição da transacção, quer se veja a nível do fabricante, do grossista, do retalhista ou do consumidor final, tendo-se em atenção as mesmas condições de venda, os volumes das transacções, os espaços geográficos em que elas se inserem^{263 264}.

Claro que não se pode esquecer o tipo concreto de bem ou serviço analisado e a sua forma de composição com outro ou outros tipos diferentes de transacções a si agregadas, ou seja, se por exemplo o bem é integrado com alguma prestação de serviços, se é um bem material final, semi-final, ou até em presença de um bem altamente especializado²⁶⁵ e apenas de fabricação restringida a um número muito baixo de empresas, ou se estamos apenas em presença de bens que são matéria prima de base, se perante bens incorpóreos *tout court*, tais como por exemplo patentes, marcas, *Know-how*, ou se estes estão integrados com bens materiais.

A análise de comparabilidade deve incidir sobre quatro pontos, isto é, sobre as características do produto ou do serviço em si, sobre uma análise funcional das empresas – quer das vinculadas, quer das que servem de comparação – sobre as cláusulas contratuais, sobre os enquadramentos económicos e as estratégias negociais²⁶⁶, porquanto, como entende a OCDE, ou todas as condições em que se

²⁶³ De acordo com GEMMA SALA GALVAÑ, *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, pags. 102, «...esas circunstancias comparables se centrarán en este método en la similitud del bien o servicio entregado o prestado en las operaciones a comparar, el volumen de ventas, el ámbito geográfico del mercado en el que se realizan estas transacciones, el tiempo en el que se celebran...»

²⁶⁴ Afirma DE LA VILLA GIL, J. M., *Precios de transferencia y empresas multinacionales*, Instituto de Planificación Contable, Madrid, 1986, pags. 46, que “...el precio de transferencia se fija en relación con las operaciones comparables realizadas entre un comprador y un vendedor que no forman parte de un mismo grupo. Las ventas en el mercado libre pueden comprender las que se efectúan por un miembro de una empresa multinacional a una parte no vinculada, las ventas hechas a un miembro del grupo por una parte no vinculada, así como las ventas en las que los participantes no pertenecen ni uno ni otro al grupo y tampoco están vinculados (aunque ellos puedan pertenecer a otros grupos). Las ventas en el mercado libre son, en resumen, aquellas en al menos uno de los participantes en la operación no forma parte del grupo de empresas al cual se halla vinculado el contribuyente; sólo se tomarán en consideración las operaciones de buena fe y no las ventas no representativas de la situación de mercado, por ejemplo, las ventas hechas en cantidades limitadas, a precios excepcionales...”

²⁶⁵ É por exemplo o caso da indústria electrónica ou da indústria farmacêutica. Veja-se FRANCIS LEFEBVRE (Editions) 1992, *TVA 1993. Conséquences pratiques de l'adaptation au marché unique*, Dossiers pratiques Francis Lefebvre, pags. 402 e ss.

²⁶⁶ De acordo com CAVESTANY MANZANEDO, M. A., “Los precios de transferencia en la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades, desde la perspectiva de las directrices de la OCDE de julio de 1995”, *Carta Tributaria (monografías)*, número 245, 1995, pags. 11 “... en cuanto a las características del producto a considerar figurarían: las propias características físicas, su calidad y fiabilidad y la disponibilidad y volumen de la oferta. En el caso de que fueran servicios habría que estudiar su naturaleza y extensión, y si se tratara de propiedad intangible, la forma de la transacción – licencia, marca, “Know-how”. La

realizaram as operações – controlada e aquela que vai servir de comparação –, quer seja visto sob o prisma das operações em concreto, quer sob o prisma das empresas em si, são em tudo semelhantes, pelo que não há necessidade de efectuar qualquer ajustamento, ou então as eventuais diferenças que existem – quer na operação que vai servir de modelo comparativo, quer na empresa independente – podem ser objecto de ajustamentos precisos de forma a eliminar essas diferenças materiais e assim podermos efectuar a comparação entre as transacções praticadas pelas empresas vinculadas e pelas independentes actuando no mercado livre, pois tudo depende da amplitude e da fiabilidade desses ajustamentos para sabermos se afectam ou não a análise comparativa que se pretende levar a cabo.

Este método é aquele que a OCDE assume como seu favorito, porquanto entende que é o método que se assume como o meio mais directo e fiável da aplicação do *arm's length principle*, dando-lhe, assim, preferência sobre todos os demais. Contudo esta organização não esconde que pode mesmo assim haver necessidade de complementar a aplicabilidade deste método com outros que se mostrem mais adequados, exigindo apenas que todos eles sejam apreciados em função das suas precisões relativas^{267 268}, para no último momento, se se verificarem

duración y el grado de protección, y los beneficios que pueden anticiparse por la utilización de la propiedad...”, acrescentando em seguida que “...en el analice funcional habrá que identificar y comparar diversas funciones: diseño, manufactura, ensamblaje, investigación y desarrollo, servicios, compras, distribución, marketing, publicidad, transporte, financiación y organización. Igualmente habrá que estudiar los activos empleados: el tipo de activos utilizados – ya sean planta o equipo –, el uso de intangibles valiosos, la naturaleza de los mismos – edad, valor de mercado, situación, grado de protección, etc. -. Por último, se considerarán los riesgos asumidos por las partes: riesgos de mercado como las fluctuaciones en el coste de los “inputs” u en el precio de los “outputs”; riesgos de pérdidas asociadas con la inversión en planta y equipo; riesgos de éxito o fracaso de las inversiones en investigación y desarrollo; riesgos financieros, y los causados por variaciones en el tipo de cambio y en los tipos de interés...”, dizendo em seguida, a pags. 12, que “...los términos contractuales definen, explícita o implícitamente, cómo las responsabilidades, riesgos y beneficios se dividen entre las partes. En las empresas independientes la divergencia de intereses de las mismas segura que de ordinario se ajusten a los términos del contrato. Por el contrario, en las empresas vinculadas, al no existir esas divergencias, habrá que estudiar si la conducta de las partes se ajusta a los términos del contrato o si su actuación indica que no se han seguido...”, e por último indica que “... las circunstancias económicas que son relevantes para determinar la comparabilidad del mercado incluyen: la localización geográfica, el tamaño del mercado, la relativa posición competitiva de compradores y vendedores, la disponibilidad de bienes y servicios sustitutivos, el nivel de la oferta y la demanda en el mercado en general y en una región en particular, el poder de compra del consumidor, la naturaleza y extensión de las regulaciones gubernamentales, el coste de producción, el coste del transporte, el nivel de mercado – al por mayor o al por menor – y la fecha de las transacciones...”, indicando como elementos essenciais a ter em conta na estratégia negocial que se “...tomará en cuenta varios aspectos de la empresa: grado de innovación y desarrollo de nuevos productos, grado de diversificación, capacidad de riesgo, valoración de los cambios políticos, leyes reguladoras del mercado laboral y demás factores que intervengan en la dirección diaria del negocio. También pueden incluirse esquemas de penetración en el mercado susceptibles de afectar a los costes y, en consecuencia, a los niveles de beneficio...”

²⁶⁷ Veja-se OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 69 e 70, Itens 2.7, 2.9 e 2.11.

diferenças que ultrapassem a margem de plena concorrência, se substituírem, para efeitos fiscais, os preços das operações controladas pelo encontrado no mercado livre e concorrencial²⁶⁹.

2. **O Método do Preço de Revenda Minorado**²⁷⁰

O método que acabamos de analisar pressupõe a existência de operações em mercado aberto que nos possa servir de modelo comparativo para a determinação do preço de plena concorrência, método aquele preferível pela OCDE em relação aos demais.

Na eventualidade de não existirem essas operações em mercado livre e concorrencial que nos possam guiar nessa busca, a OCDE criou outros dois métodos aplicáveis às operações controladas, que giram em torno de indícios menos directos que os preços, entrando aqui em linha de jogo as margens brutas dos lucros obtidos pelas empresas em transacções semelhantes às controladas, margens essas que serão o cerne da questão e objecto de comparação entre as empresas vinculadas e as do mercado livre e independente, fundamentadora do cálculo do preço de transferência entre as empresas inter-relacionas no seio do grupo²⁷¹.

O método do preço de revenda minorado²⁷², aplica-se à entidades vinculadas cuja essência da sua actividade seja a sua integração na cadeia de venda dos produtos como entidade meramente distribuidoras, em que ali cumpre a função comercial de adquirir produtos a outra empresa vinculada e de proceder à sua revenda

²⁶⁸ De acordo com GEMMA SALA GALVAÑ, *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, a pags. 102, “...El primero de ellos – el CUP – ha sido reconocido como el método más fiable de todos y preferible a todos los demás...”

²⁶⁹ Assim, é assumido por GEMMA SALA GALVAÑ, *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, pags. 102, quando ali escreve que “...Si éstos difieren, se llevará a cabo la sustitución del precio de transferencia por el precio independiente o de mercado, tomándolo como base para determinar los verdaderos beneficios imponibles de la entidad vinculada en sus relaciones comerciales con otros miembros de la empresa o grupo multinacional...”

²⁷⁰ Este método está disciplinado pela OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 71 a 78, itens 2.14 a 2.31.

²⁷¹ Veja-se neste sentido GEMMA SALA GALVAÑ, *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, pags. 103, quando escreve que “...los márgenes brutos de beneficios obtenidos por las empresas independientes en una transacción similar a la vinculada constituirán el elemento clave de comparación en el que se fundamenta la aplicación del principio de plena competencia – esto es, la correcta regularización de los precios de transferencia – en el método del precio de reventa y en el del coste incrementado...”

²⁷² Sobre uma análise deste método, veja-se GHARBI, N., *Le Controle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, a pags. 133 e 134.

a terceiros independentes, não fazendo acrescento de valor ao produto de modo que o altere substancialmente, ou então à sua identidade^{273 274}.

O que se pretende obter com este método é também o preço de certa e determinada transacção vinculada, pelo que o ponto de partida do mesmo consiste na necessidade de se conhecer o preço do bem adquirido a uma empresa vinculada e que foi objecto de venda a outra empresa independente. A esse preço de revenda deduziremos uma margem de lucro bruto apropriada, que representa o montante a partir do qual se considera que o revendedor cobre as suas despesas de vendas e outras despesas de exploração, tendo em conta as funções que assume, isto é, de acordo com os activos utilizados e os riscos assumidos, não esquecendo eventuais correcções de outros custos ligados à compra do bem, como por exemplo os encargos aduaneiros, realiza um lucro bruto apropriado²⁷⁵, pelo que obteremos assim um preço de plena concorrência que será aplicável à transacção praticada pelo revendedor com o seu fornecedor vinculado²⁷⁶.

²⁷³ Assim o assume a OCDE, "OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, a pags. 70, 73 e 74, Item 2.14 quando ali escreve que "...Este método revela-se provavelmente mais útil quando é aplicado a operações de comercialização (marketing)...", acrescentando em seguida no item 2.19 que "...quando as operações em mercado aberto e as operações vinculadas são comparáveis em todas as suas características com excepção das que dizem respeito aos produtos transferidos, o método do preço de revenda minorado pode constituir um indicador mais fiável da conformidade com o princípio de plena concorrência do que o MPC..." (sublinhado nosso), indicando em seguida no item 2.22 que as dificuldades de aplicação deste método se tornam evidentes ao dizer que este método "...pode revelar-se de mais difícil utilização para se obter um preço de plena concorrência, quando, antes da revenda, os produtos são objecto de uma nova transformação ou são incorporados num produto mais complexo, implicando a perda ou a alteração da sua identidade..."

²⁷⁴ De acordo com GARBAYO SALAZAR, E., "Valoración de operaciones vinculadas", CISS – Partida doble, *Revista de Contabilidad, Auditoría y Empresa*, n.º 86, 1998, pags. 44 e 45, devem ter-se em atenção alguns cuidados quando se opta pela aplicabilidade deste método, uma vez que o mesmo será de mais fácil utilização quando o revendedor não acrescentar nenhum valor substancial ao produto objecto de transacção, indicando em seguida seis pontos que se devem observar.

²⁷⁵ De acordo com a OCDE, "OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, a pags. 72, item 2.15, esta "...margem sobre o preço de revenda (...) pode ser determinada com referência à margem que o mesmo revendedor pratica relativamente a produtos comprados e revendidos no âmbito de operações comparáveis em mercado aberto...", a que chamaríamos de "comparável interna", ou então à "...margem sobre o preço de revenda praticado por uma empresa independente no quadro de operações comparáveis em mercado aberto...", a que chamaríamos "comparável externa".

²⁷⁶ O preço de plena concorrência, a aplicar na transacção entre o vendedor inicial e revendedor vinculados, determina-se assim: Preço de revenda a comprador independente – margem bruta de lucros comparáveis.

O maior problema deste método consiste na determinação de uma “margem de comercialização apropriada”²⁷⁷, ou quando os produtos revendidos o foram depois de sofrer uma nova transformação, ou foram incorporados em produtos mais complexos, de modo a perderem de vista a sua identidade inicial, conduzindo este facto a uma dificuldade, quando não impossibilidade, de conhecer-se o valor acrescentado do valor final dos produtos, pois não nos devemos esquecer que este “...método do preço de revenda faz apelo, de facto, à margens de lucro comparáveis...”, como explicitamente reconhece a OCDE desde 1979, no ponto 57 do seu relatório.

3. O Método do Custo Majorado²⁷⁸

Este método é diametralmente oposto ao anterior, porquanto aqui pretende-se calcular o valor de transmissão, de um bem ou serviço, de uma empresa para outra empresa sua vinculada, partindo de dados daquela²⁷⁹.

Assim, toma-se como ponto de partida o preço de custo do vendedor vinculado, ao qual se vai adicionar uma margem bruta de lucro apropriado que esse vendedor deve obter na realização daquela concreta operação de venda, chegando-se assim ao preço de plena concorrência que²⁸⁰, para efeitos fiscais, deve ser considerado como o preço que o vendedor vinculado exigiu como contrapartida à empresa do seu grupo, por aquela concreta transmissão²⁸¹.

²⁷⁷ De acordo com GONZÁLEZ POVEDA, V., “Precios de transferencia (el nuevo informe integrado de la OCDE)”, *Cuadernos de Formación – Instituto de Estudios Fiscales (Escuela de Hacienda Pública)*, n.º 26, 1994 - pags. 6 o problema que se coloca é o “...de encontrar un margen de beneficio apropiado, problema que se simplifica cuando el valor añadido por la empresa revendedora es pequeño. Es el caso típico de las empresas cuya única función es la distribución o comercialización – sin transformación – de un producto fabricado por la EMN (empresa multinacional)...”.

²⁷⁸ Este método está disciplinado pela OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, a pags. 78 a 86, itens 2.32 a 2.48.

²⁷⁹ De acordo com a OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, a pags. 79, item 2.32, este método do custo majorado é particularmente apropriado para utilizar no de caso de 1 - “...venda de produtos semi-acabados entre empresas associadas...”, 2 - “...no quadro de acordos celebrados entre empresas associadas com vista à usufruição em comum de equipamentos ou ao aprovisionamento a longo prazo...”, 3 - “...quando a operação controlada consistir na prestação de serviços...”.

²⁸⁰ Neste sentido veja-se GEMMA SALA GALVAÑ, *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, pags. 103 e 104.

²⁸¹ O preço de plena concorrência da operação vinculada determinar-se-á do seguinte modo: Custos directos (e correspondentes custos indirectos) da produção do bem vendido ou do serviço prestado + uma margem bruta de lucros comparáveis. Veja-se OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, a pags. 78 e 79, itens 2.32 e 2.33.

Este método levanta duas grandes dificuldades que são a determinação dos custos²⁸² do vendedor e a determinação de uma margem normal de revenda para esse tipo concreto de bens ou serviços. É que os custos deverão cobrir, além dos custos directos de compra das matérias-primas, os custos da mão-de-obra e outros custos de transformação e ainda os custos indirectos que tenham sido suportados, designadamente, as despesas gerais e as despesas de investigação e desenvolvimento. A determinação da margem normal de revenda será obtida por comparação com outras operações que sejam efectuadas pelo mesmo vendedor a entidades independentes – comparabilidade interna, ou então, a margem que normalmente obtêm empresa independentes, que operam no mesmo sector, e que realizam operações equivalentes – comparabilidade externa^{283 284}.

Como nos centramos em operações vinculadas levadas a cabo entre empresas multinacionais, e por conseguinte estas operações são levadas à prática entre empresas que se situam em países distintos, questiona-se aqui a dificuldade que há na obtenção de dados em face das distintas regras de contabilidade que diversamente operam nos distintos países²⁸⁵, alertando a OCDE para a necessidade que há em compatibilizar essas regras com o fim último de se poderem obter os dados necessários, de forma que sejam sempre tomados em consideração os mesmos tipos de custos, alertando também aquela organização para uma análise das funções económicas e para o estudo das responsabilidades exercidas pelas diferentes entidades vinculadas, tendo em vista uma correcta margem normal de comercialização, acrescentando que, como o faz em todos os restantes métodos,

²⁸² De acordo com GONZÁLEZ POVEDA, V., “Precios de transferencia (el nuevo informe integrado de la OCDE)”, *Cuadernos de Formación – Instituto de Estudios Fiscales (Escuela de Hacienda Pública)*, n.º 26, 1994, pags. 6, este método apresenta como problema o facto de dar uma excessiva importância ao custo histórico do produto, uma vez que não tem em conta a procura, deixando assim de reflectir as condições da concorrência.

²⁸³ Veja-se OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 79, item 2.33, quando estabelece que esta comparação pode ser feita: 1 – “...tendo como referência a margem sobre o preço de custo desse mesmo fornecedor no âmbito de operações comparáveis em mercado livre...” - comparabilidade interna; 2 – “...por outro lado, a margem sobre o preço de custo que teria sido obtida em operações comparáveis por uma empresa independente...” - comparabilidade externa.

²⁸⁴ De acordo com GARBAYO SALAZAR, E., “Valoración de operaciones vinculadas”, CISS, Partida doble, *Revista de Contabilidad, Auditoría y Empresa*, n.º 86, 1998, pags. 44 e 45, apoiando-se nas orientações da OCDE, na aplicabilidade deste método devem ter-se em conta quatro cuidados especiais necessários à obtenção do preço de plena concorrência, ligados quer à determinação dos custos do vendedor, quer à determinação de uma margem normal de revenda para esse tipo concreto de bens ou serviços.

²⁸⁵ Veja-se OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 82 e 83, itens 2.39 e 2.40.

serão sempre de se proceder aos ajustamentos²⁸⁶ adequados que permitam neutralizar, ou pelo menos minorar, as diferenças que afectem de forma significativa as margens sobre o custo praticado em operações vinculadas.

Se depois de todas estas operações conseguirmos chegar à conclusão que o preço praticado pela empresa vendedora, à sua adquirente vinculada, está em conformidade com o preço de plena concorrência assim determinado, então não há qualquer correcção fiscal a efectuar, o que não acontecerá em sentido diferente, porquanto neste caso, e apenas para efeitos fiscais, será aquele preço vinculado substituindo por este preço considerado conforme ao princípio de plena concorrência, ou *at arm's length*²⁸⁷.

b. Análise às dificuldades inerentes à aplicabilidade destes métodos

Estes três métodos que acabamos de analisar, ditos métodos tradicionais²⁸⁸, estão na sua essência apoiados em dados externos às operações vinculadas, ou seja, em operações independentes que sejam comparáveis, exigindo-se que tanto as transacções (vinculadas e não controladas), como as empresas (vinculadas e independentes) não apresentem diferenças, à excepção claro está da vinculação, e na eventualidade de essas diferenças surgirem, que sejam de tal modo diminutas que não afectem substancialmente a análise de comparabilidade do preço que se pretende estabelecer²⁸⁹, quando a análise versa sobre o “Método do preço comparável de

²⁸⁶ Veja-se OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 79, item 2.34 in fine.

²⁸⁷ De acordo com GHARBI, N., *Le Controle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, pags. 136, « ...la méthode du prix de revient majoré peut être utilement employée pour évaluer un prix de pleine concurrence lorsqu'il s'agit des produits semi-finis vendus entre des entreprises apparentées, ou lorsque les différents membres d'un groupe multinational utilisent des installations communes, ou ont conclu des arrangements à long terme d'achats et de livraisons... »

²⁸⁸ Sobre a aplicabilidade do princípio de plena concorrência nos EUA veja-se o comentário ao artigo 9.º do MCEUA, que assume este princípio como regra orientadora ao indicar que “*This Article incorporates in the Convention the arm's-length principle reflected in the U.S. domestic transfer pricing provisions, particularly Code section 482. It provides that when related enterprises engage in a transaction on terms that are not arm's-length, the Contracting States may make appropriate adjustments to the taxable income and tax liability of such related enterprises to reflect what the income and tax of these enterprises with respect to the transaction would have been had there been an arm's-length relationship between them*”, *UNITED STATES MODEL TECHNICAL EXPLANATION ACCOMPANYING THE UNITED STATES MODEL INCOME TAX CONVENTION OF NOVEMBER 15, 2006*, consultável em www.irs.gov; Para se conhecerem como é se são aplicáveis os métodos tradicionais de determinação dos preços de transferência nos EUA, veja-se McDERMOTT, J.E., *Transfert Pricing under U.S. Law. The New Regime; 1994 Final Regulations*, New York, Ed. IBC Financial Publishing, 1995, pags. 22 a 54.

²⁸⁹ De acordo com a OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, a pags. 69, 72 e 79, itens 2.7 2.16 e 2.34 “...nenhuma das

mercado” – MPC, ou sobre as margens brutas de lucro, quando as análises versam os “Método do preço de revenda minorado” ou “Método do custo majorado”.

Quando analisamos os factores que têm uma maior susceptibilidade de afectar materialmente a fixação de preços, focalizamo-nos sobre as diferenças dos produtos e serviços existentes entre as operações controladas e as do mercado concorrencial que tomamos para comparação²⁹⁰, ou então sobre as condições económicas do mercado onde se desenrolam aquelas operações.

Já quando a nossa análise é focada sobre a comparação das margens de lucro bruto, apesar dos factores que acabamos de descrever poderem também afectar esta margens de lucro bruto, não o fazem na mesma medida que o fazem sobre a comparabilidade de preços, uma vez que aqui têm maior incidência sobre esta comparabilidade as funções levadas a cabo pelas empresas a comparar (empresa vinculada *versus* empresa independente). Isto é, quando mais próxima esteja a identidade das funções (activos empregues e riscos assumidos) entre essas empresas, maior o grau de fiabilidade dos dados obtidos²⁹¹.

Estas comparações em que a OCDE apoia os seus métodos tradicionais²⁹², são vistas por esta organização através de um enfoque flexível, porquanto introduz ali dois caminhos que tentam ajudar a encontrar o preço comparável ou a margem de lucro bruto comparável, numa tentativa de que estes critérios sejam aplicáveis em primazia sobre os outros métodos ditos de fraccionamento do lucro, criando assim, por um lado, formas de se proceder aos ajustes necessários que permitam obter dados

diferenças entre as operações objecto de comparação ou entre as empresas que efectuem essas operações é susceptível de influenciar de modo sensível o preço de mercado [para o MPC, ou] ter uma influência significativa sobre a margem do preço de revenda em mercado aberto [para o método do preço de revenda minorado, ou] ter uma incidência significativa sobre a margem do preço de custo praticado em mercado aberto [para o método do custo majorado]”.

²⁹⁰ De acordo com a OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 44, item 1.19 “...as diferenças nas características específicas de bens ou serviços explicam muitas vezes, pelo menos em parte, as diferenças de valor no mercado aberto...”

²⁹¹ Sobre esta maior ou menor influência veja-se OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 69, 72, 74 e 79, item 2.9, 2.17, 2.21 e 2.34.

²⁹² Dos três métodos tradicionais criados pela OCDE esta prefere, sempre que seja possível, que seja aplicado o “Método do preço compatível com o mercado – MPC”. Veja-se OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags.68, item 2.5.

comparativos²⁹³ e, por outro, sugerindo a utilização de outros métodos complementares quando a utilização de um único método não se mostre satisfatório para que se possa encontrar²⁹⁴, com fiabilidade, o preço de concorrência ou as margens brutas de lucro e, em última instância, os rendimentos tributáveis obtidos através da realização das concretas operações vinculadas²⁹⁵.

Esta flexibilização trazida à discussão pela OCDE, na aplicabilidade dos seus métodos conducentes a saber-se se determinada operação foi feita, ou não, segundo o princípio de plena concorrência, imbrica noutro aspecto importante levantado no Guia sobre preços de transferência, que impõe que os factores de risco que qualquer gestão empresarial obrigatoriamente comporta, não tenham qualquer influência que seja susceptível de levar as Administrações Fiscais a procederem a correcções em negócios em que apenas a estratégia empresarial ditou a sua concepção, porquanto, conforme admite a OCDE, a aplicabilidade do princípio de plena concorrência apenas tem em vista impedir a “...distor[ção d]as posições concorrenciais relativas...[obrigando a]remover os considerandos de natureza fiscal das decisões de ordem económica, favorece[r] a expansão do comércio e do investimento internacionais...”²⁹⁶.

²⁹³ Sobre a necessidade de se fazerem ajustamentos razoavelmente fiáveis a fim de eliminar os efeitos das eventuais diferenças estabelece a OCDE a possibilidade ao recurso a tais ajustamentos que permitam ainda assim a utilização dos métodos por si criados, tal como se pode ver em OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags.41, 42, 48, 69, 70, 72 e 79, itens 1.15, 1.16, 1.30, 2.8, 2.9, 2.16 e 2.34, porquanto como afirma esta organização “...a amplitude e a fiabilidade de tais ajustamentos vão afectar a fiabilidade relativa... [do método empregue]”.

²⁹⁴ A OCDE no seu Guia sobre a aplicabilidade dos princípios em matéria de preços de transferência, amiúde incita à utilização de mais que um método com intenção clara de se determinar, com a maior exactidão possível a comparação entre as operações vinculadas e as operações em mercado livre, uma vez que escreve amiúde que “...se aplique mais de um método para avaliar uma operação vinculada...”. Veja-se neste sentido OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, a pags.56, 65, 69, 70, 71 e 82 itens 1.46, 1.69, 2.9, 2.11, 2.38. Aliás esta aceitação explícita da capacidade de se utilizarem mais que um método para se determinar que as operações controladas foram levadas a cabo segundo o princípio de plena concorrência, está em consonância com a afirmação por si feita de que “...a fixação dos preços de transferência não é uma ciência exacta e necessita de uma apreciação casuística por parte da Administração e do contribuinte” – item 1.12, apesar de também em seguida lembrar de que a aplicação do “...princípio de plena concorrência não exige a aplicação de mais do que um método e, de facto, o recurso a vários métodos implicaria uma carga considerável para os contribuintes...” – item 1.69, ou seja, fica aqui demonstrado que estamos perante uma matéria de tal forma complexa, que não existem regras específicas que sejam capazes de abarcar todas situações que a vida empresarial cria e onde se desenvolve.

²⁹⁵ Acerca da flexibilização da OCDE na aplicabilidade dos métodos tradicionais, veja-se GEMMA SALA GALVAÑ, *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, pags. 104 a 107;

²⁹⁶ Transcrição retirada em OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 38, item 1.7 in fine.

Se se atentar nesta Guia sobre os preços de transferência, são inúmeros os momentos em que a OCDE afirma que não se deve interferir com o risco empresarial, demonstrando claramente que as estratégias

Um aspecto que ressalta da aplicabilidade dos preços de transferência é que na realidade o grupo multinacional, que é uma organização global e que age em função de uma realidade económica própria, é desmembrado através da obrigação imposta de se inter-relacionar como se as empresas que o integram agissem como entidades estranhas entre si, obrigando-o assim a ser artificialmente segmentado para que aplique nas transacções vinculadas o princípio do mercado livre e independente, criando-se desta forma uma antinomia entre a realidade do grupo e a ficção imposta por este princípio *at arm's-length*²⁹⁷.

Por outro lado, como vimos na análise dos três métodos tradicionais, a aproximação jurídica que se faz aos preços de transferência é essencialmente comparativa, quer em relação à comparabilidade entre transacções – vinculadas *versus* mercado independente –, quer em relação às empresas – vinculadas *versus* independentes, contudo, estas comparações são bem mais complexas quando têm que se levar à prática, quer seja para se encontrarem operações comparáveis, quer seja para se encontrarem empresas comparáveis²⁹⁸.

A OCDE recomenda, no item 1.19 do seu relatório de 1995, que sejam verificáveis determinados elementos do bem ou serviço transaccionado para se proceder à sua comparabilidade, contudo, quando nos confrontamos com o mercado livre verificamos que há muitas vezes numerosas diferenças, sobretudo quando

empresariais devem ser vista sob o prisma que a doutrina francesa apelida de “principe de la liberté de gestion”, a qual está intimamente ligada ao “acte anormal de gestion”. Neste sentido vejamos alguns excertos retirados daquele guia: “...a Administração Fiscal não deve perder de vista o facto de os grupos multinacionais terem interesse, por razões de boa gestão...” – item 1.5; “... as sociedades (...) só concluem a operação se não tiverem outra alternativa claramente mais favorável...” – item 1.15; “...as estratégias empresariais apresentam múltiplos aspectos...” – item 1.31 “...reconhece-se que uma estratégia empresarial (...) pode fracassar, e que esse insucesso não permite, por si só, que se ignore essa estratégia na determinação do preço de transferência...” – item 1.35; E por último transcrevemos o que para nós é demonstrativo que a aplicabilidade do princípio de plena concorrência não permite interferir nas estratégias empresariais, quando ali se afirma que “...dado que a fixação dos preços de transferência não é uma ciência exacta, a aplicação do método ou dos métodos mais adequados conduz a um intervalo de valores, todos eles com uma fiabilidade mais ou menos equivalente...” – item 1.45, onde a OCDE reconhece explicitamente que as estratégias empresariais levam à diversidade de preços, aliás sentido por qualquer pessoa, como consumidor final, quando pretende efectuar compra de bem ou serviço.

²⁹⁷ Neste sentido veja-se GHARBI, N., em *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert* – Paris – L'Harmattan – 2005 - a pags. 147, quando escreve : «...Ce constat de l'absence de prise en compte de la réalité économique du groupe se retrouve également dans les méthodes qui président à la détermination du prix de pleine concurrence...»

²⁹⁸ Isto mesmo afirma GHARBI, N., *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, pags. 146, quando ali escreve que “...Il en est découlé des méthodes qualifiées de traditionnelles dont de but, comme il a été souligné, est de parvenir à une «légitimité objective» des prix de transfert pratiqués mais qui procède d'une approche subjective de l'entreprise considérée. Méthodes traditionnelles qui, comme il a été constaté, font une large place à la référence au marché libre mais dont, finalement, l'application pratique s'avère délicate... » .

queremos comparar transacções vinculadas com livres, porque a lógica dos grupos leva-os a praticarem transacções que não seguem as lógicas das empresas independentes, factor que aumenta quando nos debruçamos sobre bens incorpóreos²⁹⁹, principalmente se forem de grande valor, raros ou únicos, factor que inclusive levou a OCDE a criar um capítulo próprio para tratar desta problemática – veja-se a inserção do Capítulo VI – Considerações especiais aplicáveis aos bens incorpóreos, factor que traz ainda dificuldades acrescidas, porquanto, em face da hipótese de estarmos na presença de um bem incorpóreo único ou raro, coloca-se de imediato a questão de nos interrogarmos se nestas condições ainda será possível falarmos sobre um preço de mercado³⁰⁰.

Atente-se que esta questão é pertinente, porquanto como vimos, na medida em que procuramos um preço de mercado esta busca necessariamente tem em vista uma avaliação em função da concorrência, pelo que será então legítimo tentarmos encontrar uma concorrência onde ela não existirá em face da raridade do bem ou até da sua unicidade³⁰¹?

Em face desta dificuldade de fixação de um preço de mercado concorrencial, ainda assim se poderá aplicar o princípio de plena concorrência desde que, analisadas todas as premissas que rodearam a concreta transferência, integrada com as expectativas legítimas que uma “boa gestão” esperaria daquela transacção, conjugada com a aplicação do intervalo de plena concorrência e com a utilização de outros métodos que permitam chegar a uma variedade de valores, todos eles aceitáveis³⁰²

²⁹⁹ Para um estudo sobre esta temática dos bens incorpóreos, veja-se HAMONIC-GAUX, A.G., *Le régime fiscal des prix de transfert pratiqués entre les sociétés françaises et américaines (Le cas des droits de propriété incorporelle)*, Thèse Droit, Université Paris II, 1999, pags. 146 e segs.

³⁰⁰ Neste sentido veja-se BILON, J.L., *Transferts indirects de bénéfices à l'étranger (régime fiscal)*, Librairies techniques, collection Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1981, pags. 105.

³⁰¹ Veja-se sobre esta aspecto LANCEE, L., “Des royalties qui ne sont pas des royalties”, *Revue fiscale du marché commun*, 1968, pags. 308, quando ali sublinha que “la valeur d'un brevet, d'un droit d'auteur, d'un nom commercial, d'un Know-how dépend tellement d'éléments subjectifs propres À chaque cas en particulier – et surtout des espoirs encore plus subjectifs que les parties intéressées fondent sur l'avenir – que la recherche d'une comparaison avec d'autres transactions analogues n'aboutit pour ainsi dire jamais à une appréciation valable et n'engendre la plupart du temps que la confusion..”.

³⁰² Escreve GHARBI, N., *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, pags. 152 que “...il est évident que la comparaison entre une redevance déterminée et les »fourchettes« de prix, ne peut être qu'une approximation. Au demeurant, cette comparaison est fragilisée par le caractère particulier de chaque convention de transfert de droits de propriété industrielle. En effet, il faut distinguer entre cession et licence, voire entre licence simple, exclusive, totale ou partielle. De même, les clauses relatives à l'assistance technique promise parallèlement au transfert principal, à la communication des perfectionnements éventuels de l'objet du droit transmis, ont une grande importance et une influence certaine sur le prix. Dès lors, une quelconque stipulation particulière va, en partie, fausser la comparaison, déjà toute relative, avec les »fourchettes« de redevances...”

³⁰³, análise que logicamente se tem que fazer tendo em conta as premissas que as partes conheciam no momento em que iniciaram as negociações e não quaisquer outras que sejam conhecidas em momento posterior, então podemos com «razoabilidade» encontrar um «preço de plena concorrência» para aquele concreto bem, transaccionado naquela concreta situação, em face das concretas características do mesmo.

O que acabamos de expor demonstra as dificuldades que existem em se estabelecerem os preços segundo o mercado livre que sejam directamente aplicáveis às situações em concreto, e que sejam aceitáveis de uma forma incontestada, tanto em matéria de serviços como de bens materiais e imateriais, dado que esta referência ideal ao mercado livre é amiúde uma tarefa árdua, senão até inoperante, mas, apesar desta necessidade de comparação levar à obtenção do preço «ideal», árdua será a tarefa de se encontrarem empresas comparáveis^{304 305}.

Efectivamente, temos de ter em conta sempre uma dupla análise, que se traduz na análise das operações em si e na análise das empresas que as praticam – vinculadas *versus* independentes.

Esta pesquisa de empresas que praticam aquela espécie concreta de operações em análise, leva-nos a tentarmos encontrar empresas cujas actividades sejam suficientemente únicas e «puras» que nos permitam garantir que no seu conjunto esta empresas independentes, vistas à luz dos seus estados financeiros, dos riscos assumidos, das funções realizadas, ao nível da sua organização económica, que haja uma aproximação ao nível da dimensão das empresas, dimensão esta que tem também influência sobre a sua dimensão económica, a aproximação ao nível do sector

³⁰³ Sobre estas dificuldades veja-se igualmente PONCY, S., “L'évaluation financière des connaissances techniques”, *Travaux du Centre de droit de l'entreprise*, n.º 24, Montpellier, 1973, a pags. 96 e ss.

³⁰⁴ Em face de todas estas dificuldades afirmava GRASSMANN, G., “Le projet allemand tendant à maintenir l'égalité de traitement fiscal en cas de relations avec l'étranger”, *Revue fiscalité du marché commun*, n.º 47, 1971, pags. 81, que estas dificuldades explicavam que os procedimentos de determinação dos preços conformes ao princípio de plena concorrência fossem vistos como “l'épouvantail des entreprises liées et le cauchemar de leurs conseillers”

³⁰⁵ Escreve GHARBI, N., *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, a pags. 152, acerca das dificuldades inerentes à fixação dos preços conforme o princípio de plena concorrência que “...ces différentes remarques montrent la difficulté qu'il y a pour parvenir à l'établissement d'un prix de transfert directement applicable et incontesté, tant en matière de biens ou services, qu'en matière de transfert de droits de propriété industrielle...”

da actividade e da natureza dos serviços prestados, reflectam uma agregação de transacções em tudo semelhantes às que são objecto de comparação³⁰⁶.

Não nos devemos esquecer que quando falamos de uma empresa vinculada a um grupo multinacional, a mesma está integrada numa organização interterritorial que lhes trás as vantagens da sua grande dimensão e da sua internacionalização³⁰⁷, facto que coloca na esfera jurídica as economias de escala, a dimensão de uma estrutural de grupo que lhe traz as vantagens da investigação e desenvolvimento, de um volume de produção e de uma diminuição progressiva dos seus custos directos, que não podem ser escamoteados no momento comparativo com empresas independentes³⁰⁸.

³⁰⁹.

Esta integração da empresa no grupo, que irá ser objecto de análise, levanta dificuldades no momento da sua comparação com outras empresas nacionais isoladas, porquanto, a dimensão de cada uma delas, que tem que estar necessariamente ligada à inerente estratégia financeira, à estratégia de desenvolvimento, à qualidade dos seus dirigentes, são factores que se opõem a essa eventual comparabilidade³¹⁰.

³⁰⁶ Neste sentido veja-se GHARBI, N., *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, pags. 153.

³⁰⁷ De acordo com BILON, J.L., *Transferts indirects de bénéfices à l'étranger (régime fiscal)*, Librairies techniques, collection "Bibliothèque de droit de l'entreprise", 1981, pags. 99, « ...l'entreprise associée, présumée participée au transfert de bénéfices, fait partie dans tous les cas d'une organisation industrielle interterritoriale qui lui fait bénéficier des avantages de la «grande taille» et de l'interterritorialité ... ».

³⁰⁸ A ORDRE DES EXPERTS-COMPTABLES, "Les groupes et groupements de sociétés", *XXIIIe Congrès national de l'Ordre des experts-comptables*, 1968, pags. 22, já então afirmava que «...Ces différents avantages donnent au groupe multinational l'opportunité de pratiquer une politique de prix adaptées aux conditions du marché et il trouve dans sa structure financière des possibilités qui ne sont pas toujours celles d'entreprises isolées ou de dimension moindre...»

³⁰⁹ A OCDE chama a atenção para esta dificuldade. Veja-se "OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais", *CADERNOS DE CIÊNCIA E TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 38, item 1.9 ao declarar que "para alguns. O princípio de plena concorrência apresenta deficiências intrínsecas na medida em que o método da entidade separada sobre o qual assenta nem sempre toma em linha de conta as economias de escala e as interações entre as diversas actividades resultantes da integração das empresas...", apesar de sublinhar em seguida que "...não existem, contudo, critérios objectivos amplamente aceites para fazer a imputação das economias de escala ou as vantagens da integração às diferentes empresas associadas...", ou seja, a OCDE conhece os problemas, conhece que não foi encontrada uma forma «objectiva» para os resolver, contudo, estas realidades existentes na vida das multinacionais, que as criam e com elas tentam fazer a sua concorrência no mercado aberto e amplo, que é a economia globalizante, não pode de todo em todo ser ignorado no momento em que se aplicarem os princípios de plena concorrência, porquanto, se tal não for feito, subverte-se todo o sistema da globalização, passando assim a ser uma penalização para as multinacionais ali inseridas, ou seja, não podemos querer dois pesos e duas medidas, isto é, não podemos querer uma globalização com o consequente desenvolvimento da economia a nível mundial e por outro lado tentar penalizar os grupos multinacionais em vista da sua própria estrutura necessária a tal globalização.

³¹⁰ Sobre esta aspecto escreve WAAL, A., "Un nouveau régime de contrôle des prix de transfert. New legislation dealing with transfer pricing", *Revue de droit des affaires internationales*, n.º 6, 1996, pags. 670, que « ...s'il s'agit de l'entreprise dans sa globalité, on voit mal que la comparaison puisse être pertinente, les bénéfices dégagés d'une entreprise à l'autre, alors même que toute deux exerceraient leur

Como a própria OCDE reconhece, a busca de operações comparáveis é feita muitas vezes internamente no grupo, ou seja, tentam-se comparar as operações vinculadas com outras que sejam feitas por outras empresas do grupo, contudo esta busca de empresas inseridas no grupo, que irão assim servir de comparação, também ela não é isenta de dificuldades, na medida que, por exemplo duas filiais do grupo que não tenham a mesma fatia de mercado, não tenham a mesma dimensão de implantação junto dos potenciais clientes, que estejam em fases diferentes de penetração no mercado, que os seus objectivos a médio e longo prazo sejam totalmente diferentes, que as suas capacidades financeiras sejam diferenciadas, e que não lhes permita fazerem a mesma prática de preços, para também aqui a comparação entre empresas do grupo não ser isenta de críticas³¹¹.

Perante todas estas dificuldades, em que fica evidenciado que a comparação entre operações vinculadas e operações do mercado independente, e a comparação de empresas vinculadas e empresas independentes, leva a que a OCDE avance no caminho da criação de métodos que permitam, mesmo assim, efectuar as comparações inerentes a evitação de ganhos empresariais através da elisão fiscal por meio de operações vinculadas, focalizando-se agora nos lucros das operações³¹², a que apelidou de «novos métodos»³¹³, que passaremos a analisar em seguida:

- O Método do Fraccionamento do Lucro “*Profit Split Method*” (segundo a terminologia anglo-saxónica), ou “*Método de Distribución o División de los Beneficios*” (segundo a terminologia espanhola), ou “*Méthode du Partage des Bénéfices*”

activité sur des marchés parfaitement comparables, pouvant être fondamentalement différents, et ce, pour des raisons qui n'ont aucun lien avec une volonté quelconque d'éluder l'impôt. La situation financière, la stratégie de développement, la qualité des dirigeants sont autant de facteurs qui s'opposent à des comparaisons globales... »

³¹¹ Sobre a dificuldade de comparação entre filiais da mesma empresa, veja-se LE GALL, J.P., “Quelques réflexions sur «l'arm's length principle»”, après le 46.^o Congrès d'International Fiscal Association (Cancun – Oct. 1992), n.º 50, pags. 1941 e ss.

³¹² Neste sentido veja-se GHARBI, N., *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, pags. 164, quando escreve que “...avec l'évolution des administrations fiscales vers une approche plus économique, en matière de prix de transfert, d'autres méthodes OCDE sont apparues, ouvrant une brèche dans l'analyse classique de comparabilité. En effet, ces «nouvelles méthodes», par opposition aux méthodes traditionnelles, ne se fondent plus tant sur la recherche de comparables sur les transactions ou les entreprises mais sur la rentabilité du groupe multinational. Certes, un débat d'experts se poursuit sur ces nouvelles méthodes mais, en pratique, l'heure n'est déjà plus aux discussions de principe mais à l'application... ».

³¹³ A OCDE justifica assim a adopção destes novos métodos, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais” *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 87, item 3.1. “...sempre que os métodos tradicionais com base nas operações não sejam suficientemente fiáveis para serem aplicados isoladamente ou quando, em situações excepcionais, não sejam de modo algum aplicáveis...[então devem-se utilizar]...outros métodos (...) designados por «métodos baseados no lucro da operação», isto é, métodos que consistam em tomar em consideração os lucros realizados na sequência de certas operações vinculadas...”.

(segundo a terminologia francesa), também conhecido pela sigla “PSM”, que consiste na identificação do montante global dos lucros líquidos provenientes das operações controladas a repartir entre empresas associadas, em função de uma base de repartição que reflita um acordo celebrado segundo o Princípio da Plena Concorrência^{314 315}.

- O Método da Margem Líquida da Operação “*Transactional Net Margin Method*”, (segundo a terminologia anglo-saxónica), ou “*Método del Margem Neto Transaccional*” (segundo a terminologia espanhola), ou “*Méthode Transactionnelle de la Marge Nette*” (segundo a terminologia francesa), também conhecido pela sigla de “TNMM”, que consiste na determinação da margem de lucro líquida obtida por uma empresa numa transacção controlada comparativamente com a margem líquida obtida por uma empresa que realiza operações comparáveis em mercado aberto^{316 317 318 319}.

c. Os métodos baseados no lucro

Com a publicação em 1995, pela OCDE, do seu novo Guia aplicável à determinação dos Preços de Transferência, esta organização internacional amplia o leque de métodos estudados e aconselhados à determinação do conceito de plena concorrência³²⁰, sugerindo assim os métodos que apelida de «métodos baseados no lucro das operações»³²¹. Ou seja, faz aqui uma dilatação do seu tradicional conceito de valor normal de mercado, não se estando, contudo, sobre uma novidade absoluta, porquanto, já no Relatório de 1979 tinha trazido à discussão pública a possível

³¹⁴ Veja-se neste sentido a OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 89 e segs.

³¹⁵ Veja-se também PAULA ROSADO PEREIRA “O Novo Regime dos Preços de Transferência”, *Fiscalidade*, n.º 2, ano 2001, pags. 39.

³¹⁶ Neste sentido veja-se a OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, a pags. 96 e segs.

³¹⁷ Veja-se HERRERO MALLOL, CARLOS, *Precios de Transferencia Internacionales – Estudio Tributario y Microeconómico*, Pamplona, 1999, pags. 91 e segs.

³¹⁸ Veja-se também PAULA ROSADO PEREIRA, “O Novo Regime dos Preços de Transferência”, *Fiscalidade*, n.º 2, ano 2001, pags. 39 e segs.

³¹⁹ Veja-se igualmente FRANCESCA BALZANI “II Transfer Pricing”, AA.VV., (coordenação de VICTOR UCKMAR), *Corso Di Diritto Tributario Internazionale*, 2.ª edição, Padova, 2002, pags. 435.

³²⁰ Neste sentido veja-se GEMMA SALA GALVAÑ, *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, pags. 107 e 108;

³²¹ Métodos analisados pela OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 87 a 114, itens 3.1 a 3.74, no Capítulo III, sob a epígrafe de «Outros Métodos».

utilização de outros métodos³²², além dos métodos tradicionais baseados no preço das operações em concreto, isto tudo tendo em vista dar satisfação à crescente complexidade das transacções internacionais no seio das empresas integradas nos grupos multinacionais, ou seja, nas complexas operações vinculadas internacionais³²³.

Tenha-se em atenção que a crescente complexidade do tráfico comercial internacional, as transacções praticadas entre as empresas vinculadas não obtêm termos de comparabilidade com transacções praticadas no mercado livre e independente, quer esta análise se faça ao nível do objecto das transacções, designadamente quando estamos em frente de bens imateriais de elevado valor, como são por exemplo os direito de propriedade sobre processos de fabrico, quer se faça ao nível das estruturas dos negócios envolvidos, porquanto as empresas integradas nos grupos multinacionais têm em vista uma sempre crescente maximização dos lucros globais, quer seja pela diminuição dos custos através do aproveitamento das suas sinergias, quer pelas suas economias de escala que a integração no grupo traz consigo.

É que esta capacidade de realizar operações cada vez mais complexas escapam ao jogo da livre oferta e procura, factores essenciais para a comparação de preços no mercado livre e concorrencial, e por tal, a OCDE encontrou necessidade de estabelecer novos mecanismos de fixação dos preços de concorrência que permitissem, quando os métodos ditos tradicionais não dêem suficientemente resposta ao problema, dar solução à determinação dos preços de transferência segundo ainda o princípio de plena concorrência³²⁴.

³²² Veja-se sobre essa análise, e possível utilização, a OCDE, "OCDE – Preços de Transferência e Empresas Multinacionais – Relatório do Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE de 1979", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 144, Lisboa, 1985, pags. 63 a 65, itens 70 a 75. No seu Relatório de 1979 a OCDE estabelecia a possibilidade de se recorrer a outros métodos comparativos das análises globais de empresas vinculadas com outras empresas independentes, tendo em vista sempre uma confirmação dos resultados obtidos com os métodos tradicionais, ou seja, estávamos ali perante a hipótese de se efectuar uma prova adicional à confirmação dos resultados obtidos pelos métodos tradicionais (check-out), contudo, neste Relatório de 1995 estabelece já métodos que são considerados em si como definitivos e meios válidos para avalizamento dos preços de transferência.

³²³ Isto mesmo é reconhecido pela OCDE, "OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 86, item 2.49, quando ali é assumido que "...devido à complexidade das situações concretas em que se encontram as empresas, a aplicação dos métodos baseados nas operações pode suscitar inúmeras dificuldades de ordem prática. Nessas situações excepcionais, (...) [quando não] possamos basear-nos exclusivamente, ou de um modo geral, nos métodos tradicionais, pode haver a necessidade de apurar se, e em que condições, podem ser utilizados outros métodos..."

³²⁴ Veja-se quando a OCDE admite o recurso a outros métodos para a determinação dos preços de transferência, "OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às

Entende aquela organização internacional que perante a constatação da inexistência de valor de mercado para certa e determinadas transacção vinculada e, em face da necessidade que os Países têm de acautelar as suas receitas fiscais face à eventual evasão fiscal gerada pela utilização de preços de transferência³²⁵, tendo em conta que a concreta transacção apenas é levada a cabo entre empresas vinculadas, criou então métodos que, apesar de se preocuparem com uma comparação com as transacções independentes, designadamente ao nível das funções que cada parte vinculada executa ou das margens líquidas de lucros que com elas conseguem obter, vão tentar buscar outros elementos para além daquelas comparabilidades³²⁶.

Este Relatório da OCDE de 1995 tem subjacentes as mudanças constantes geradas a nível internacional nas actividades empresariais, quer vistas no plano económico, quer vistas no plano técnico, mas também tiveram em linha de conta as mudanças que tinham ocorrido na regulamentação dos preços de transferência nas décadas de 1980 e 1990 nos EUA, aliás posição assumida pela própria OCDE no «Prefácio» daquele Relatório^{327 328}.

empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 86 e 87, item 2.49 e 3.1.

³²⁵ Veja-se o conhecimento que a comunidade internacional tinha sobre a problemática da ausência de comparáveis no mercado pela IFA, “Transfer Pricing in the Absence of Comparable Market Prices”, *Cahiers de Droit Fiscal International. 46th Congress of the International Fiscal Association, Cancun, The Netherlands*, Kluwer, 1992, pags. 23 a 238; Veja-se também ZORNOZA PÉREZ, J.J., “Determinación de los precios de transferencia en ausencia de precios de mercado comparables”, *Crónica Tributaria*, n.º 67, 1993, pags. 123 a 136.

³²⁶ Sobre este aspecto escreve GEMMA SALA GALVAÑ, *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, a pags. 108, que “...el papel jugado por la comparabilidad pasa a un segundo plano para dejar vía libre a otros factores en la determinación de la aproximación al valor normal de mercado de estas operaciones vinculadas...”

³²⁷ Efectivamente a OCDE afirma claramente que “...O papel das empresas multinacionais no comércio mundial sofreu ao longo dos últimos vinte anos um desenvolvimento espectacular, que tem a ver, em parte, com a integração cada vez mais estreita das economias nacionais e com o progresso tecnológico (...). O crescimento das empresas multinacionais coloca [por sua vez] problemas cada vez mais complexos...”, acrescentando também que os princípios directores por si criados “...apoiam-se igualmente no estudo levado a cabo pela OCDE do projecto de regulamentação da aplicação do artigo 482 do código tributário dos Estados Unidos [ver o relatório da OCDE: Os aspectos fiscais dos preços de transferência praticados no seio das empresas multinacionais: as propostas de regulamentação americana (1993)]...”, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 17 e 21, itens 1 e 14, do Prefácio.

³²⁸ Neste sentido veja-se GHARBI, N., *Le Controle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, pags. 216, quando escreve que “...il convient de rappeler que l'OCDE a pris la précaution de préciser que le rapport de 1995 s'inscrit dans un contexte particulier puisque sa portée est limitée et vise spécifiquement le «projet de réglementation d'application de l'article 482 du code des impôts des Etats-Unis»...», acrescentando ainda que «...en effet, le rapport [de 1995]...semble bien moins qu'un compromis, puisqu'il se révèle manifestement comme un prolongement, voire un «alignement» sur la réglementation des Etats-Unis...»

A análise feita pela OCDE, para aplicabilidade destes «métodos baseados no lucro das operações», deixa de lado a comparabilidade do preço entre transacções vinculadas e independentes para centrar a sua atenção na rentabilidade que as partes tiveram nessa transacção e na sua comparabilidade com a rentabilidade que partes independentes teriam tido³²⁹, e assim, centra-se aqui o papel ao nível do benefício líquido gerado pela concreta transacção entre as duas empresas vinculadas. Isto é, olha-se agora para uma noção de ganhos líquidos obtidos por empresas vinculadas e aqueles que eventualmente teriam querido obter empresas independentes que pretendessem realizar o mesmo tipo de negócios, ou seja, vamos ocupar-nos sobre a noção de comparabilidade de ganhos líquidos^{330 331}.

Assim consagra a OCDE no seu Relatório de 1995 o «Capítulo III», sob a epígrafe de «Outros Métodos», a uma aproximação metodológica da determinação dos «preços de transferência» através do conceito de benefícios líquidos realizados por empresas vinculadas em transacções praticadas entre si.

Para tal estuda a aplicação de três métodos por si designados de «métodos baseados no lucro das operações», aos quais designa por «Método do fraccionamento do lucro», «Método da margem líquida da operação» e o «Método da repartição segundo uma fórmula global», apresentando os primeiros como subsidiários aos ditos métodos tradicionais e o último para rejeitar categoricamente a sua aplicabilidade, métodos este que passaremos agora a analisar individualmente.³³²

³²⁹ De acordo com GHARBI, N., *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, a pags. 216, «...c'est la rentabilité des parties à la transaction qui va être comparée avec celles d'entreprises indépendantes comparables...»

³³⁰ De acordo com RASSAT, P. e MONSELLATO, G., *Les prix de transfert*, Maxima, 1998, pags. 44, «...le contribuable doit pratiquer des prix de transfert qui lui permettent de dégager un niveau de rentabilité d'exploitation comparable à celui qu'aurait dégagé une entreprise indépendante similaire...»

³³¹ De acordo com GHARBI, N., *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, pags. 217, pode-se concluir que «...en substance, on peut considérer que ce n'est plus exclusivement en terme de prix que l'OCDE aborde la problématique des prix de transfert, mais également en terme de rentabilité, de profitabilité, voire d'analyse du compte de résultat...»

³³² Veja-se a OCDE, «OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais», *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 87, item 3.1, onde afirma que estes métodos apenas serão utilizados «...sempre que os métodos tradicionais com base nas operações não sejam suficientemente fiáveis para serem aplicados...», acrescentando na parte final que «...os países membros da OCDE (...) rejeita[m], (...) a utilização de uma repartição segundo uma fórmula global...».

1. O Método do Fraccionamento do Lucro³³³

Com este método^{334 335} pretende-se efectuar uma distribuição dos lucros líquidos obtidos por empresas vinculadas em operações controladas, levada a cabo através de uma repartição proporcional ao valor económico das funções que cada empresa vinculada utilizou para levar a termo aquela concreta operação vinculada, ou seja, passamos assim a ter em atenção os riscos assumidos³³⁶, os activos utilizados, as funções desempenhadas e às responsabilidades que cada parte suporta para a realização daquela operação³³⁷. Isto é, teoricamente a cada parte caberá uma proporção dos lucros líquidos gerados pela concreta operação vinculada, em vista do papel que cada parte desempenhou na obtenção desses concretos lucros líquidos, sempre sob o prisma de uma análise comparativa com os lucros líquidos que teriam sido previstos num acordo celebrado entre as partes vinculadas em obediência ao princípio de plena concorrência, isto é, em função de igual acordo que fosse feito entre partes independentes suportando os mesmos riscos e assumindo as mesmas funções em operação igual e independente.

Com a criação deste método do fraccionamento do lucro, em que se pretende atribuir a cada empresa vinculada a sua justa parte nos lucros líquidos de uma concreta operação controlada³³⁸, a OCDE instituiu também os critérios que se devem ter em conta no momento de proceder a essa divisão de lucros líquidos, sugerindo

³³³ Este método está disciplinado pela OCDE, "OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 89 a 96, itens 3.5 a 3.25.

³³⁴ Para um estudo sobre a aplicabilidade deste método, veja-se GEMMA SALA GALVAÑ, *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, pags. 109 e 110.

³³⁵ Sobre os critérios de aplicabilidade deste método veja-se GHARBI, N., *Le Controle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, pags. 228 a 232.

³³⁶ De acordo com GARBAYO SALAZAR, E., *Valoración de operaciones vinculadas*, CISS, Partida doble, *Revista de Contabilidad, Auditoría y Empresa*, n.º 86, 1998, pags. 42, os riscos que devem ser considerados são "...las fluctuaciones en el precio de los aprovisionamientos y de los productos finales; los riesgos de pérdida asociados con la inversión y el uso de los derechos de propiedad, los edificios y los equipos; riesgos del éxito o fracaso de la investigación y desarrollo; riesgos financieros como aquéllos causados por la variabilidad del tipo de interés y del cambio de divisas; riesgos de los créditos; etc. ...".

³³⁷ Afirma MORENO FERNÁNDEZ, J.I., *La Tributación de las Operaciones Vinculadas*, Thomson, Aranzadi, Navarra, 2003, pags. 78, que se devem ter em conta, entre outros, relativamente às empresas vinculadas e as empresas livres os seguintes elementos. "...diseño, fabricación, montaje, investigación y desarrollo, servicios, distribución, comercialización y venta, transporte, publicidad, financiación...".

³³⁸ De acordo com GHARBI, N., *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, pags. 229, « ...l'objectif de la méthode du partage des bénéfices est d'éliminer l'incidence des conditions particulières convenues ou imposées dans une transaction entre entreprises associées, en déterminant la répartition des bénéfices à laquelle des entreprises indépendantes auraient normalement procédé, si elles avaient effectué la ou les transactions considérées... »

assim que se atentem em quatro vectores no momento e perante o caso em análise³³⁹

³⁴⁰ .

Sugere que se tenha em conta a análise das contribuições que cada parte vinculada teve para com aquela operação controlada, atribuindo-se a cada uma das empresas a sua parte correspondente nesse lucro líquido total e que corresponda ao valor económico, em mercado livre e independente, das funções realizadas por cada parte. Como o que se pretende é uma análise do valor económico, visto sob uma perspectiva de mercado livre e independente, então teremos que proceder a esta comparação tendo em vista os eventuais acordos de cooperação que empresas independentes fariam em semelhantes situações, designadamente analisadas sob a hipótese das empresas independentes constituírem uma “*joint-venture*”^{341 342}.

Em seguida dissecamos a análise residual sugerida por esta organização internacional, que aborda em duas fases distintas, a repartição global dos lucros provenientes das operações controladas, ou seja, procede-se numa primeira fase à distribuição de um nível de lucros líquidos que corresponderá aos lucros que empresas independentes entenderiam que eram suficientes para obterem uma remuneração normal em semelhante tipo de operações, para, de seguida, e tendo em atenção o real benefício concreto, proceder numa segunda fase à repartição do lucro ou perda residual tendo em atenção os factos e as circunstâncias do caso concreto,

³³⁹ Veja-se a OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 92 e 95, itens 3.15 e 3.23;

³⁴⁰ De acordo com GHARBI, N., *Le Controle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, pags. 229 e 230, « l'OCDE propose deux analyses «des contributions», non exclusives l'une de l'autre, que sont l'analyse fonctionnelle qui consiste, comme il a été indiqué, à répartir le bénéfice selon les fonctions exercées par les deux entreprises associées parties à la transaction contrôlée et l'analyse résiduelle qui consiste à déterminer, notamment par «référence aux revenus du marché réalise pour un type similaire de transactions par des entreprises indépendantes», le «revenu standard»... ».

³⁴¹ De acordo com GRAHAM BANNOCK, R.E., BAXTER R.E. e RAY REES, *Dicionário de Economia*, Lisboa, Verbo, 1987, pags. 325 e 441, sob a entrada “JOINT-VENTURE”, estamos perante um “...Termo mundialmente utilizado para designar uma forma de associação de empresas juridicamente independentes que põe em comum um conjunto de recursos (humanos, materiais, experiência, tecnologia, etc.), em regra para a realização de produção ocasional de grande vulto, que, isoladamente, não poderiam executar ou resultariam muito custosas e arriscadas...”

³⁴² Veja-se a OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 91, item 3.11, onde afirma que “...se o método do fraccionamento do lucro fosse utilizado por empresas associadas para a determinação dos preços de transferência, no âmbito das operações controladas, as empresas associadas procurariam obter a repartição de lucros que seria de esperar entre empresas independentes, formando entre si uma “*joint-venture*”...”.

mas de modo a reproduzirem-se os eventuais resultados de negociações que ocorressem em mercado aberto³⁴³.

Como método de repartição dos lucros líquidos da operação vinculada, também é sugerida a possível repartição proporcional segundo a expectativa da taxa de remuneração para o capital investido nessa operação por cada uma das partes vinculadas, alertando-se contudo que este modelo de repartição deve ser usado com muita cautela e só como último recurso em relação ao que acima indicamos^{344 345}.

Por último é sugerida a utilização de uma repartição que tenha como base uma outra repartição que efectivamente tenha ocorrido entre empresas independentes, em operações comparáveis à controlada, ou seja, se se conhece uma operação ocorrida em mercado livre, e que é em tudo idêntica à operação controlada, então utiliza-se nesta última a mesma chave de repartição que foi utilizada naquela, havendo assim uma «perfeita» consonância entre o mercado livre e o vinculado³⁴⁶.

2. O Método da Margem Líquida da Operação³⁴⁷

Com a criação deste método^{348 349} pretende a OCDE que seja determinada a margem de lucro líquido obtido por uma empresa numa operação vinculada, sugerindo

³⁴³ Veja-se a OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 94 e 95, itens 3.19 a 3.22.

³⁴⁴ Veja-se a OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 95 e 96, item 3.24.

³⁴⁵ De acordo com GEMMA SALA GALVAÑ, *Los Precios de Transferência Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, pags. 109, nota de rodapé n.º 294, este modelo de repartição “...ha sido utilizado com éxito para la Hacienda americana, como por ejemplo en el Caso Du Pont de v. Commr. ...”.

³⁴⁶ Veja-se a OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 96, item 3.25. A OCDE, relativamente a esta forma de repartição, chama a atenção de que não deverá ser utilizado como método principal, porquanto, se se conhecesse uma operação, ocorrida no mercado livre, em tudo idêntica à controlada, então seriam de aplicar primeiramente os métodos tradicionais.

³⁴⁷ Este método está disciplinado pela OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, a pags. 96 a 105, itens 3.26 a 3.48.

³⁴⁸ Para um estudo sobre a aplicabilidade deste método, veja-se GEMMA SALA GALVAÑ, *Los Precios de Transferência Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, pags. 114 e 116.

³⁴⁹ Sobre os critérios de aplicabilidade deste método veja-se GHARBI, N., *Le Controle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, pags. 232 a 237.

então que este método se aplique de forma similar aos métodos de custo majorado e do preço de revenda minorado.

Assim, o que se irá agora determinar não é uma margem de lucro bruta, mas uma margem de lucro líquido, cujo método nos leva a obter esta margem de lucro líquido através de uma comparação com igual margem que obteve a empresa vinculada em igual operação levada a cabo com empresas independente (comparabilidade interna), ou, então, com as margens que obteriam empresas independentes que tivessem realizado operações independentes comparáveis (comparabilidade externa)^{350 351}.

Como vantagem indicada por aquela organização internacional sobre a aplicabilidade deste método está o facto de não se agarrar tanto à natureza dos bens objecto das operações vinculadas e às funções realizadas, factos que são imprescindíveis aquando da aplicabilidade dos métodos tradicionais, pelo que se pode utilizar este método mesmo quando haja diferença nos bens transaccionados ou nas funções exercidas, porquanto, como sublinha a OCDE, podem gerar-se margens de lucros líquidos idênticos ainda que haja uma grande diferenciação nas margens de lucros brutos³⁵².

A OCDE apresenta aspectos importantes que se devem ter em conta aquando da aplicabilidade deste método, integrados nas suas “*orientações para aplicação*”, que apesar de não afectarem tanto os preços ou as margens de lucro bruto, têm uma especial incidência sobre a determinabilidade das margens de lucro líquido, como sejam, entre outros, a ameaça do aparecimento de novos produtos competitivos, similares ou sucedâneos, o ciclo de vida do produto, a posição competitiva da empresa no mercado e a sua estratégia, a estrutura de custos, designadamente o

³⁵⁰ Veja-se a OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 96, item 3.26.

³⁵¹ De acordo com RASSAT, P. e MONSELLATO, G., *Les prix de transfert*, Maxima, 1998, pags. 42 e 43, “La méthode transactionnelle de la marge nette (...) consiste non plus à raisonner en terme de prix mais en terme de marge nette par transaction considérée. Ainsi, (...) la base transactionnelle reste inchangée mais il ne s’agit plus de déterminer un prix, une marge brute en sus du coût, ou en soustraction du prix de vente, mais une marge nette attachée à la transaction ... ».

³⁵² Neste sentido veja-se GEMMA SALA GALVAÑ, *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, pags. 115

custo do capital, as estratégias empresariais e a eficiência da sua gestão, designadamente a sua experiência daquele concreto tipo de negócios^{353 354}.

Nessa linha de orientações inserem-se as sugeridas de que este método deveria ser aplicado quando a margem de lucro líquido a utilizar como comparação fosse encontrada através de uma operação idêntica levada a cabo pela empresa vinculada com outra independente (comparabilidade interna), tendo ainda em conta que, se se tiver que atender à comparação com margens de lucro líquido geradas por empresas independentes que realizaram operações similares (comparabilidade externa), então dever-se-iam anular as eventuais diferenças, sugerindo o recurso a dados de vários anos³⁵⁵ e procedendo-se à análise de um eventual intervalo de resultados^{356 357}, todos eles conformes ao princípio de plena concorrência, para assim se flexibilizar a aplicabilidade deste método em face da criação de um leque de resultados verificáveis em variadas situações comerciais e financeiras, alterando-se apenas o «preço de transferência» da operação vinculada se se caísse fora dos resultados obtidos, todos eles conforme ao princípio de plena concorrência.

³⁵³ De acordo com CAVESTANY MANZANEDO, M.A., “Los precios de transferencia en la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades, desde la perspectiva de las Directrices de la OCDE de julio de 1995”, *Carta Tributaria (monografías)*, n.º 245, 1996, pags. 11, “...la ventaja del método del margen neto transaccional es que el margen neto se ve menos afectado por diferencias en los productos y en las funciones de lo que lo están los precios y los márgenes brutos, respectivamente. Sin embargo, el margen neto puede resultar afectado por otras fuerzas que operan en la industria, amenaza de nuevos participantes en el sector, posición competitiva, eficiencia en la organización, amenaza de productos sustitutivos, variación de la estructura de costes, diferencias en el coste del capital (autofinanciación o endeudamiento) y el grado de experiencia en el negocio (si está en fase de iniciación o es una empresa ya madura). A su vez, cada uno de estos factores puede resultar afectado por otros elementos...”.

³⁵⁴ Veja-se a OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 100 e 101, item 3.36.

³⁵⁵ Veja-se a OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 98 e 103, itens 3.30 e 3.44.

³⁵⁶ Veja-se a OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 101 e 103, itens 3.38 e 3.45.

³⁵⁷ De acordo com GEMMA SALA GALVAÑ, *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, a pags. 115, “...la utilización de un «arm's length range» se recomienda, especialmente, al aplicar el TNMM para reducir la inexactitud entre los factores que afectan al margen neto de beneficios. Este «range» estará compuesto por los distintos márgenes netos de beneficios obtenidos por operaciones independientes comparables. Si el margen neto obtenido en la transacción vinculada cae dentro del «arm's length range», dicho margen neto se considerará de plena competencia y no será necesario realizar ningún ajuste sobre los beneficios declarados por el contribuyente vinculado...”.

3. **O Método do Fraccionamento Global Segundo uma Fórmula**³⁵⁸

Curiosamente a OCDE na apresentação que faz deste método, começa logo por sublinhar que o mesmo se insere numa linha de raciocínio que o integra como um «Método não conforme com o princípio de plena concorrência»³⁵⁹. Ou seja, informa imediatamente todos os interessados que a eventual aplicabilidade daquele método levaria a consequências tributárias que não eram conformes ao referido princípio³⁶⁰ e, como todo o raciocínio lógico da OCDE é de que a aplicabilidade do princípio de plena concorrência tem em vista, por uma via «assegurar uma correcta determinação da base do imposto em cada país e evitar a dupla tributação»³⁶¹ e por outra «evita[r] a criação de desvantagens fiscais para qualquer uma destas categorias de empresas (empresas associadas e empresas independentes), «o que iria distorcer as posições concorrenciais relativas», assegurando assim que «ao remover os considerandos de natureza fiscal das decisões de ordem económica, favorece a expansão do comércio e do investimento»³⁶².

Se analisarmos o Relatório da OCDE sobre as orientações aplicáveis em matéria de preços de transferência que estamos aqui a debater, verificamos que dos dezassete (17) itens que dedica a esta temática, apenas três (3) são dedicados a efectuar uma breve análise do conteúdo deste método de fraccionamento global segundo uma fórmula, para dedicar os restantes catorze (14) à sua crítica, ou seja, faz referência a este método apenas para apresentar os seus motivos de rejeição do mesmo e para afirmar, sem qualquer margem de dúvidas, que apenas aceita o

³⁵⁸ Este método está disciplinado pela OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 108 a 114, itens 3.58 a 3.74.

³⁵⁹ Veja-se a epígrafe da alínea **C**, do Capítulo III – Outros Métodos, pela OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 108.

³⁶⁰ Esta afirmação resulta expressamente da conjugação de vários itens, conforme a OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 38, 110 e 114, itens 1.9, 3.63 e 3.74.

³⁶¹ Veja-se o “Prefácio” da OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, a pags. 18, item 7.

³⁶² Esta afirmação representa um dos motivos que é apresentado pela OCDE para justificar a aplicabilidade do princípio de plena concorrência integrado no artigo 9.º do MCOCDE. Veja-se a OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 37 e 38, item 1.7.

tratamento tributário individualizado das empresas vinculadas segundo o princípio de plena concorrência³⁶³.

O método de fraccionamento global segundo uma fórmula que, como a própria OCDE reconhece, mais não é do que a repartição global dos lucros gerados pelo grupo multinacional e calculados segundo uma base consolidada, para em seguida e de acordo com uma fórmula pré-estabelecida, repartir esses lucros globais pelas Administrações Fiscais onde estão inseridas as várias empresas inter-relacionadas. Isto é, após se acordar sobre a forma de consolidação dos lucros tributáveis do grupo, visto sobre a perspectiva de quem integra o grupo e o *modus operandi* da determinação da determinação do lucro global, cria-se uma chave de repartição que seja aceite pelas partes, para em seguida atribuir a cada Administração Fiscal a sua parte proporcional em face do global e deste modo encontrar a matéria colectável das empresas do grupo inerentes a cada uma das Administrações Fiscais³⁶⁴.

A OCDE argumenta que este método terá dificuldades em assegurar correctamente a eliminação da dupla tributação, tendo em vista a necessidade que então havia em se conseguir a tributação única do grupo e, para tanto, exemplifica com as dificuldades sobre a necessidade primária internacional que havia em se acordar sobre este tipo de tributação, depois sobre o modo como se determinaria a matéria colectável total do grupo, sobre as dificuldades inerentes aos sistemas contabilísticos das várias empresas inter-relacionadas, sobre os factores que iriam ponderar a elaboração da fórmula de repartição e dos vários factores que a iriam integrar³⁶⁵, em resumo, entende aquela organização internacional que todas as dificuldades inerentes poderiam levar a um aumento da evasão e fraude fiscais, quer

³⁶³ Veja-se a OCDE, "OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, a pags. 114, item 3.74, em que conclusivamente afirma aquela organização internacional que "...os países Membros da OCDE reafirmam a sua adesão ao consenso obtido ao longo dos anos quanto à utilização do princípio de plena concorrência entre os países Membros e os países não Membros, e estão de acordo em que a alternativa teórica ao princípio de plena concorrência constituída pelo fraccionamento global segundo uma fórmula deve ser rejeitada..."

³⁶⁴ Veja-se a OCDE, "OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 109, item 3.59.

³⁶⁵ Veja-se a OCDE, "OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 110, item 3.64.

fosse feita através da manipulação dos elementos da fórmula de repartição, quer fosse pelo desvio da matéria colectável para países em que o imposto final fosse menor³⁶⁶.

Claro que é evidente que todas estas probabilidades de evasão ou até de fraude fiscal internacional são susceptíveis de acontecer, e do mesmo modo que a OCDE criou o princípio de plena concorrência para tentar eliminar este risco internacional, também, na eventualidade de se caminhar para a aplicação deste método de repartição, terão de se criar medidas internacionais que tentem, senão eliminar totalmente, pelo menos diminuir a evasão e fraude fiscais através da manipulação dos preços de transferência³⁶⁷, nomeadamente através do reforço da assistência mútua entre as Administrações Fiscais³⁶⁸, pelo estabelecimento de uma documentação única «consolidada» a nível do grupo onde fossem reunidos todos os documentos necessários à demonstração da consolidação de contas, pela adaptação das normas de contabilidade a nível internacional.

Apesar de todas as dificuldades inerentes à implementação de tal método, é possível continuar a pensar-se na sua adopção como provável solução à aplicabilidade do princípio de plena concorrência e resolução «definitiva» de toda a problemática dos preços de transferência³⁶⁹, aliás no encaixe dos trabalhos em curso

³⁶⁶ Veja-se GHARBI, N., *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, a pags. 239, em que apresenta, de forma crítica, estas preocupações da OCDE, ao afirmar que «...force est de reconnaître que les conséquences d'un manque de coordination multilatérale réduit à néant l'intérêt de la méthode de la répartition globale selon une formule préétablie, notamment sur le plan de l'évasion fiscale internationale...», para de seguida acrescentar que «...ce risque d'évasion fiscale est d'autant plus évident dans la mesure où, même si les Etats parviennent à s'entendre sur une clef de répartition, ils ne pratiquent pas – sauf accord improbable – un taux d'impôt identique...».

³⁶⁷ Veja-se GHARBI, N., *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, a pags. 239, onde afirma que o risco de evasão fiscal é evidente, contudo é evitável desde que «...l'adoption de la méthode de la répartition globale s'accompagne de mesures spécifiques de lutte contre l'évasion et la fraude fiscales internationales, comparables d'ailleurs à celles préconisées pour la méthode de la répartition fractionnaire...».

³⁶⁸ Sobre a problemática do procedimento de assistência à determinação da matéria tributável, a levar a cabo entre os diferentes Estados dos EUA, veja-se WEINER, J., «Using the experience in the U.S. States to evaluate issues in implementing formula apportionment at the international level», *Tax Notes International*, 13 Décembre, 1996, pags. 2137 e ss, em que afirma que entre os procedimentos reforçados de assistência à matéria colectável, efectivos ou em projecto, convém citarem-se os trabalhos elaborados pelo «Multistate Tax Commission» que originaram o «Joint Audit Program», que permite ter-se em atenção o controle fiscal, que opera na sede do grupo, para o conjunto das sociedades que o compõem, e que, qualquer que seja o Estado federado da União onde elas estejam localizadas. De igual modo podemos citar o «National Nexus Program», cujo objectivo é estabelecer uma base de dados, cuja alimentação é assegurada pela «Domestic Disclosure Spreadsheets», e informar quais são os grupos e as suas actividades, ou ainda a «Unitary Exchange Project», que deve pré-configurar uma espécie de procedimento de assistência à matéria colectável, entre Estados.

³⁶⁹ Sobre este aspecto afirma GHARBI, N., *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, a pags. 241, que «...nonobstant l'hostilité affichée par l'OCDE, nous continuons à penser que la méthode de la répartition globale selon une formule préétablie, faute d'être applicable aujourd'hui, peut servir de «plateforme» de réflexion pour définir une méthodologie répondant aux enjeux juridiques, fiscaux

sobre esta questão no seio da União Europeia, e sobre a provável configuração de regimes de determinação da matéria colectável unitária para os grupos inseridos nos Estados-membros da UE, que iremos analisar posteriormente.

d. Análise às dificuldades inerentes à aplicabilidade destes métodos

Passemos agora a uma breve análise crítica dos dois primeiros métodos, «Método do Fraccionamento do Lucro» e «Método da Margem Líquida da Operação», porquanto em relação ao terceiro já tecemos ali as críticas julgadas por agora oportunas, uma vez que, conforme assumimos, voltaremos a ele quando tratarmos do estudo desta questão ao desenvolvermos a temática no âmbito da UE.

A OCDE reconhece explicitamente que as actividades empresariais são cada vez mais complexas, e por tal, quando termina a apresentação dos métodos apelidados de tradicionais, conclui que em face da complexidade das situações concretas geradas no seio das relações inter-empresariais vinculadas, há necessidade de utilizar os outros dois métodos que, de *per se* ou em conjunto com os ditos métodos tradicionais, possam efectivamente determinar a matéria colectável afecta às operações vinculadas internacionais³⁷⁰. Isto é, no dizer da OCDE serão métodos de ultimo recurso em face da falta de eficácia dos outros métodos, pelo que será de concluir que a OCDE vê estes métodos baseados no lucro das operações vinculadas já no limiar da aplicabilidade do princípio da plena concorrência, assumindo assim que os métodos ditos tradicionais se ocupam na realidade sobre a determinação dos valores porque foram declarados fiscalmente as operações vinculadas, enquanto estes se ocupam em determinar os lucros líquidos realizados em consequência da prática das operações vinculadas^{371 372}.

et économiques posés par les prix de transfert. Mais, il nous faut insister en rappelant que le recours à la voie conventionnelle est indispensable pour parvenir à tel objectif...[et]...seule une concertation organisée dans un cadre multilatéral est susceptible de rendre pareille méthode effective, puisque les modalités de détermination de l'assiette ainsi que les termes de la répartition de la matière imposable engageraient les Etats, et permettrait «in fine» de résoudre efficacement les problèmes soulevés par l'application du principe de pleine concurrence... », para terminar afirmando que « ...en définitive, on ne peut que regretter le manque d'«audace», du moins à ce jour, de saisir l'opportunité d'un régime universel de répartition des résultats de l'entreprise multinationale, négocié et accepté par tous... »

³⁷⁰ De acordo com GHARBI, N., *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, a pags. 216, « ...les nouvelles méthodes de l'OCDE prennent en recul certain par rapport aux termes stricts de la transaction, pour étudier la rentabilité des entreprises... ».

³⁷¹ Veja-se a OCDE, "OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 86 e 87, itens 2.49 e 3.1.

Com aqueles métodos o que se pretende é determinar qual será o lucro líquido que certa e determinada empresa obteve numa concreta operação vinculada, pelo que se coloca de imediato a tónica da dificuldade em conhecer-se em concreto o lucro líquido de uma concreta operação vinculada, destacando-a assim de todo o universo de operações efectuadas pela empresa em análise, não se caindo na tentação de imediato se proceder a uma análise de um universo maior de operações ou até à comparabilidade dos benefícios totais e esquecendo-se que apenas se pretende obter o resultado de uma concreta operação vinculada. Ou seja, há um temor acrescido de se passar de uma concreta análise de uma operação vinculada para uma análise global dos lucros³⁷³, convertendo-os assim num método assente nos lucros da empresa que, como vimos, a OCDE não o entende conforme ao princípio de plena concorrência³⁷⁴, delimitando assim qual será o objecto de comparabilidade.

Quando se aplica qualquer um destes dois métodos há um mudança total do objecto comparativo, deixando assim de comparar-se a concreta operação vinculada, em que se tem atenção a identidade ou semelhança dos bens, dos serviços ou das funções exercidas, para passarmos a ter a nossa atenção centrada numa comparação entre empresas. É que aqui os factores com que mais nos vamos preocupar são aqueles que mais afectam o nível de rentabilidade das empresas, como sejam a posição competitiva da empresa no mercado e a sua estratégia, a estrutura de custos, designadamente, o custo do capital, as estratégias empresariais e a eficiência da sua gestão, nomeadamente a sua experiência daquele concreto tipo de negócios, se há ou não a possibilidade de aparecerem novos produtos nos mercados que sejam

³⁷² Afirma GHARBI, N., *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, pags. 216, que « ...au lieu de comparer les prix des transactions avec des transactions comparables entre entreprises indépendantes, comme c'était jusque-là la règle avec les méthodes traditionnelles, c'est la rentabilité des parties à la transaction qui va être comparée avec celles d'entreprises indépendantes comparables. En effet, la différence majeure avec les méthodes traditionnelles tient au fait que les méthodes transactionnelles de bénéfices ne consistent plus à calculer une marge appliquée à une transaction, mais bien un niveau de bénéfice pour l'entreprise considérée... ».

³⁷³ Neste sentido veja-se GEMMA SALA GALVAÑ, *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, pags. 128, ao afirmar que « ...la tendencia práctica a aplicar un método sobre los beneficios de las transacciones sobre una base demasiado extensa (sobre los beneficios totales de la empresa vinculada) provocará su conversión en métodos basados en los beneficios de las empresas y sus aplicaciones no se adecuarán al principio de plena competencia... ».

³⁷⁴ A OCDE, "OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, a pags. 88, item 3.3, *in fine* é clara ao afirmar que os métodos baseados nos lucros das operações « ...pressupõe a comparação dos lucros decorrentes de operações específicas entre empresas associadas com os lucros que seriam realizados na sequência de operações comparáveis entre empresas independentes... », isto é, a OCDE delimita aqui muito bem qual é o objecto de comparabilidade, que mais não são do que as « ...operações específicas... » que geraram os lucros líquidos comparáveis com « ..os lucros que seriam realizados...[em]....operações comparáveis entre empresas independentes... ».

concorrentes ou sucedâneos, etc. Nesta perspectiva, apesar da análise funcional ser também importante, apenas a tomamos como referência para estabelecer o papel que cada empresa vinculada teve na contribuição do lucro líquido da concreta operação vinculada.

Resulta assim, como consequência imediata, que há uma dificuldade acrescida em conhecerem-se empresas independentes de onde se possam retirar aqueles elementos que são imprescindíveis à fixação dos preços de concorrência, em face da confidencialidade que as empresas praticam sobre os mesmos, pois fazem parte da sua estratégia empresarial, e assim, a aplicabilidade destes métodos, em vez de ser o mais objectivo possível rodeia-se de grande subjectividade, cujo aumento se faz na exacta medida em que cresce a dificuldade em se encontrarem dados relativos à empresas independentes e assim se possam conhecer com exactidão quais são as diferenças que são susceptíveis de afectarem a rentabilidade das empresas vinculadas e das empresas independentes e aos ajustes que eventualmente haja necessidade de fazer. Isto é, como é habito dizer que o «segredo é a alma do negócio», aqui, a dificuldade de se conhecerem os dados importantes sobre as empresas independentes, e que poderiam levar a uma determinação mais precisa dos lucros líquidos das concretas operações, acrescenta a estes métodos uma carga subjectiva muito maior.

Ainda em relação a este aspecto, não podemos esquecer-nos que poderemos eventualmente ter acesso a um conjunto de informações sobre a rentabilidade das empresas independentes que não nos permita saber em concreto a proporção dos lucros líquidos gerados pelas operações comparáveis pelas empresas independentes relativamente ao conjunto total dos lucros líquidos da empresa em si, correndo-se assim o risco de se tentar comparar um lucro líquido de uma operação vinculada com um valor muito mais elevado obtido em empresas independentes (por exemplo com o lucro líquido total da empresa independente), resultando daqui valores que não têm qualquer correspondência com a realidade, afectando desta maneira um resultado que nunca poderá ser o de mercado livre dessa operação controlada, ou seja, defraudando-se assim a aplicabilidade do principio de plena concorrência.

A OCDE ao estabelecer estes métodos de aplicação subsidiária tem como pressupostos que as empresas quando fixam os seus preços de transferência não

utilizam estes métodos³⁷⁵, tendo em atenção de que não terão acesso aos dados que necessitavam das empresas independentes para efectuar a sua análise comparativa³⁷⁶. Isto é, dificilmente conhecerão as margens líquidas atribuíveis a cada uma das funções realizadas pelas empresas independentes assim como a margem líquida atribuível pelas mesmas às suas operações independentes, tendo ainda em atenção que os preços de transferência, para se saber se foram fixados segundo o princípio de plena concorrência, devem as administrações fiscais proceder à sua análise prévia em face dos métodos que foram aplicados pelas empresas vinculadas, não se esquecendo igualmente de que nesta análise devem apenas aplicar a informação que estaria disponível no momento da fixação dos referidos preços de transferência e não aquela que terão acesso no momento em que faz esse exame, isto é será sempre um juízo de prognose póstuma³⁷⁷.

Não será por demais lembrar que em face da dificuldade de obtenção de informação necessária à aplicabilidade destes métodos, ou a sua obtenção de uma forma insuficiente, pode ter o condão de transformar estes métodos, que têm sempre em vista efectuar uma análise de uma concreta operação vinculada e a sua subsunção ao princípio *at arm's-length*, em algo que ronde a sua transformação em métodos

³⁷⁵ A OCDE, "OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 87 e 107, itens 3.2 e 3.54, a título de exemplo, afirma com clareza que "...as empresas raramente, se é que alguma vez [o fazem], recorrem a um método baseado no lucro da operação para fixarem os seus preços..." e acrescenta ainda que "... se se reconhece a necessidade de utilizar métodos baseados no lucro da operação, tal não significa que empresas independentes os utilizem para fixarem os preços respectivos...", ou seja, a OCDE é clara ao afirmar de que apesar da criação destes dois métodos ,como métodos possíveis de fixação dos preços conformes ao *arm's-length principle*, a realidade empresarial mostra que os mesmos não são tidos em atenção para a fixação dos preços pelas empresas, quer vinculadas, quer independentes.

³⁷⁶ A OCDE, "OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 91, 92 e 98, itens 3.11, 3.12, 3.14 e 3.30, a título de exemplo, em que a OCDE lembra com clareza que "...quando uma administração fiscal analisa a aplicação do método para determinar se o mesmo permite uma aproximação fiável ao preço de transferência de plena concorrência, é fundamental que tenha em conta o facto de o contribuinte ignorar, no momento em que as condições são estabelecidas, quais serão os lucros efectivamente realizados com a actividade em causa...", acrescentando que "...a aplicação de qualquer método conforme com o princípio de plena concorrência necessita de informações respeitantes a operações em mercado aberto, as quais podem não estar disponíveis no momento em que ocorrem as operações controladas..."

³⁷⁷ A OCDE, "OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 92, item 3.14, entre outros, ressalta com evidência neste item a "proibição" que a OCDE impõe às Administrações Fiscais que actuem com base em informações a que tenham acesso e que não podiam estar disponíveis às empresas vinculadas no momento em que fixaram os seus preços de transferência, quando ali escreve que "...convém tomar precauções no sentido de assegurar que a aplicação do método (...) é operada num contexto idêntico àquele que as empresas associadas teriam experimentado, ou seja, com base em informações conhecidas ou razoavelmente previsíveis por parte das empresas associadas no momento em que as operações foram realizadas, a fim de evitar uma apreciação de carácter retroactivo..."

globais, facto de todo rejeitado pela OCDE, uma vez que esta organização os enquadra dentro das traves mestras estruturantes à determinação dos preços de plena concorrência e rejeita de forma categórica a utilização dos ditos métodos globais.

e. Breves críticas à aplicabilidade do Princípio de Plena Concorrência

Passemos agora, ainda que de forma muito abreviada, a uma apreciação crítica sobre a existência deste princípio de plena concorrência.

A aplicabilidade deste princípio às operações vinculadas realizadas no âmbito internacional por empresas integradas em grupos, e por conseguinte, surgido à luz do dia pelo artigo 9.º do MCOCDE, parte logo de dois pressupostos complicados, quais sejam:

Pretensão da OCDE em evitar a criação de vantagens fiscais para as empresas integradas em grupos multinacionais, quando operam no mercado global, comparativamente com as empresas independentes, evitando desta forma que a maior capacidade das empresas dos grupos multinacionais não permita às empresas independentes concorrerem com elas nesse mercado global e, por esta via, proceder ao seu tratamento igualitário³⁷⁸ perante os eventuais constrangimentos fiscais que pudessem ser acarretados às empresas independentes.

Isto é, perante o fisco todas terão que contribuir com a mesma matéria colectável, independentemente do tipo de operações realizadas nesse mercado global, mas o que aqui podemos ver é uma forma de protecção às empresas independentes³⁷⁹.

Se nós atentarmos nos escritos de muitos autores, o mercado global já é dominado há muito tempo pelas empresas multinacionais, ou seja, há no panorama

³⁷⁸ Atente-se que igualitário não é sinónimo de obediência ao princípio da igualdade, porque, como é sobejamente conhecido, este princípio pressupõe que haja um tratamento igual mas tendo em atenção as diferenças e na exacta medida das mesmas, isto é, tratar o que é igual na medida dessa igualdade e o que é diferente na exacta medida dessa diferença.

³⁷⁹ Veja-se a OCDE, "OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 38, item 1.7, em que assume que, segundo o seu ponto de vista, "...o princípio de plena concorrência evita a criação de desvantagens fiscais para qualquer uma das categorias de empresas [independentes versus vinculadas], o que iria distorcer as posições concorrenciais relativas. Ao remover os considerandos de natureza fiscal das decisões de ordem económica, favorece a expansão do comércio e do investimento internacionais...".

mundial uma actuação das empresas multinacionais que corresponde a mais de 60% (sessenta por cento) do comércio mundial, logo, fácil é constatar que estamos a aplicar à maioria do comércio global as regras geradas pela minoria desse mesmo comércio levado a cabo pelas empresas independentes, ou seja, o que vai servir de comparação não é a regra geral mas a «excepção», porquanto são as empresas multinacionais – que estão em maioria – que têm de conformar, para efeitos fiscais, o seu comércio às empresas independentes – que estão em minoria^{380 381}.

Outro aspecto curioso de análise subjacente com a aplicabilidade deste princípio *at arm's length* prende-se com o facto da abstracção que o mesmo faz da realidade económica do grupo em si, uma vez que olha para cada uma das empresas como membros independentes, ou seja, procede a uma anulação fiscal da realidade económica que é o grupo em si mesmo, para olhar para cada uma das empresas que o integram como se fossem empresas estranhas entre si, logo desconsiderando todas as utilidades económicas que a integração num dado grupo traz consigo, nomeadamente ao nível da capacidade que têm em conseguir, designadamente pelas economias de escala, praticar preços concorrenciais no mercado global^{382 383 384}.

³⁸⁰ Afirma GHARBI, N., *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, na contracapa da sua obra que «...enjeu majeur de la fiscalité internationale, la problématique des prix de transfert est certainement aussi universelle que l'impôt lui-même. Un sujet particulièrement débattu dans la mesure où près de 60% du commerce mondial résulte de transactions effectuées au sein des entreprises multinationales...».

³⁸¹ Neste sentido veja-se GEMMA SALA GALVAÑ, *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, pags. 130 ao afirmar que «...es decir, se imponen a efectos tributarios las condiciones comerciales y financieras de las operaciones minoritarias – tráfico mundial entre empresas independientes – a las mayoritarias...».

³⁸² Sobre este aspecto afirma GHARBI, N., *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, pags. 35, que «...La gestion d'un groupe multinational dans une économie globale pose nécessairement des problèmes d'échange entre les différentes sociétés composantes. Ces échanges ne sauraient être comparés aux opérations de même nature conclues entre tiers dans la mesure où l'intérêt du groupe prime sur l'intérêt individuel de chaque participant si bien que l'échange s'opérera fréquemment sans recherche de profit immédiat. Ainsi, par exemple, une société mère consentira une avance sans intérêt à une filiale en difficulté ou lui facturera a prix coûtant une prestation de service. En effet, la logique économique voudrait que les opérations internes du groupe ne soient pas soumises au régime de droit commun et que les sociétés intéressées puissent, en toute liberté, procéder aux échanges qui leur paraissent nécessaires...», para logo concluir que «...cependant, s'il existe certains textes de faveurs édictés au bénéfice des groupes, le régime idéal que nous venons d'évoquer n'a pas encore vu le jour...».

³⁸³ Sobre esta problemática veja-se também PEREZ-NAVARRO, L.G., «Les frontières fiscales dans une économie mondialisée», *L'Observateur*, n.º 215, 1999, pags. 19 e ss.

³⁸⁴ Sobre esta temática é curiosa a forma como a OCDE começa o seu «Prefácio» na introdução da temática dos preços de transferência do Relatório em vigor. Veja-se OCDE, «OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais», *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 17, item 1, em que se afirma que «...o papel das empresas multinacionais no comércio mundial sofreu ao longo dos últimos vinte anos um desenvolvimento espectacular, que tem a ver, em parte, com a integração cada vez mais estreita das economias nacionais e com o progresso tecnológico, designadamente no domínio das comunicações...», ou seja, a OCDE reconhece o aumento exponencial que os grupos multinacionais têm na economia global, contudo, esquecem este aspecto relevante, para,

A OCDE, quando trata das medidas administrativas necessárias à aplicação e controlo dos preços de transferência, começa de imediato por admitir as dificuldades que esta temática traz para todos os intervenientes, empresas multinacionais e administrações fiscais porque, conforme afirma frequentemente, os preços de transferência não são uma ciência exacta, e que os conflitos gerados entre todos podem acontecer mesmo que as orientações dadas pela OCDE sejam por todos seguidos³⁸⁵.

Tenha-se em atenção que a carga burocrática que este tema acarreta a todos, e principalmente às empresas que têm que ter a prova dos factos que praticaram é importante, e se tivermos em conta que a nível internacional as carga administrativas estão a ser analisadas de forma a diminuí-las em face dos «custos de contexto» que acarretam, então será de se olhar para a recomendação daquela organização internacional que indica que as «administrações fiscais deveriam cuidadosamente velar por manter um justo equilíbrio entre as suas necessidades em documentação e o custo e o encargo administrativo que representa para o contribuinte a criação ou a obtenção destes documentos»³⁸⁶.

Tenha-se em atenção que, mesmo que todas as partes estejam de boa fé, e ela será sempre de se presumir até prova em contrário, a controvérsia gerada em torno das situações concretas pode levar a resultados distintos, todos eles conformes ao princípio de plena concorrência, tudo estando dependente dos vários factores que são introduzidos e conhecidos e dos métodos aplicados, o que demonstra a complexidade do tema, o exame das situações em concreto e também do grau de subjectividade que sempre existirá mesmo que todos estejam com a melhor da boa fé, acarretando toda esta temática da análise da conformidade dos preços de transferência *at arm's-length* a uma enorme carga de tempo e de recursos, que traduzido a final terá sempre que se ponderar sobre os custo económico que acarreta a tentativa de obtenção de um maior proveito fiscal, ou numa óptica puramente economicista terão que se pôr nos pratos da balança – proveitos (fiscais) *versus* custos (de controlo).

em termos fiscais, querem obter a mesma matéria colectável, e logicamente o mesmo imposto final, que obteriam das empresas que não conseguiram, ou não quiseram, optar pelo risco da internacionalização.

³⁸⁵ Veja-se OCDE, "OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 115, item 4.1.

³⁸⁶ Veja-se OCDE, "OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 181, item 5.6.

Demonstrativo desta dificuldade está a ampliação do conceito do valor normal de mercado aplicável à operações vinculadas, porquanto, como vimos, a OCDE alargou este conceito, inicialmente estruturado para a comparação entre o preço de operações vinculadas *versus* operações independentes, vertido nos seus três métodos tradicionais, à comparabilidade dos lucros líquidos gerados através das operações em si. Isto é, criando assim mais métodos a que apelida de «métodos baseados no lucro da operação», ou seja, conclui que a complexidade inerente à temática em questão está tão em crescimento que situações há em que os métodos tradicionais não são suficientemente fiáveis, ou não são de modo algum aplicáveis³⁸⁷, o que demonstra bem o alargamento que a pouco e pouco se vai fazendo do conceito indeterminado do valor normal de mercado³⁸⁸, ou seja, com a ampliação dos métodos que se vão admitindo conformes ao princípio de plena concorrência, não será de se estranhar que dentro de um prazo mais ou menos curto surja no horizonte a aplicabilidade dos métodos globais³⁸⁹, métodos este que a OCDE continua firmemente a rejeitar^{390 391}.

³⁸⁷ Assim em OCDE, "OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 87, item 3.1., na introdução que faz para justificar a criação dos apelidados "Outros Métodos" em que afirma que "...sempre que os métodos tradicionais com base nas operações não sejam suficientemente fiáveis para serem aplicados isoladamente ou quando, em situações excepcionais, não sejam de modo algum aplicáveis..."

³⁸⁸ Pertinente é a observação feita por GHARBI, N., *Le Controle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, a pags. 217, quando diz que "...en définitive, on peut avancer l'idée que c'est au prix d'un «éloignement» du principe de pleine concurrence que l'OCDE maintient, paradoxalement, le consensus autour de cette «norme», tenue jusqu'à pour fondamentale, mais également au prix d'une relative imprécision méthodologique dans la mesure où la rentabilité d'exploitation, soubassement théorique des nouvelles méthodes «océdéennes», est souvent le fruit de facteurs exogènes à l'exploitation... ».

³⁸⁹ Veja-se AVI-YONAH, R.S., em *The Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of U.S. International Taxation* – Virginia Tax Review – v. 15, n.º 1 – 1995 - pags. 148 a 151.

³⁹⁰ A OCDE em OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais – *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL* – n.º 189 – Lisboa – 2002 – a pags. 40, item 1.13 continua a afirmar que estamos perante uma "...existência de consenso a nível internacional sobre o princípio da plena concorrência..." e por tal que "...os países Membros da OCDE continuam a pensar que o princípio de plena concorrência deve reger a avaliação dos preços de transferência entre empresas associadas..."

³⁹¹ Interessante é a crítica já feita no início da década dos anos de 1990 por MAZEROV, M., em *Why arm's length falls short* – International Tax Review – 1994 - pags. 28 quando afirma que « o actual regime dos preços de transferência é apropriado para o regime de manufatura do século XVIII, quando as trocas mundiais estavam estruturadas e fortemente comparáveis, eram feitas sobre bens fungíveis e supervisionadas pelas autoridades alfandegárias em cada porto de mar (...). O que é totalmente absurdo é que este sistema ainda seja mantido hoje em dia (...) uma vez que as produções se desmaterializaram, que os bens incorpóreos estão com uma relevância cada vez maior e que a passagem das fronteiras é cada vez mais virtual» - tradução livre da nossa responsabilidade.

IV. CONSEQUÊNCIAS DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DE PLENA CONCORRÊNCIA

Em toda a exposição que fizemos até agora, analisamos os métodos que a OCDE criou para que as empresas vinculadas e as Administrações Fiscais verifiquem se os preços de transferência estão conformes ao princípio de plena concorrência, isto é, se as operações vinculadas seguem os mesmos critérios de valoração que seriam praticados se aquelas operações fossem levadas a cabo por empresas independentes.

As questões que em seguida vão ser objecto de análise estão ligadas à temática da verificação que as Administrações Fiscais fazem dos preços de transferência, análise está feita á lupa dos métodos oriundos desta organização internacional.

Efectivamente, quando as Administrações Fiscais procedem àquela análise dos preços de transferência dois aspectos concretos podem ocorrer, ou os preços praticados entre as empresas vinculadas estão conformes ao princípio *arm's length*, ou não estão. Se efectivamente se chegar à conclusão que não houve violação do princípio de plena concorrência, então estamos perante uma fiscalização encetada por uma Administração Fiscal sem qualquer outra consequência que não seja a mesma partilha de opiniões – contribuinte e Administração Fiscal – sobre a valoração das relações empresariais vinculadas, isto é, há uma concordância plena sobre a valoração da matéria colectável e, consequentemente, sobre o valor do imposto a que aquele Estado tem direito.

Contudo, se a Administração Fiscal valorar aquelas relações empresariais vinculadas de uma forma diversa, temos então uma dissintonia entre o valor declarado pelo contribuinte e aquele que a Administração Fiscal entende como sendo o correcto, resultando deste facto diversas consequências que analisaremos³⁹², tematicamente, em seguida.

³⁹² Imagine-se o seguinte exemplo:

- ❖ A empresa **A**, localizada no Estado **1**, é uma empresa vinculada com a empresa **B**, localizada no Estado **2**.
- ❖ Se tivessem declarado as suas relações vinculadas, de acordo com os métodos da OCDE, teriam tido durante o ano fiscal **X**, as seguintes matérias colectáveis, e consequentemente teriam suportado o conveniente imposto:
 - A empresa **A**, localizada no Estado **1** teria tido **800** de matéria colectável e suportado **80** de imposto;

De acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 9.º do MCOCDE, quando haja correcções levadas a cabo por um Estado em virtude de aplicabilidade do princípio de plena concorrência, de que resulte uma dupla tributação em empresa multinacional do

- A empresa **B**, localizada no Estado **2** teria tido **1000** de matéria colectável e suportado **100** de imposto;
- Em resumo: Encargo do grupo **(A + B) = 1800** de matéria colectável e suportado **180** de imposto;
- ❖ Imagine-se que o Estado **1** rectificou a matéria colectável da empresa **A** por entender que as relações empresariais vinculadas não estavam conformes ao princípio *arm's length*, e por tal passamos agora a ter a seguinte realidade:
 - A empresa **A**, localizada no Estado **1** teria tido **900** de matéria colectável e suportado **90** de imposto, ou seja, sofre um aumento de **100** de matéria colectável e suportou mais **10** de imposto;
 - A empresa **B**, localizada no Estado **2** teria tido **1000** de matéria colectável e suportado **100** de imposto;
 - Em resumo: Encargo do grupo **(A + B) = 1900** de matéria colectável e suportado **190** de imposto;
- ❖ Do exemplo que descrevemos este grupo multinacional suporta a final um acréscimo de **100** de matéria colectável e mais **10** de imposto;
- ❖ Este exemplo e as suas consequências podiam ser basicamente exemplificadas através do seguinte quadro esquemático, que irá ser desenvolvido no estudo que segue:

quadro esquemático, que irá ser desenvolvido no estado que segue.

EXEMPLO DAS CONSEQUÊNCIAS DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO AT ARM'S LENGHT AO GRUPO					
ESTADO		" 1 "	" 2 "	TOTAL DO GRUPO	
EMPRESA		" A "	" B "	" A " + " B "	
VALORES INICIAIS	Matéria Colectável	800	1000	1800	
	Imposto	80	100	180	
AJUSTAMENTO PRIMÁRIO	Aumento da matéria colectável pela aplicação do princípio <i>at arm's length</i>	100			
	Matéria Colectável	(800 + 100) = 900			
	Imposto	(80 + 10) = 90			
Como ficaria a situação do GRUPO se não se proceder ao Ajustamento Correlativo		(800 + 100) = 900	1000	(900 + 1000) = 1900	Matéria Colectável
		(80 + 10) = 90	100	(90 + 100) = 190	Imposto
AJUSTAMENTO CORRELATIVO	Diminuição da matéria colectável pela aplicação do princípio <i>at arm's length</i>			100	
	Como fica a situação do GRUPO depois de se proceder ao Ajustamento Correlativo	(800 + 100) = 900	(1000 – 100) = 900	(900 + 900) = 1800	Matéria Colectável
		(80 + 10) = 90	(100 – 10) = 90	(90 + 90) = 180	Imposto
OPERAÇÃO SECUNDÁRIA	Recaracterização do valor de:	100	Através (por exemplo) da: 1. Distribuição oculta de lucros, pela empresa, aos detentores do capital social, se a operação vinculada foi por valor superior ao valor normal de mercado; 2. Entrada oculta de capital na empresa, dos detentores do capital, se a operação vinculada foi realizada por valor inferior ao valor normal de mercado.		
AJUSTAMENTO SECUNDÁRIO	Liquidação do imposto devido pelos Sujeitos Passivos a quem foram atribuídos os valores da Operação Secundária.				

QUADRO N.º 16

outro Estado, este deverá proceder às operações necessárias em vista à eliminação dessa dupla tributação, aliás como resulta do n.º 2 do artigo 9.º do MCOCDE ³⁹³ ³⁹⁴.

Do exemplo que expusemos na nota de rodapé, em face da alteração à matéria colectável e consequentemente ao imposto a que um dos Estados procede, levantam-se algumas questões que são pertinentes em face do grupo em si, visto que a final está a suportar uma carga fiscal superior a que seria devida se aquele ajustamento não tivesse sido feito, e assim assolam imediatamente ao espírito as seguintes interrogações:

- Quais as consequências relativamente ao diferencial entre o valor contabilizado e o valor calculado pela aplicação do princípio de plena concorrência no Estado 1 à empresa A, no valor de 100 em aumento da matéria colectável e consequente “ajustamento primário” de mais 10 de imposto, isto é, será de se proceder a uma “operação secundária”, através da recaracterização daquela operação e assimilar a dividendos, entradas de capital ou a empréstimos e consequentemente a um “ajustamento secundário”?
- Quais as consequências para a empresa B, localizada no Estado 2, e consequentemente para o grupo em si, se este Estado 2 não concordar com a rectificação feita pelo Estado 1, quer quanto ao seu montante, quer quanto à sua sujeição ao princípio de plena concorrência, ou designadamente quanto aos métodos

³⁹³ O n.º 2 do artigo 9.º do MCOCDE tem a seguinte redacção: “ Quando um Estado Contratante inclui nos lucros de uma empresa desse Estado – e tributa nessa conformidade – os lucros pelos quais uma empresa do outro Estado Contratante foi tributada nesse outro Estado, e os lucros incluídos deste modo constituem lucros que teriam sido obtidos pela empresa do primeiro Estado, se as condições acordadas entre as duas empresas tivessem sido as condições que teriam sido estabelecidas entre empresas independentes, o outro Estado procederá ao ajustamento adequado do montante do imposto aí cobrado sobre os lucros referidos. Na determinação deste ajustamento serão tomadas em consideração as outras disposições da presente Convenção e as autoridades competentes dos Estados Contratantes consultar-se-ão, se necessário.” Veja-se OCDE, *MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO* – OCDE, Lisboa, 2005, pags. 40.

³⁹⁴ Também o MCEUA tem semelhante previsão na *UNITED STATES MODEL INCOME TAX CONVENTION OF NOVEMBER 15, 2006, Article 9 - ASSOCIATED ENTERPRISES*, n.º 2. Where a Contracting State includes in the profits of an enterprise of that State, and taxes accordingly, profits on which an enterprise of the other Contracting State has been charged to tax in that other State, and the other Contracting State agrees that the profits so included are profits that would have accrued to the enterprise of the first-mentioned State if the conditions made between the two enterprises had been those that would have been made between independent enterprises, then that other State shall make an appropriate adjustment to the amount of the tax charged therein on those profits. In determining such adjustment, due regard shall be had to the other provisions of this Convention and the competent authorities of the Contracting States shall if necessary consult each other”. Veja-se a página da Internet da “Internal Revenue Service” www.irs.gov.

de determinação utilizáveis, isto é, será que este segundo Estado 2 está obrigado a efectuar um “ajustamento correlativo”?

Após a análise sobre estas interrogações inerentes aos “ajustamentos primários” (*ajuste primario, ajustement primaire, primary adjustment*) e consequentes “ajustamentos correlativos” (*ajuste correlativo o equivalente, ajustement corrélatif, corresponding adjustment*), às “operações secundárias” (*transacción secundaria, transaction secondaire, secondary transaction*) e consequentes “ajustamentos secundários” (*ajuste secundario, ajustement secondaire, secondary adjustment*)^{395 396}, passamos a analisar quais os mecanismos que a OCDE criou para que os Estados e as empresas envolvidas nesta temática, consigam, ora através de um procedimento posterior ao surgimento dos problemas, ora através de um procedimento anterior ao surgimento dos mesmos. Isto é, iremos analisar o “Procedimento amigável” em vista à eliminação da dupla tributação e o “Acordo prévio de preços de transferência” em vista à prevenção da correcção dos preços de transferência e à sua evitação da dupla tributação.

i. O ajuste primário e as suas consequências

Face ao disposto no n.º 1 do artigo 9.º do MCOCDE, os Estados devem efectuar as correcções necessárias, de acordo com os métodos que analisamos, aos preços de transferência praticados entre as empresas vinculadas e desde que seja constatado de que os mesmos não reflectam o princípio da livre concorrência ou da empresa independente.

³⁹⁵ De acordo com o “Glossário” da OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 26 e 31, temos as seguintes noções para: “**Operação secundária** – Recaracterização de uma operação, a que procedem certos países no quadro da respectiva legislação interna, depois de terem proposto um ajustamento primário a fim de efectuarem uma repartição dos lucros consistentes com esse ajustamento primário. As operações secundárias podem revestir a forma de assimilação a dividendos, de assimilação a entradas de capital ou de assimilação a empréstimos”; “**Ajustamento secundário** – Ajustamento resultante da aplicação de um imposto a uma operação secundária”; “**Ajustamento primário** – Ajustamento dos lucros tributáveis de uma sociedade, ao qual procede uma primeira Administração Fiscal no quadro da aplicação do princípio de plena concorrência a operações em que intervenha uma empresa associada estabelecida num território que está sob a jurisdição de outra Administração Fiscal”; “**Ajustamento correlativo** – Ajustamento do imposto devido pela empresa associada estabelecida num outro país, efectuado pela Administração Fiscal desse país de modo a tomar em consideração um ajustamento primário efectuado pela Administração Fiscal do primeiro país, a fim de obter uma repartição consistente dos lucros entre ambos os países”.

³⁹⁶ Entre parêntesis indicamos as expressões utilizadas em espanhol, francês e inglês – Sobre estes conceitos veja-se, entre outros, GARCÍA-HERRERA BLANCO, C., *Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el impuesto sobre sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001, pags. 137.

Como a OCDE amiúde lembra, esta análise e rectificação apenas tem em vista a sujeição fiscal do diferencial entre o que foi contabilizado e aquele valor que, a final, se apurou, ou seja, a Administração Fiscal que procedeu a uma rectificação o que faz é aumentar a sua matéria colectável³⁹⁷ e arrecadar o imposto que considera que lhe era devido. Efectivamente, esta organização internacional começa logo por apelar a esta faceta fiscal da aplicabilidade do princípio de plena concorrência, quando no “Prefácio” lembra que este princípio foi “...adoptado com o propósito de servir um duplo objectivo... [que é de]...assegurar uma correcta determinação da base do imposto em cada país e evitar a dupla tributação...”³⁹⁸, assumindo no Capítulo I que este princípio “...deve ser posto em prática para efeitos fiscais...”, pelo que um qualquer “...ajustamento fiscal (...) não afecta as obrigações contratuais que vinculam as empresas associadas a todos os níveis, com excepção do fiscal...”^{399 400}.

Sobre esta natureza puramente fiscal da aplicabilidade do princípio *arm's length* às operações vinculadas, amiúde a OCDE lembra que não estamos perante uma ciência exacta e que a sua aplicabilidade releva da soberania fiscal de cada país⁴⁰¹, admitindo que pelo menos conhece um país que, na tentativa de obviar à eventual necessidade de proceder a ajustamentos primários, permite que as empresas vinculadas que aí sejam contribuintes, declarem, para efeitos fiscais, um valor diferente do contabilístico, desde que o valor declarado reflecta a aplicabilidade daquele princípio, isto é, para este país, que quanto a nós tem uma atitude correcta, há que distinguir entre o que a contabilidade deve espelhar, que mais não é do que a

³⁹⁷ Embora, teoricamente a rectificação feita pelas Administrações Fiscais, isto é, o ajuste primário, em face da sujeição à análise sob a óptica dos métodos de aplicabilidade do princípio de plena concorrência, pudesse conduzir, quer a um aumento da matéria colectável, quer à sua diminuição, sinceramente não nos parece provável que uma qualquer Administração Fiscal se vá preocupar se determinada empresa vinculada procedeu a um aumento da sua matéria colectável e, conseqüentemente suportou mais imposto do que aquele que lhe era devido, e assim, para nós, as Administrações Fiscais só se preocuparão com a problemática dos preços de transferência se virem os seus impostos diminuídos.

³⁹⁸ Veja-se OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 18, item 7.

³⁹⁹ Veja-se a “Introdução” ao “princípio de plena concorrência”, feito no Capítulo I pela OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 35, itens 1.1 e 1.2.

⁴⁰⁰ Sobre a natureza puramente fiscal do ajuste primário veja-se GARCÍA-HERRERA BLANCO, C., *Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el impuesto sobre sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001, pags. 136, que afirma que “...hay que añadir que el ajuste que ha de efectuarse es, en todo caso, de naturaleza extracontable; es decir, a efectos exclusivamente fiscales, sin que la corrección administrativa deba tener reflejo contable alguno...”.

⁴⁰¹ Veja-se OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 128, item 4.35

realidade económico-financeira da vida da empresa, e as correcções puramente fiscais intrínsecas à aplicabilidade do *arm's length principle*.

Se determinada operação foi contratualizada sob certo preço entre as empresas vinculadas, a contabilidade deve ser o espelho fiel desta realidade contratual, pelo que, o que deve ser evidenciado na declaração fiscal a apresentar pela empresa-contribuinte ao Estado, mais não é do que o espelho da realidade fiscal vista à lupa do princípio da plena concorrência, e assim, se as operações vinculadas, analisadas pelo filtro dos métodos da OCDE, originarem valor diferente do contabilístico, deverá ser este valor que deverá constar da declaração fiscal, e por tal, entendemos correcta a posição daquele país que reflecte a índole puramente fiscal deste princípio *arm's length*^{402 403}.

Efectivamente a contabilidade reflecte a realidade empresarial das empresas vinculadas, e estas pelas mais variadas razões podem ter motivos lógicos em termos de gestão do grupo multinacional para elaborar preços que não estejam em conformidade com este princípio, sem contudo tal prática tenha a ver com qualquer motivação de índole fiscal⁴⁰⁴. Isto é, a adopção das estratégias do grupo não estão necessariamente ligadas a políticas fiscais, e por tal, a própria OCDE lembra aos países, a propósito da problemática dos “ajustamentos secundários”, que os accionistas minoritários não devem ser prejudicados com a eventual actuação do

⁴⁰² Veja-se OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 129 e 130, item 4.38.

⁴⁰³ Aliás a dissintonia entre a contabilidade e a declaração fiscal é evidente a vários níveis, porquanto, apesar da contabilidade dever representar, a cada momento, a vida da empresa, de facto há, para efeitos fiscais, valores contabilizados que para efeitos fiscais são assumidos de forma diversa e, para tal, o que as declarações a apresentar ao fisco devem ter é meios descritivos próprios que evidenciem esta realidade, e assim, como em vários outros aspectos, também em relação aos preços de transferência, e visto que a questão se coloca apenas a nível fiscal, seria possível que as declarações apresentadas estivessem preparadas para ali serem indicadas as diferenças entre o valor contabilístico e o valor resultante da aplicabilidade dos métodos da OCDE, ou de outros que validamente tivessem usado, porquanto, não nos devemos esquecer que as empresas irão com certeza ter que justificar ao fisco os valores descritos nessas mesmas declarações, resultando daqui a possibilidade de um constante controle a que são sujeitas.

⁴⁰⁴ Aliás é expressiva a formulação da OCDE na “Introdução” que faz ao “princípio de plena concorrência”, no Capítulo I, quando começa por afirmar que “*Para além das considerações de natureza fiscal, outros factores são susceptíveis de distorcer as condições de estabelecimento das relações comerciais e financeiras entre empresas associadas. A título de exemplo, etc., etc. etc.*”, enumerando em seguida esses outros factores, que, em sua opinião podem influir sobre aquelas relações vinculadas – Veja-se OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags.36, item 1.4.

fisco⁴⁰⁵. Ou seja, reconhece que estamos apenas e só no âmbito puramente fiscal, pelo que toda a actuação das Administrações Fiscais a ela se deverá cingir, pelo que é partindo deste pressuposto que aqui analisamos o ajuste primário e todas as suas consequências.

As Administrações Fiscais quando procedem à alteração dos valores por que foram avaliadas as operações vinculadas e procedem ao ajuste primário ou inicial, mais não estão a fazer do que a repor a operação nos valores que fiscalmente consideram que estão conformes com o princípio *arm's length*, isto é, trazem para o seu ordenamento jurídico os valores das operações vinculadas que consideram correctos⁴⁰⁶,

Ou dito de outro modo, tentam repor a situação que existiria se as empresas vinculadas tivessem negociado segundo o método da empresa independente, ou seja, tentam criar ficticiamente a situação que existiria se a empresa vinculada tivesse praticado as operações vinculadas de acordo com aquele princípio *arm's length*, integrando para efeitos fiscais os valores que foram desviados para a(s) outra(s) empresa(s) vinculada(s) localizada(s) noutra(s) paíse(s)⁴⁰⁷, sem contudo isto resolver a questão de fundo, que é a constatação de que efectivamente aqueles benefícios gerados pelas operações vinculadas foram desviados para outras jurisdições fiscais sem serem objecto de tributação^{408 409}.

⁴⁰⁵ É bem expressiva a linguagem da OCDE sobre esta questão ao afirmar que “*Seria lamentável que os accionistas minoritários não participantes nas operações controladas e que não beneficiam por conseguinte de pagamentos excedentários, etc., etc. etc.*”, e accionistas minoritários são todos aqueles que em conjunto não tenham até 50% das participações sociais que dão direito a voto na vida empresarial, demonstrando assim que estes apenas conhecem a vida da empresa reflectida na contabilidade, a qual é o espelho para o mundo. Veja-se OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags.143, item 4.71.

⁴⁰⁶ Sobre este aspecto diz-nos GHARBI, N., *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, pags. 395, que “*Lorsqu'un bénéfice a été indirectement transféré à l'étranger et que l'administration a prouvé la réalité du transfert, la protection de la souveraineté fiscale (...) et partant, l'application du principe de territorialité conduit à restituer à l'opération son véritable caractère.* ».

⁴⁰⁷ Sobre esta questão afirma VOGEL, K., *Double Taxation Conventions (A commentary to the OCDE, UN and US Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation on Income and Capital. With particular reference to the German Treaty Practice*, Kluwer Law International, Third edition, Londres, 1998, pags. 557, que «o que se consegue através de um ajuste primário (*initial adjustment*) – feito de acordo com o n.º 1 do artigo 9.º do MCOCDE – é que os rendimentos desviados de forma vantajosa para uma empresa sejam tributados naquela empresa a que foram atribuídos de acordo com o princípio de plena concorrência (...). Esta medida dá lugar a uma atribuição fictícia de uma base tributável sem cancelar a vantagem que a operação, a preços de mercado, trouxe consigo. Em outras palavras, as somas sobre que se fixou o ajuste fiscal mantiveram-se, como dantes, na posse da empresa do outro Estado» - Tradução da nossa responsabilidade.

⁴⁰⁸ GEMMA SALA GALVAÑ, *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, pags. 204, afirma que “*En efecto, el resultado de la operación vinculada que no se adecúa al principio arm's length no es otro que el traslado real de beneficios entre las empresas*

É assim evidente que quando uma administração fiscal procede a um ajuste primário, ou inicial, está a tentar repor no seu ordenamento jurídico a situação que existiria se a empresa tivesse, desde o início, utilizado o princípio de plena concorrência, isto é, há aqui um reconhecimento expresso por parte da Administração Fiscal de que há um certo e determinado valor de matéria colectável que não foi declarado e que foi desviado para outro país^{410 411}, resultando daqui as seguintes consequências, a saber:

(i) Por um lado aquele valor representa uma saída de excesso de benefícios que não foram objecto de tributação por essa mesma saída, designadamente, como dividendos, royalties ou mútuo;

(ii) Por outro lado, ao ser tributado pode gerar uma dupla tributação que também deve ser tratada convenientemente como aliás é previsto no n.º 2 do artigo 9.º do MCOCDE.

Iremos tratar em seguida a análise à primeira questão através da apreciação do conceito de operação secundária e em seguida da questão da eliminação da dupla tributação através da apreciação do conceito de ajuste correlativo.

ii. A operação secundária e o ajuste secundário

Nos comentários ao n.º 2 do artigo 9.º do MCOCDE, esta organização internacional assume claramente de que aqui não é tratada a questão dos ajustamentos secundários, gerados pelo facto de as Administrações Fiscais terem procedido a um ajustamento primário, ou inicial, mas também assume que aquela

implicadas o, lo que es lo mismo, la atribución de ventajas patrimoniales que no se hubieran concedido entre empresas independientes. Resultado que no se consigue paliar con la simple valoración fiscal a precios normales de mercado de la operación vinculada enjuiciada. Y resultado que se agravan en los supuestos de precios de transferencia internacionales, puesto que tal exceso de beneficios ha salido efectivamente del país sin ser objeto de tributación adecuada”.

⁴⁰⁹ Sobre a temática dos efeitos tributários dos ajustes primários praticados nos preços de transferência veja-se IFA, “Secondary Adjustments and Related Aspects of Transfer Pricing Corrections”, Proceedings of a Seminar held in Toronto, Canada, 1994, 48th Congress of the International Fiscal Association, Ed. Kluwer, Holanda, 1996.

⁴¹⁰ Sobre este aspecto diz-nos GHARBI, N., *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, pags. 396, que « *La réintégration des bénéfices indirectement transférés dans les résultats de l'entreprise n'apparaît pas, par elle-même, comme une sanction véritable mais constitue une pure et simple remise en l'état. En effet, elle ne fait que rétablir la situation comptable et replacer l'entreprise redressée dans la situation fiscale qui aurait dû prévaloir initialement afin d'établir l'assiette de l'impôt. Elle est, néanmoins, répressive en ce qu'elle réduit à néant une tentative d'évasion fiscale en soumettant à l'impôt des revenus indirectement transférés* »

⁴¹¹ Sobre esta temática veja-se também BILON, J.L., *Transferts indirects de bénéfices à l'étranger (régime fiscal)*, Librairies techniques, collection «Bibliothèque de droit de l'entreprise», 1981, pags. 169, e PENNERA, C., *Les sociétés-relais et l'évasion fiscale internationale*, JCP éd. Commerce International, 1974, pags. 141.

disposição não impede tais ajustamentos. Ou seja, a questão para a OCDE deverá ser analisada numa óptica do direito interno de cada um dos Países, porquanto se as legislações fiscais o permitirem, tais ajustamentos secundários⁴¹² sempre serão susceptíveis de acontecer⁴¹³.

A OCDE no seu guia sobre a temática dos preços de transferência, dedica concretamente a alínea v) Ajustamentos secundários, do seu Capítulo IV, a discutir esta temática, assumindo claramente de que estes ajustamentos secundários⁴¹⁴ têm em vista a reconstituição da operação, em que os lucros excedentários resultantes do ajustamento inicial são analisados como se tivessem sido efectivamente transferidos sob outra forma qualquer e tributados em conformidade, assumindo que esta técnica poderá ter em vista o impedimento de uma evasão fiscal^{415 416 417 418}, preocupando-se contudo se esta técnica origina uma dupla tributação, facto que as CDTs também se preocupam em acautelar⁴¹⁹ e que a OCDE entende que se deve acautelar, chamando

⁴¹² Sobre esta temática refere GEMMA SALA GALVAÑ, *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, pags. 205, que “...se habilita a la Administración Tributaria a que se grave esa «segunda operación» realizada a la sombra del precio de transferencia que no se convino con arreglo al mercado abierto a través de la práctica de los denominados «ajuste secundarios»; esto es, la reclasificación a efectos fiscales de los rendimientos transferidos que exceden del valor normal de mercado de la operación vinculada declarada por las partes (de cuya realización efectiva no se duda) para adecuar la tributación a la situación patrimonial de la empresa vinculada tras el precio de transferencia”.

⁴¹³ Veja-se sobre este aspecto os comentários da OCDE ao n.º 2 do artigo 9.º do MCOCDE, *MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO – OCDE*, Lisboa, 2005, pags. 223, parágrafos 8 e 9.

⁴¹⁴ A IFA define ajustes secundários como “...an adjustment to tax liability to reflect a deemed transaction (a secondary transaction) that is constructed to account for the profits in the hands of BCORP that would have been transferred to ACORP if the transfer pricing had been arm’s length...”, IFA, “Secondary Adjustments and Related Aspects of Transfer Pricing Corrections”, Proceedings of a Seminar held in Toronto, Canada, 1994, *48th Congress of the International Fiscal Association*, Ed. Kluwer, Holanda, 1996, pags 21.

⁴¹⁵ Veja-se OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags.140, item 4.67.

⁴¹⁶ De acordo com GHARBI, N., *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L’Harmattan, 2005, pags. 399 “...Le régime sévère applicable aux transferts indirects de bénéfices à l’étranger fait partie des moyens de lutte contre cette forme d’évasion ou de fraude fiscales internationales.[c’est pourquoi] les transferts indirects de bénéfices ont un caractère occulte et constituent des attributions «camouflées» de revenus entre des entreprises ayant des liens de dépendance...”.

⁴¹⁷ Sobre esta temática escreve CUBILLO VALVERDE, C., “Empresas asociadas: el art. 9 del Modelo de Convenio de la OCDE de 1977”, AA. VV., *Estudios de Doble Imposición Internacional*, IEF, Madrid, 1977, pags. 284, que únicamente si se plantean los efectos principales y los secundarios de los ajustes se conseguirá establecer la situación tributaria realista de las dos empresas en los dos Estados contratantes. Es decir, idéntica situación a la que se hubiera producido de haberse efectuado las transacciones en las condiciones de mercado”.

⁴¹⁸ Sobre esta questão veja-se também COZIAN, M., “L’imposition des distributions irrégulières effectuées par les sociétés relevant de l’impôt sur les sociétés (C.G.I., art. 108 à 117)”, *DF* n.º 49, 1985, pags. 1414.

⁴¹⁹ Veja-se OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags.141, item 4.69, quando ali afirma claramente de que “Um ajustamento secundário pode traduzir-se numa dupla tributação se o outro país não conceder um crédito de imposto

a atenção que há países que se recusam a levar à prática esta eliminação da dupla tributação pelo facto que o artigo 9.º do MCOCDE não os obrigar a fazer^{420 421}.

A OCDE assume assim uma postura puramente objectiva sobre as operações secundárias e a sua consequente tributação pelas Administrações Fiscais em face da conformidade das operações vinculadas com o princípio *arm's length*, deixando tal atitude fiscal à capacidade da legislação interna dos países, mostrando a sua preocupação que as Administrações Fiscais para onde foram efectivamente desviados tais rendimentos não procedam a um ajustamento secundário em vista à eliminação da dupla tributação, sendo evidente que com esta atitude a OCDE amplia o conceito de ajuste correlativo, a levar a cabo pela Administração Fiscal do país para onde foram «desviados» os rendimentos, pela integração no mesmo quer do ajuste correlativo do imposto gerado pela operação primária, quer o gerado pela operação secundária, sugerindo igualmente que esta questão seja analisada no âmbito de um eventual procedimento amigável que tais situações originem^{422 423}.

iii. O ajuste correlativo como meio de eliminação da dupla tributação

A OCDE assume plenamente no “Prefácio” em que apresenta as suas linhas orientadoras aplicáveis às operações vinculadas, que a assunção do princípio de

correspondente ou uma outra forma de desagravamento relativamente à obrigação fiscal adicional que pode resultar de um ajustamento secundário”

⁴²⁰ Repare-se na posição da OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags.141, item 4.70 *in fine*, quando ali chama a atenção para o facto de que “...certos países podem recusar-se a conceder um desagravamento a título de ajustamentos secundários efectuados por outros países e, com efeito, o Artigo 9.º não os obriga a fazê-lo”.

⁴²¹ Atente-se que GARCÍA-HERRERA BLANCO, C., *Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el impuesto sobre sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001, pags. 151, afirma que “...el art 9.2 MC-OCDE ni prohíbe ni tampoco obliga a las Administraciones fiscales a realizarlos, tratándose, por tanto, de una cuestión que ha de decidirse por cada país, cuyo ordenamiento jurídico interno podrá optar por estos ajustes cuando lo estime pertinente...[e que] ...también en los Comentarios al MC-OCDE, concretamente a su art. 9.2, se insiste en esta misma línea...”.

⁴²² Veja-se OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags.144, item 4.77.

⁴²³ Sobre esta posição objectivista da OCDE sobre a problemática das operações secundárias veja-se GEMMA SALA GALVAÑ, *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, pags. 230, ao afirmar que “...la versión final del Informe de 1995 ha acabado adoptando una postura objetiva sobre los mismos. En efecto, la OCDE recomienda a las Administraciones Tributarias que, cuando efectúen ajustes secundarios de acuerdo con su legislación interna, los estructuren de la forma que más minimice la posibilidad de doble imposición internacional, salvo en los casos en que la conducta de contribuirse se infiera una intención de encubrir un dividendo para eludir la tributación en la fuente. Con ello, amplía el ámbito de aplicación de los ajustes secundarios a supuestos en que no exista elusión fiscal, recomendando únicamente en estos casos tratar de eliminar la doble imposición que provocan”.

plena concorrência, ou da empresa independente, nas relações entre empresas vinculadas, tem o duplo objectivo de assegurar uma correcta determinação da base do imposto em cada país e evitar a dupla tributação⁴²⁴, chamando nós aqui a tenção à aplicabilidade pela OCDE da conjunção cumulativa “e”. Isto é, o que aquela organização internacional pretende com a aplicabilidade do princípio *arm’s length* é que haja a mesma partilha, entre os Países envolvidos, da receita fiscal gerada pelas operações vinculadas que haveria se as mesmas operações fossem concluídas entre partes independentes, e por isso quer que a aplicabilidade de tal princípio evite a dupla tributação, aliás objectivo das CDTs celebradas pelos diversos países e, continua a OCDE naquela sua linha de orientação, a indicar às Administrações fiscais que se devem preocupar, não só em proceder a uma justa repartição do imposto entre os países envolvidos nas transacções vinculadas, mas também em prevenir essa dupla tributação dos contribuintes através da aplicabilidade dos ajustamentos correlativos. Ou seja, através de um ajustamento em baixa, efectuado pela outra Administração Fiscal do outro país envolvido, de modo a que a repartição dos lucros entre as duas autoridades fiscais seja conforme com o ajustamento inicial ou primário e não haja dupla tributação⁴²⁵.

A OCDE mantém como ponto de honra em toda esta sua análise que a tributação é uma prerrogativa que deriva da soberania de cada país e, por tal, os ajustamentos correlativos não podem ser obrigatórios, mas resultam sim de uma manifestação de vontade querida por cada país e em face das situações concretas, chegando ao ponto de afirmar que esta não obrigatoriedade dos ajustamentos correlativos têm também em vista precaver as atitudes que outras Administrações Fiscais possam tomar ao proceder aos ajustamentos iniciais que resultem de «ajustamentos arbitrários ou fantasiosos». Ou seja, partindo do princípio que os ajustamentos iniciais mais não são do que a colocação das operações vinculadas na sua real dimensão em face do princípio *arm’s length*, seria ferir a soberania dos países que aceitassem efectuar correcções levadas a cabo noutros países que derivassem de

⁴²⁴ A OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, a pags.18, item 7, assume plenamente que “Estes princípios de tributação internacional foram adoptados pelos Países Membros da OCDE com o propósito de servir um duplo objectivo: assegurar uma correcta determinação da base do imposto e evitar a dupla tributação, de modo a minimizar os conflitos entre Administrações Fiscais e a promover as trocas e os investimentos internacionais.” (sublinhado nosso).

⁴²⁵ Veja-se OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags.117 e 127, itens 4.4 *in fine* e 4.32.

uma aplicação totalmente incoerente com esse princípio⁴²⁶ e, nesta linha de pensamento, entende a OCDE que cabe sempre ao Estado que procedeu ao ajuste inicial o ónus de provar ao outro Estado (ou Estados) que a sua rectificação está plenamente justificada, quer em relação à aplicabilidade do princípio *arm's length*, quer em relação ao montante que calculou⁴²⁷, porque, como amiúde é por si lembrado, «a fixação de um preço de transferência não é uma ciência exacta», o que origina que «nem sempre é possível determinar um único preço correcto de plena concorrência»⁴²⁸, significando isto que é necessária uma redobrada atenção na objectivação deste «conceito indeterminado» de preço de transferência conforme ao princípio *arm's length*, uma vez que a mesma organização sugere que não se deverá efectuar qualquer ajuste quando o mesmo esteja integrado num intervalo de plena concorrência, significando isto a pura admissão de que há vários «preços» possíveis e todos eles integrados no conceito de negociação segundo o princípio da empresa independente⁴²⁹.

Assim, após estas primeiras considerações, iremos analisar esta problemática dos ajustamentos correlativos sob duas perspectivas, ou seja, em primeiro lugar iremos analisar o *modus faciendi* para se concretizar o ajuste correlativo, para de seguida nos debruçarmos sobre as dificuldades ou impossibilidades da sua concretização.

⁴²⁶ Veja-se OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 128, item 4.35.

⁴²⁷ Assim a OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 122, item 4.17 *in fine*.

⁴²⁸ Veja-se OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 118, item 4.8.

⁴²⁹ A OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 55, itens 1.45 e 1.48, recomenda, no paragrafo *iv* dedicado à **Utilização de um intervalo de plena concorrência**, que “...muitas vezes, porém, dado que a fixação dos preços de transferência não é uma ciência exacta, a aplicação do método ou dos métodos mais adequados conduza a um intervalo de valores, todos eles com uma fiabilidade mais ou menos equivalente...” e assim perante esta constatação aconselha que “...se as condições relevantes de uma operação vinculada (e.g., o preço ou a margem) se situarem dentro do intervalo de plena concorrência, não há lugar a ajustamento...”, sugerindo ainda que “...o contribuinte deveria ter a possibilidade de demonstrar que as condições da operação estão conformes com o princípio de plena concorrência e que o intervalo de plena concorrência engloba os seus resultados...”.

O ajustamento correlativo que tem a sua origem no n.º 2 do artigo 9.º do MCOCDE^{430 431}, pretende acautelar que haja lugar a uma dupla tributação económica quando, em face do ajustamento primário ou inicial, levado a cabo pelo primeiro país, em vista à correcção, para um valor superior, dos valores inicialmente constantes da contabilidade e relativos a operações vinculadas, seja reposta a verdade fiscal no segundo país, diminuindo a carga fiscal da outra empresa relacionada e aqui contribuinte, resultando daqui a mesma carga fiscal que resultaria se a operação vinculada tivesse sido efectuada *ab initio* em conformidade com o princípio *arm's length*^{432 433 434 435} e, estando nós dentro de um dos redutos manifestantes da soberania dos países, que é o seu direito à tributação, logicamente que a OCDE reconhece que os países só devem efectuar ajustes correlativos se concordaram com os princípios que levaram à sua quantificação e com o valor dessa mesma

⁴³⁰ Em relação à aplicabilidade do n.º 2 do artigo 9.º do MCOCDE, vejam-se, entre outros, GOTA LOSADA, A., *Tratado del Impuesto de Sociedades*, tomo II, Banco Exterior de España, Madrid, 1988, pags. 478 ss, e SANZ GADEA, E., *Impuesto sobre Sociedades, Comentarios y casos prácticos*, tomo I, 3.ª edição, CEF, Madrid, 1991, pags. 342.

⁴³¹ De acordo com TOVILLAS MORÁN, J.M., *Estudio del Modelo de Convenio sobre Renta y Patrimonio de la OCDE de 1992*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pags. 124, o n.º 2 do artigo 9.º do MCOCDE “...*intenta evitar la doble imposición económica creando un mecanismo de ajuste bilateral por el que el Estado que gravó las rentas en primer lugar realice los ajustes necesarios para evitar la doble imposición económica...*”.

⁴³² Neste sentido veja-se o comentário da OCDE ao n.º 2 do artigo 9.º do MCOCDE, *MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO – OCDE*, Lisboa, 2005, pags. 221, parágrafo 5.

⁴³³ Veja-se OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 127, item 4.32, sobretudo quando ali se afirma que “...*a finalidade do ajustamento correlativo não é a de garantir a uma multinacional um benefício superior ao que resultaria à partida em condições de plena concorrência...*”, ou diríamos nós num interpretação enunciativa a contrario sensu, o que a OCDE pretende é que a multinacional tenha a final o mesmo benefício que teria se tivesse utilizado desde o início as condições de plena concorrência.

⁴³⁴ De acordo com “...*la Resolución del TEAC de ao de septiembre de 1986...*” e descrita por MORENO FERNÁNDEZ, J.I., *La Tributación de las Operaciones Vinculadas*, 2.ª Edición, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003, pags. 169, “...*el ajuste bilateral de los precios de transferencia, (...) desemboca en una situación idéntica a la que se hubiera producido si «ab initio» las sociedades intervinientes hubiesen operado de acuerdo con precios de libre mercado, que es el objetivo último (...) que, por supuesto, elimina todo propósito de elusión fiscal; por el contrario, si el ajuste es sólo positivo y unilateral es cierto que impide la elusión o fraude fiscal, pero trastoca la realidad, originando en el conjunto de las sociedades intervinientes un beneficio ficticio, superior al realmente habido y, por tanto, doble imposición, y en sentido inverso si no existieran ajustes fiscales sería muy fácil elidir determinados impuestos (...) mediante precios de transferencia; por lo que es obligado resaltar que el camino lógico, equitativo y eficaz es el de los ajustes fiscales, pero con efecto bilateral y recíproco.*” (sublinhado nosso).

⁴³⁵ Veja-se GARCÍA-HERRERA BLANCO, C., *Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el impuesto sobre sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001, pags. 145, ao afirmar que “...*hay que señalar que para un sector doctrinal (...) el art. 9.2 MC-OCDE (...), relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de las empresas asociadas, proclama el ajuste bilateral. A nuestro juicio, esto precepto no exige la bilateralidad de los ajustes tal y como, en cambio, sí preceptúa nuestra normativa interna. En realidad, (...) el art.º 9.2 MC-OCDE (...) lo que prohíbe es el ajuste unilateral pero, en cambio, permiten tanto los ajustes bilaterales como los ajustes secundarios, pues en ambos casos se elimina o, al menos, se mitiga la doble imposición, Ello dependerá de la opción que haya seguido la normativa interna de cada país...*”.

quantificação⁴³⁶, aliás se assim não fosse distorçíamos a essência do princípio de plena concorrência que tem em vista uma equiparação da tributação das empresas vinculadas com as empresas independentes, pelo que se não se proceder à eventual eliminação da dupla tributação económica internacional⁴³⁷, passamos a penalizar as empresas vinculadas comparativamente com as empresas independentes.

Ou dito de outro modo, se se não eliminar a dupla tributação económica, as empresas vinculadas suportarão uma maior carga fiscal do que aquela que suportariam as empresas independentes em vista da realização do mesmo tipo de operações empresariais, ferindo gravemente a competitividade fiscal das empresas vinculadas em relação às independentes e, como o que se pretende com este ajuste correlativo é o findar as regularizações que se geram com a realização de operações vinculadas *not at arm's length*, e criar deste modo a neutralidade fiscal que o princípio *arm's length* encerra em si mesmo, ou seja, equiparar a tributação das empresas vinculadas com as independentes e favorecer o fluxo internacional de capitais, dos fluxos empresariais e incentivar a competitividade empresarial⁴³⁸.

De acordo com a OCDE, este ajuste correlativo poderá ser materializado por duas vias, quais sejam: por um lado proceder a uma redução na matéria colectável no segundo Estado em relação à outra empresa vinculada e aí tributada, que representasse a diminuição a essa matéria colectável de um valor igual àquele em que tinha sido aumentada a matéria colectável na outra empresa vinculada no Estado que procedeu ao ajuste inicial – (se a empresa **A**, localizada no Estado **1** sofre um aumento de **100** de matéria colectável, a empresa **B**, localizada no Estado **2** deverá ver reduzida a sua matéria colectável em **100**) – por outro lado poderá o segundo Estado, em vez de alterar a matéria colectável inicial, proceder antes à diminuição do imposto aí suportado através da concessão de um dedução ao mesmo de igual valor

⁴³⁶ Neste sentido veja-se o comentário da OCDE ao n.º 2 do artigo 9.º do MCOCDE, *MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO – OCDE*, Lisboa, 2005, pags. 222, parágrafo 6 e “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 128, item 4.35.

⁴³⁷ Falamos aqui de dupla tributação económica internacional, porquanto o mesmo rendimento será sujeito a tributação duas vezes em pessoas jurídicas distintas situadas em dois países diferentes, porquanto, seria dupla tributação jurídica internacional se o mesmo rendimento fosse sujeito a tributação duas vezes na mesma pessoa jurídica em países diferentes, mas como apenas e só a nossa análise incide sobre o artigo 9.º da MCOCDE, estaremos sempre no âmbito de duas pessoas jurídicas distintas. Sobre a dupla tributação internacional veja-se CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación*, Ed. McGraw-Hill, 1997, pags. 109.

⁴³⁸ Neste sentido veja-se GEMMA SALA GALVAÑ, *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, pags. 361 a 364.

ao que foi exigido no Estado que fez o ajuste inicial ou primário⁴³⁹ – (se a empresa **A**, localizada no Estado **1** sofre um aumento de **10** de imposto em relação ao que já tinha suportado, o Estado **2** deverá reduzir o imposto que a empresa **B**, já ali tinha suportado, também em **10**) – ressaltando daqui a neutralidade da aplicabilidade do princípio *arm's length*^{440 441}.

Acabamos de ver qual o fim em vista da eliminação da dupla tributação económica internacional, levada a cabo com o ajuste correlativo, contudo, não se pense que este procedimento é obrigatório sempre que um qualquer Estado proceda a um ajuste inicial. Isto é, não estamos perante um ajuste correlativo levado à prática de uma forma mecânica e automática, porquanto, se estamos dentro da âmbito de um dos redutos fundamentais dos Estados, que é lançar e cobrar impostos, é forçoso concluir que, conforme reconhece a OCDE, esta rectificação do imposto cobrado só se deve efectivar se o outro Estado concordar com a aplicabilidade do princípio de plena concorrência, inserindo-se aqui os eventuais métodos aplicados, e se concordar com o valor encontrado, ou seja, que ambos os Estados estejam de acordo que há uma concreta violação do princípio do mercado livre e concorrencial, que os métodos utilizados para a concreta valoração são aceites em comum e que a valoração das concretas operações vinculadas seja aceite por ambos^{442 443 444}.

⁴³⁹ Está aqui em questão a aplicabilidade do artigo 23.º do MCOCDE relativo ao método de eliminação da dupla tributação.

⁴⁴⁰ Sobre os métodos de se efectuarem os ajustes correlativos veja-se o comentário da OCDE ao n.º 2 do artigo 9.º do MCOCDE, *MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO – OCDE*, Lisboa, 2005, pags. 222, parágrafo 7, e “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 128, item 4.34.

⁴⁴¹ De acordo com a IFA, *Secondary Adjustments and Related Aspects of Transfer Pricing Corrections*, Proceedings of a Seminar, Toronto, Canada, 1994, *48th Congress of the International Fiscal Association*, ED. Kluwer, Holanda, 1996, pags. 7 e 8, o primeiro método, em que se deduz a matéria colectável no segundo Estado em valor igual ao que foi acrescido no primeiro Estado, é preferível ao segundo, porquanto, quando a dedução é ao nível do imposto, poderá haver prejuízo para as empresas vinculadas – analisadas no seu conjunto – se a taxa real de imposto, praticada no Estado que procedeu ao ajuste inicial, for inferior à taxa real praticada no segundo Estado que procede ao ajuste correlativo, mas, se por acaso a situação for inversa, isto é, se a taxa real for superior no primeiro Estado que no segundo, este vê diminuído seu imposto final, comparativamente com o valor que veria se as operações fosse desde o início efectuadas segundo o princípio *at arm's length*.

⁴⁴² Veja-se a descrição exemplificativa desta problemática feita pela OCDE no comentário n.º 6 ao n.º 2 do artigo 9.º do MC, *MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO – OCDE*, Lisboa, 2005, pags. 222, parágrafo 6.

⁴⁴³ Quanto à não obrigatoriedade do ajuste correlativo veja-se a OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 128, item 4.35.

Aliás, como já referimos, é curiosa a expressão da OCDE para afastar a hipótese de qualquer ajuste correlativo obrigatório, ao escrever que se não devem impor às Administrações Fiscais os ajustamentos iniciais “*arbitrários ou fantasiosos*”, aliás o caminho que já vem trilhado de item 4.9 em que a OCDE recomenda aos “...verificadores [que] façam prova de maleabilidade e não exijam aos contribuintes (...) um nível de precisão irrealista (...) [e, que devem ter] em atenção o juízo comercial feito pelo contribuinte

Assim, resulta do que acabamos de expor que se o Estado em que se poderia efectuar o ajuste correlativo entender que as operações vinculadas em questão não foram levadas a cabo dentro do respeito pelo princípio da empresa independente, isto é, que não estão conformes às regras do mercado livre, e assim reconhecer que as empresas vinculadas não determinaram os seus preços de transferência com base em métodos que são considerados válidos por este Estado, logicamente que nunca irá concordar com qualquer ajuste correlativo, uma vez que não considera que o imposto que ali foi arrecado é aquele que consideraria justo em face do princípio *arm's length*, não concordando assim com o ajuste inicial levado a cabo por uma rectificação unilateral que, na sua óptica, não respeita as regras da livre concorrência^{445 446 447}.

Se analisarmos a MCOCDE, esta incorpora no artigo 9.º o princípio da plena concorrência aplicável às empresas vinculadas e a consequente exigência da eliminação da dupla tributação económica internacional, contudo não encontramos ali qualquer método que seja aplicável para efectivar aquele princípio *at arm's length*.

sobre a aplicabilidade do princípio de plena concorrência, para que a análise dos preços de transferência esteja ajustada com as realidades da vida das empresas..”, isto é, pretende a OCDE lembrar que estamos numa análise eminentemente fiscal, a qual não poderá intervir com a gestão das empresas, dentro do conceito de «Homem de negócios previdente» ou do «Acto de gestão normal», e assim, o que se pretende evitar aqui são as irresponsabilidades das actuações das administrações fiscais, impondo-se até o ónus da prova a quem toma a iniciativa de tal ajuste inicial, perante a outra Administração Fiscal, conforme resulta do item 4.17.

⁴⁴⁴ Neste sentido veja-se GEMMA SALA GALVAÑ, *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, a pags. 377, quando refere que “...tales rectificaciones [correspondientes] (...) en la segunda jurisdicción fiscal no se practican mecánica o automáticamente (...) sino exclusivamente en el supuesto de que tal Administración Tributaria admita como válida la determinación administrativa de la base imponible del contribuyente residente en el otro Estado Contratante..”

⁴⁴⁵ Neste sentido veja-se o comentário ao n.º 6 ao n.º 2 do artigo 9.º do MC, *MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO – OCDE*, Lisboa, 2005, pags. 222, parágrafo 6, quando ali afirma que “...o Estado B só terá de efectuar o ajustamento dos lucros da empresa associada se considerar que a rectificação feita no Estado A se justifica quer no seu princípio quer no que se refere ao respectivo montante...”, isto é, não é admissível uma intromissão abusiva na soberania fiscal dos Estados.

⁴⁴⁶ O n.º 2 do artigo 9.º do MCEUA contém a indicação expressa que os ajustamentos correlativos só serão levados a cabo se o Estado que o vier a efectuar concordar que o ajuste inicial respeita o princípio de plena concorrência, conforme se pode ver pela seguinte afirmação: “...and the other Contracting State agrees that the profits so included are profits that would have accrued to the enterprise of the first-mentioned State if the conditions made between the two enterprises had been those that would have been made between independent enterprises...”. Veja-se *UNITED STATES MODEL INCOME TAX CONVENTION OF NOVEMBER 15, 2006* em www.irs.gov.

⁴⁴⁷ O artigo 9.º do MCONU tem um paragrafo 3(terceiro) que estabelece que “As disposições do paragrafo 2 (que se referem ao ajuste correlativo) não se aplicam quando em processos judiciais, em processos administrativos ou outros procedimentos legais dêem lugar a uma decisão definitiva através da qual, e como consequência das acções que ocasionaram o ajuste dos rendimentos segundo o paragrafo 1 (ajuste inicial ou primário), uma das empresas afectadas foi considerada responsável por ter cometido fraude, negligência grave ou omissão voluntária” (tradução da nossa responsabilidade), isto é, assume aqui expressamente mais uma causa para não haver lugar a um ajuste correlativo, qual seja, a assunção clara de não pactuar com a utilização dos preços de transferência numa óptica puramente de elisão ou fraude fiscal empresarial.

Apesar de a OCDE ter publicado os comentários⁴⁴⁸ à sua MC, foi através das suas linhas orientadoras aplicáveis aos preços de transferência onde aquela organização internacional desenvolveu os métodos que considera correctos para se determinarem os preços de transferência em conformidade com o princípio do mercado livre e independente, linhas orientadoras estas que se devem considerar integradas naqueles comentários, comentários estes que são a interpretação que a OCDE faz da sua MC, contudo, o facto é que aquela MC não tem em nenhum dos seus artigos os métodos utilizáveis para a determinação dos preços de transferência⁴⁴⁹.

Ou dito de forma diversa, os métodos aplicáveis que a OCDE entende aplicáveis à determinação dos preços de transferência estão disciplinados em comentários interpretativos⁴⁵⁰ e não no articulado da própria MCOCDE, donde resulta que, se os países Membros, e não-Membros, que elaboram as suas CDTs com base nesta MC estabelecerem um artigo igual, ou semelhante, ao artigo 9.º da MCOCDE, sem

⁴⁴⁸ Os comentários da MCOCDE são fruto do trabalho desenvolvido pelos especialistas que representam os países Membros, e assim representam a sua interpretação autêntica, pelo que o fruto do trabalho ali desenvolvido é recomendado por esta organização internacional para ser seguido por todos os Estados aquando da elaboração e aplicação das suas CDTs, aliás o que quanto a nós se impõe face ao artigo 26.º e ao n.º 1 do artigo 31.º, ambos da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados, assinado em Viena a 23 de Maio de 1969, isto é, em face da aplicabilidade do princípio *Pacta sunt servanda*, se os países Membros foram ali representados pelos seus especialistas, estes representam as posições dos seus países, derivando daqui que os países Membros devem cumprir na exacta medida do que se vincularam, procedendo à interpretação sempre de acordo com a boa fé, além que esta interpretação é sempre vista como uma interpretação actualista, ou seja, em cada momento devem as CDTs serem interpretadas de acordo com a última versão interpretativa oriunda da OCDE. Aliás esta posição é assumida pela OCDE quando da «Introdução» assume no n.º 3, *in fine*, que “...os países Membros, quando celebram novas convenções bilaterais ou revêem as convenções bilaterais existentes, deveriam conformar-se com este Modelo de Convenção à luz da interpretação feita nos Comentários e tendo em atenção as reservas deles constantes, e as respectivas administrações fiscais deveriam seguir os referidos Comentários, com as alterações introduzidas periodicamente e com a ressalva das observações que tenham formulado a esse respeito, sempre que sejam chamadas a aplicar e a interpretar as disposições das suas convenções fiscais bilaterais que têm como base o Modelo de Convenção...”, acrescentando ainda no n.º 3 do n.º I. do «Anexo» que “Recomenda que as respectivas administrações fiscais sigam os Comentários relativos aos Artigos do Modelo de Convenção Fiscal, com as alterações periodicamente introduzidas, sempre que sejam chamadas a aplicar e a interpretar as disposições das suas convenções fiscais bilaterais, assentes nos referidos Artigos...”. Veja-se OCDE, *MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO* – OCDE, Lisboa, 2005, pags. 11 e 12, 602 e 603.

⁴⁴⁹ Veja-se OCDE, *MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO* – OCDE, Lisboa, 2005, pags. 222, parágrafo 7, em comentário ao n.º 2 do artigo 9.º da MCOCDE em que se afirma que “...este número não especifica qual o método a utilizar para efectuar o ajustamento (...) pelo que os Estados contratantes têm toda a liberdade para estabelecerem de comum acordo as normas específicas que desejem incluir no presente Artigo...”.

⁴⁵⁰ Estas linhas orientadoras emanadas da OCDE, integram a interpretação que aquela organização internacional faz ao artigo 9.º da sua MC, tal e qual resulta do n.º 1 do comentário ao referido artigo 9.º em que se afirma que “Este Relatório [Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais] representa os princípios internacionalmente aceites e traça as directrizes para a aplicação do princípio de plena concorrência, de que o Artigo 9.º constitui o enunciado que faz autoridade”. Veja-se OCDE, *MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO* – OCDE, Lisboa, 2005, a pags. 219, parágrafo 1.

concretamente disciplinarem nas suas CDTs os métodos que devem aplicar para concretizar o princípio do mercado livre e independente em relação às operações vinculadas, então essas CDTs não impõem aos Estados contratantes quais os métodos que devem aplicar para determinarem os preços de transferência em conformidade com o princípio de plena concorrência.

Chegados aqui constatamos que os métodos para a determinação dos preços de transferência resultam das normas internas do direito fiscal de cada Estado⁴⁵¹ ⁴⁵² e não das CDTs que tenham celebrado⁴⁵³, o que levanta à partida outra dificuldade na aplicabilidade do ajuste correlativo. Efectivamente, se o método utilizado pelo Estado que procedeu ao ajuste inicial ou primário, não fizer parte dos métodos constantes do direito interno do outro Estado que deveria proceder ao ajuste correlativo, este negar-se-á a efectuar esse ajuste correlativo alegando que o valor encontrado pelo primeiro Estado não se encontra conforme com o direito aplicável no segundo Estado. Ou seja, aquele método não é um método considerado pelo segundo Estado conforme ao princípio de plena concorrência⁴⁵⁴ e, assim, logicamente que negará a efectivação do ajuste correlativo.

Apesar do que acabamos de afirmar corresponder à aplicabilidade pelos Estados das CDTs, que celebraram em conformidade com a MCOCDE, e do seu direito

⁴⁵¹ Tal facto é reconhecido pela OCDE, "OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 116, item 4.4, quando ali reconhece que "...cada país Membro define e implementa em conformidade com a sua legislação interna e aos seus procedimentos administrativos certas práticas tendentes a assegurar o cumprimento das respectivas disposições fiscais..."

⁴⁵² Neste sentido veja-se GEMMA SALA GALVAÑ, *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, a pags. 384, em que afirma que "...han sido los propios Estados los que, a través de su derecho interno, han conformado el ámbito del principio «arm's length» en sus jurisdicciones fiscales en virtud de la adopción de los métodos recomendados por los Informes de la OCDE..."

⁴⁵³ Tenha-se contudo em atenção que a própria MCOCDE estabelece no n.º 2 do artigo 3.º as regras interpretativas das suas normas, pelo que o princípio de plena concorrência constante do artigo 9.º sempre será interpretado de acordo com os métodos constantes do ordenamento fiscal interno de cada um dos Estados envolvidos nas operações vinculadas. Veja-se MCOCDE, *MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO – OCDE*, Lisboa, 2005, pags. 33.

⁴⁵⁴ Resulta da conjugação do parágrafo 6 dos comentários ao n.º 2 do artigo 9.º do MCOCDE, *MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO – OCDE*, Lisboa, 2005, pags. 222, com o item 4.4 dos «Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais», "OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 116, que em face da soberania fiscal de cada país este só deverá proceder a um "...ajustamento (...) se o Estado B [aquele que vai proceder ao ajustamento correlativo] considerar que o valor dos lucros rectificadados corresponde ao que teria sido obtido se as transacções se tivessem processado com absoluta independência", facto que só é possível determinar em face dos métodos que tem plasmados no seu direito interno.

interno, devemos efectuar duas ressalvas, a saber. Em primeiro lugar poderá acontecer que, apesar de não constarem das CDTs os métodos aplicáveis à determinação dos preços de transferência, podem contudo os mesmos serem acordados pelos Estados parte nas CDTs através de um novo acordo internacional que complemente aquelas CDTs ou, em alternativa, serem fruto da elaboração de um procedimento interpretativo amistoso, com base em norma semelhante à constante do n.º 3 do artigo 25.º da MCOCDE⁴⁵⁵, em que fiquem plasmados os métodos que ambos os Estados consideram capazes de determinarem com rigor o princípio de plena concorrência.

Contudo, se nenhuma destas opções foi tomada em conta pelos Estados parte nas CDTs, temos como segunda opção possível para solucionar esta eventual falta de sincronia nos métodos utilizados para a determinação dos preços de transferência, a utilização pelo contribuinte do procedimento amigável previsto no artigo 25.º da MC, e aí os Estados encontrarão um método que seja por ambos partilhado e, em face da situação concreta, dar uma solução satisfatória à aplicabilidade por ambos do princípio *at arm's length*⁴⁵⁶.

Como vimos, a OCDE indica que os países envolvidos nas operações vinculadas não devem efectuar qualquer ajustamento correlativo se não concordarem com o respectivo montante do ajuste primário ou inicial⁴⁵⁷, e assim, podemos chegar a

⁴⁵⁵ Estabelece o n.º 3 do artigo 25.º da MCOCDE um tipo concreto de procedimento amigável interpretativo que dispõe que “As autoridades competentes dos Estados Contratantes esforçar-se-ão por resolver, através de acordo amigável, as dificuldades ou as dúvidas a que possa dar lugar a interpretação ou a aplicação da Convenção”, e se atentarmos na interpretação que a OCDE faz àquele n.º 3, verificamos que no ponto 32 dos comentários afirma que “o primeiro período do presente número convida e habilita as autoridades competentes a resolver, se possível, as dificuldades de interpretação ou de aplicação...”, para de seguida no parágrafo 33 afirmar que “esta disposição permite resolver as dificuldades decorrentes da aplicação da Convenção. Tais dificuldades não são apenas de ordem prática (...) mas também as que são de molde a comprometer ou a entravar a articulação normal das cláusulas convencionais. (sublinhado nosso). Veja-se MCOCDE, *MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO* – OCDE, Lisboa, 2005, pags. 487 e 499.

⁴⁵⁶ A assunção do procedimento amigável para a resolução dos conflitos gerados entre os Estados sobre a temática dos preços de transferência está claramente assumido nos comentários ao artigo 25.º da MCOCDE, nos pontos 9 e 10, quando, designadamente ali se afirma que “...de acordo com a opinião dominante no seio dos países membros, a dupla tributação económica gerada pela rectificação dos preços de transferência não é conforme, pelo menos, com o espírito da Convenção, sendo abrangida pelo âmbito de aplicação do procedimento amigável previsto no Artigo 25.º...”. Veja-se MCOCDE, *MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO* – OCDE, Lisboa, 2005, pags. 489 e 490.

⁴⁵⁷ Veja-se MCOCDE, *MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO* – OCDE, Lisboa, 2005, pags. 222, parágrafo 6, em que se afirma sem tibiezas que “...o Estado B só terá de efectuar o ajustamento dos lucros da empresa associada se considera que a rectificação feita no Estado A se justifica (...) no que se refere ao respectivo montante...”.

situações em que os países envolvidos não cheguem a acordo sobre o montante da valoração dos preços de transferência, designadamente nas seguintes situações.

O país que levaria à prática o ajustamento correlativo entende que, apesar dos métodos utilizados pelo primeiro país serem os correctos, os valores encontrados caem dentro do intervalo de plena concorrência e, como tal, entende que não será de se efectuar qualquer correcção⁴⁵⁸.

Outra hipótese dá-se quando, por exemplo, um país processe os preços de transferência agrupando as operações, enquanto o outro país entende que as operações são perfeitamente individualizadas, nascendo daqui valorações totalmente díspares em face da configuração que cada país dá às operações vinculadas.

Poderá acontecer igualmente que os países não se entendam quanto às operações independentes ou empresas independentes que devam servir de comparação com as operações vinculadas ou com as empresas associadas, derivando daqui valores diferentes em face dos elementos que cada país toma para comparação.

Efectivamente, estando nós a aplicar conceitos indeterminados, que têm que ser objectivados em face das situações concretas e sempre dentro de uma perspectiva subjectivista, apesar da sua concretização se processar através da aplicabilidade dos métodos já conhecidos, o facto é que estamos perante operações que sempre podem ser valoradas de forma distinta, aliás como admite a OCDE ao afirmar que «não se trata de aplicar uma ciência exacta»⁴⁵⁹, pelo que se deve ter também em atenção que os grupos multinacionais têm também interesse «por razões de boa gestão»⁴⁶⁰ em utilizarem os preços de plena concorrência, e que por tal é sempre possível encontrar preços que estejam conforme ao princípio *arm's length* dentro de um «intervalo de

⁴⁵⁸ Neste sentido a OCDE, "OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 57, item 1.48, quando ali sugere que "...se as condições relevantes de uma operação vinculada se situarem dentro do intervalo de plena concorrência, não há lugar a ajustamento...".

⁴⁵⁹ Este aspecto é frequentemente lembrado pela OCDE, como podemos ver entre outros nos seguintes passos dos seus comentários em OCDE, "OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 40, 55 e 118, itens 1.12, 1.45, 4.8.

⁴⁶⁰ Veja-se OCDE, "OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 36, 37, 41 e 42, itens 1.5, 1.15 e 1.16.

valores, todos eles com uma fiabilidade mais ou menos equivalente»⁴⁶¹, sendo que estes factos reais da vida empresarial que têm que ser densificados através de dados económico-financeiros – transacções, preços, margens brutas e líquidas, empresas independentes, regras distintas de contabilidade – que irão servir de comparação, quer ao valor normal de mercado, quer de empresa paradigma, e assim difíceis de serem encontrados no mercado internacional, para que seja possível que administrações fiscais distintas se possam colocar de acordo com as valorações dadas às operações vinculadas.

Pelo que acabamos de expor estamos perante um conflito na determinação dos valores dos preços de transferência que leva a OCDE a sugerir aos países envolvidos que a «determinação do preço de plena concorrência implica, forçosamente uma componente interpretativa»⁴⁶², interpretação esta que deverá ser sempre feita com boa fé, quer por parte dos contribuintes, quer das administrações fiscais⁴⁶³, e assim, se não houver acordo quanto à valoração, logicamente que não se fará qualquer ajustamento correlativo⁴⁶⁴, uma vez que não se pode impor a nenhum país que suporte uma despesa fiscal (porque é nisto que se traduz a perda de receita quanto se procede a um ajustamento correlativo) quando não concorda com os fundamentos para tal.

Outro aspecto que pode impedir a aplicação do ajuste correspondente está ligada com a temática descrita pela OCDE nas regras aplicáveis aos preços de transferência, em que certo e determinado país autorize que seja feita na declaração de rendimentos um ajuste compensatório, de forma a evidenciar a diferença constante da contabilidade e o preço de transferência determinado de acordo com o princípio de plena concorrência, ao qual já anteriormente nos referimos. Efectivamente, como ali admite aquela organização internacional, os países, em regra, não concordam com esta dissonância entre os registos contabilísticos e os valores constantes das declarações de rendimentos, sendo regra geral perfilhada a opinião que devem logo ser registados contabilisticamente os valores das operações vinculadas em

⁴⁶¹ Atente-se na OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags.55 e 118, itens 1.45 e 4.8.

⁴⁶² Atente-se na OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags.55 e 56, item 1.45.

⁴⁶³ Veja-se OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 118 e 119, item 4.9.

⁴⁶⁴ Neste sentido veja-se GEMMA SALA GALVAÑ, *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, pags. 386 e 387.

conformidade com o princípio da empresa livre e independente⁴⁶⁵, assumindo também aquela organização internacional que os países não aceitam efectuar qualquer ajustamento compensatório com base nessa diferença de valores constantes entre as declarações de impostos e a contabilidade⁴⁶⁶.

Efectivamente é ali assumido que apenas haverá lugar ao ajustamento correlativo desde que se esteja em presença de um ajuste primário ou inicial, mas derivando sempre este dos valores contabilísticos, e assim, em face dessa ausência de qualquer alteração aos valores contabilizados, levados a cabo através de um ajuste inicial ou primário há, logicamente, impossibilidade de se efectuar um ajuste correlativo^{467 468}.

Outro aspecto problemático em relação à eliminação da dupla tributação económica internacional está relacionada com a aplicabilidade dos regimes de salvaguarda – *safe harbour* ou *safe haven*^{469 470} – que certas administrações tributárias

⁴⁶⁵ Veja-se OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 129 e 130, item 4.38 e 4.39.

⁴⁶⁶ A questão que aqui está em discussão é a dificuldade que os países têm em admitir que os valores contabilizados devem corresponder ao valor real pelo que foram levadas a cabo as operações vinculadas e não por qualquer outro valor que previamente tenham calculado como valor conforme ao princípio de plena concorrência, ou dito de outro modo, impõe-se sempre que contabilisticamente sejam as operações valoradas segundo o valor que praticariam empresas livres e independentes, mesmo que esse valor não corresponda com o real valor praticado intra grupo. Atente-se que há uma grande variedade de operações contabilísticas e que para efeitos fiscais são sujeitas a correcções, aparecendo nestas declarações fiscais devidamente evidenciadas essas correcções aos valores contabilísticos, pelo que é um pouco difícil compreender que tais atitudes não sejam possíveis em relação aos preços de transferência, tanto mais é assim que cada vez mais é incentivada a troca de informações – previsto no artigo 26.º da MCOCDE – entre as diferentes Administrações fiscais, resultando desta atitude crescente que com facilidade de conhecia o valor contabilístico, o valor declarado, os métodos utilizados e das correcções eventualmente levadas a cabo, podendo deste modo ambas as administrações fiscais chegarem a acordo com o ajuste correlativo sem custos adicionais – custos de contexto – para o contribuinte.

Sobre esta problemática na doutrina dos EUA veja-se PETERSON, S.D. e HORNER, F.M. e constantes em IFA, “Secondary Adjustments and Related Aspects of Transfer Pricing Corrections”, *Proceedings of a Seminar*, Toronto, Canada, 1994, 48th Congress of the International Fiscal Association, ED. Kluwer, Holanda, 1996, pags. 11 e 22.

⁴⁶⁷ Resta sempre como hipótese ao contribuinte deitar mão do procedimento amigável – previsto no artigo 25.º da MCOCDE – para tentar obter um ajuste correlativo, mas, atente-se que este procedimento é de meios e não de resultado, ou seja, não terá nunca aquele contribuinte uma garantia plena que as duas administrações irão chegar a um entendimento tal que elimina a dupla tributação a que foi sujeito.

⁴⁶⁸ Neste sentido veja-se GEMMA SALA GALVAÑ, *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, pags. 393, ao afirmar que “...las rectificaciones extracontables o contables compensatorias por parte del obligado tributario a efectos fiscales provocarán doble imposición económica internacional debido a que el ajuste correspondiente únicamente se concede se se ha realizado previamente un ajuste primario...”.

⁴⁶⁹ O Regime de Salvaguarda – *safe harbour* ou *safe havens* – está amplamente explanado pela OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 150 a 161, itens 4.94 e 4.123.

⁴⁷⁰ De acordo com a OCDE este regime caracteriza-se por ser “...um regime de salvaguarda em que a legislação aplicável a uma determinada categoria de contribuintes isentos de certas obrigações

possam criar, no sentido de flexibilizarem a aplicabilidade dos preços de transferência e minimizarem os custos de contexto que são inerentes à determinação, comprovação e fiscalização dos preços de transferência, e como admite a OCDE estas regras podem atenuar essas dificuldades geradas pela aplicação do princípio de plena concorrência⁴⁷¹, mas também admite que a aplicação dos regimes de salvaguarda têm como consequência que os preços dali advindos possam não ser conformes ao princípio *arm's length* e repercutir-se assim nas outras empresas do grupo, com as consequentes implicações fiscais a nível dos outros países e originando uma incorrecta distribuição das receitas fiscais⁴⁷², senão até a fraude e evasão fiscal, com isto originando que o outro país não esteja disposto a aceitar tais preços, e assim, não esteja disposto a proceder a qualquer ajuste correlativo em fase da aplicabilidade pelo outro país das «*safe havens*», não eliminando, ou pelo menos atenuando, a dupla tributação económica internacional^{473 474 475}.

consignadas na legislação fiscal (...) [que se] situa entre a isenção total (...) de se conformarem à legislação interna em matéria de preços de transferência e a obrigação de satisfazerem diversas regras processuais (...) [aplicando], por exemplo, um método simplificado (...), sujeit[ando-se] à prestação de determinadas informações ou à manutenção de certos registos...”, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 151, item 4.95 e 4.96.

⁴⁷¹ Veja-se OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 153, item 4.100.

⁴⁷² Atente-se na OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 156, item 4.109.

⁴⁷³ Veja-se OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 156, itens 4.110 e 4.112.

⁴⁷⁴ Em face de toda a complexidade que a aplicabilidade destes regimes comporta, a OCDE indica claramente que não aconselha a sua utilização, como se pode ver em OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 161, item 4.123 *in fine*, afirmando inclusive a pags. 159, no item 4.118, que com estes regimes se corre “...o risco de se traduzir numa sub-tributação dos rendimentos à escala internacional (...) e permiti[r] transferir rendimentos tributáveis para países com uma baixa fiscalidade ou para paraísos fiscais...”, ou seja, incentivar a fraude e a evasão fiscais.

⁴⁷⁵ Conforme resulta da exposição da OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 157, item 4.112, *in fine* “...a mitigação da dupla tributação imputável à escolha do regime de salvaguarda pelo contribuinte só deveria ser concedida no país estrangeiro se o contribuinte demonstrasse que os resultados obtidos pela aplicação do regime de salvaguarda são conformes com o princípio de plena concorrência...”, isto é, só através do procedimento amigável – artigo 25.º da MCOCDE – é possível averiguar-se de tal conformidade, mas, como sabemos estamos perante um procedimento de meios e não de resultados, daí que não seja garantida a eliminação da dupla tributação económica internacional, aliás como a própria OCDE reconhece a pags. 157 – item 4.111 *in fine*, “...pode acontecer que os contribuintes considerem que uma dupla tributação limitada constitui um preço aceitável a pagar para não terem de se conformar com as regras complexas de fixação dos preços de transferência...”, ou seja, aquela organização internacional assume que estamos perante um regime – a aplicabilidade do princípio *arm's length* – tão complexo que, face aos custos de contexto que acarreta o seu cumprimento às empresas, estas colocam nos pratos da balança – custos *versus* proveitos – para decidirem da aplicabilidade ou não de tais regras complexas.

Por último faremos uma breve referência à problemática criada com a celebração dos «Acordos prévios em matéria de preços de transferência», conhecidos pela sigla APP^{476 477 478}, mas apenas em relação aos APP unilaterais, ou seja, aqueles APP celebrados exclusivamente por uma Administração Fiscal com uma empresa vinculada sua residente, no tocante às implicações que este tipo concreto de APP unilaterais têm nos ajustes correlativos.

Através de um APP unilateral encontram-se fixadas as condições em que, para aquela concreta Administração Fiscal e aquela empresa vinculada, as operações vinculadas se processam de acordo com o princípio da plena concorrência.

Ou dito de outra forma, através da celebração unilateral de um APP, certa e determinada Administração fiscal concretiza ao contribuinte envolvido como é que tem que valorar as operações vinculadas que pratica, de forma a serem consideradas cumpridoras do princípio *arm's length*, tendo este acordo como consequência que, quando o contribuinte pratica as suas operações vinculadas no cumprimento das condições ali impostas, está a valorá-las de acordo com o princípio da empresa livre e independente, ou seja, está a respeitar a sua parte nesse acordo pelo que a Administração envolvida tem que considerar que as operações vinculadas obedecem ao princípio *arm's length*.⁴⁷⁹

⁴⁷⁶ A temática dos APP será convenientemente desenvolvida posteriormente, e assim, agora apenas faremos aqui uma breve referência aos APP unilaterais e às suas implicações nos ajustes correlativos, uma vez que é esta a matéria agora em análise.

⁴⁷⁷ A OCDE dedicou à temática dos APP uma parte específica no «Capítulo IV» destinado às medidas administrativas, concretamente a alínea «F. Os acordos prévios em matéria de preços de transferência (APP)». Veja-se OCDE, «OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais», *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 162 a 176, itens 4.124 a 4.166.

⁴⁷⁸ De acordo com a OCDE o APP «...é um acordo [que envolve a Administração fiscal e um contribuinte, no caso do APP unilateral] que fixa, previamente às operações vinculadas, um conjunto de critérios adequados (...) na determinação dos preços de transferência aplicados a essas operações no decurso de um determinado período de tempo...». Veja-se OCDE, «OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais», *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 162, item 4.124.

De acordo com GARCÍA-HERRERA BLANCO, C. (2001), *Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el impuesto sobre sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pags. 160, «...un APA consiste en la propuesta sobre la valoración de las operaciones vinculadas que, presentada por el sujeto pasivo con carácter previo a la realización de las mismas, ha sido aprobado por la Administración, con validez durante un determinado período de tiempo...».

⁴⁷⁹ Veja-se como a OCDE lembra à Administração Fiscal que, após celebrar um APP, ela o deve respeitar, ou dito de outra forma, como é que deve cumprir as obrigações que assumiu em obediência ao princípio da boa fé, «OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais», *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 165, item 4.136, ao afirmar que «...concluído (...) o APP, a Administração Fiscal deverá confirmar à empresa (...) que não será efectuado nenhum ajustamento dos respectivos

A celebração de um APP unilateral levanta dois problemas distintos, a saber:

(i) Em primeiro lugar, como estamos perante um acordo que vincula apenas uma Administração Fiscal, os seus efeitos não se impõem às outras Administrações Fiscais em relação às outras empresas vinculadas e implicadas naqueles preços de transferência, pelo que podem, em relação às empresas vinculadas e ali contribuintes, entender que as operações vinculadas não foram valoradas de acordo com o princípio de plena concorrência e, fruto desta opinião, proceder a um ajuste primário ou inicial, e se o fizerem advirão daí consequências:

- Por um lado, pode esta segunda Administração Fiscal entender que as operações vinculadas foram valoradas em excesso e assim diminuir ao seu valor, facto que acontecerá com mais facilidade quando nesta Administração Fiscal aquelas operações vinculadas representam despesas para a empresa (v.g. custos relativos às compras de matérias primas ou de mercadorias);
- Por outro lado, entender que os valores assim determinados levaram a uma diminuição dos proveitos e, consequentemente a uma perda de matéria colectável e evasão fiscal com diminuição do imposto que era devido a final.

(ii) Em segundo lugar, e fruto de um eventual ajuste inicial ou primário feito pela outra Administração Fiscal que não é parte nesse APP, a Administração Fiscal que celebrou o APP não sentirá que tenha que efectuar qualquer ajuste correlativo, porquanto, conforme o estabelecido no APP, as operações vinculadas estão correctamente valoradas e, por conseguinte, a matéria colectável está de acordo com o princípio *arm's length* e o imposto devido a este país está calculado face ao APP.

Ou dito de outra forma, a Administração Fiscal, parte no APP unilateral, tem como ponto assente que as operações vinculadas estão conformes ao princípio de plena concorrência, pelo que para si é lícito entender que será a outra Administração Fiscal que não valorou aquelas operações vinculadas em conformidade com o princípio de plena concorrência, isto é, entenderá que será parte estranha nesse

preços de transferência enquanto satisfizerem as cláusulas do acordo...”, ou seja, estamos perante o princípio «Pacta sunt servanta».

eventual conflito entre o contribuinte e a outra Administração Fiscal, negando assim proceder a qualquer ajuste correlativo^{480 481}.

Em face das questões que aqui levantamos, embora de forma breve, os APP unilaterais são propícios a criarem duplas tributações económicas internacionais que, apesar de o contribuinte sempre poder lançar mão do procedimento amigável previsto no artigo 25.º da MCOCDE, nunca tem a certeza que será obtida qualquer eliminação dessa dupla tributação⁴⁸², pois como sabemos, estamos perante um procedimento de meios e não de fins.

⁴⁸⁰ Afirma GARCÍA-HERRERA BLANCO, C., *Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el impuesto sobre sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001, pags. 174, que "...cuando se trate de un APP unilateral, (...) existe el riesgo de que no se elimine (...) la doble imposición... [porque] en estos casos, las autoridades fiscales de ese Estado pueden no aceptar la asignación de ingresos y gastos realizados por el contribuyente en el país en el que está celebrando el acuerdo previo, con lo que se producirá inevitablemente doble imposición...".

Veja-se igualmente CAVESTANY MANZANEDO, M.A., "Aspectos procedimentales de los ajustes fiscales sobre los precios de transferencia", *Cuadernos de Formación (Sección: Estudios Sectoriales), Escuela de Hacienda Pública*, n.º 30, 1995, pags. 9, em que afirma que um dos problemas inerentes à celebração de um APP unilateral é que "...el contribuyente no eliminará el riesgo de una doble imposición, puesto que las autoridades del otro Estado pueden no admitir el método de ajuste establecido en el APA...".

⁴⁸¹ Esta problemática é levantada pela OCDE, "OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 163 e 164, itens 4.130 e 4.131, ao afirmar que "...certos países prevêem acordos unilaterais ao abrigo dos quais a Administração Fiscal e o contribuinte que releva da sua competência acordam entre si sem a intervenção das outras Administrações Fiscais interessadas...", acrescentando em seguida que "...um APP unilateral pode, porém, ter incidência sobre o imposto devido por empresas associadas noutros países...", e em face dos eventuais "...problemas de dupla tributação [que poderão originar], a maior parte dos países preferem os APP bilaterais ou multilaterais e, de facto, certos países não aceitam os APP unilaterais...", pelo que em face dos problemas apontados, sugere que "...o procedimento bilateral tem muitas mais hipóteses de reduzir o risco de dupla tributação, (...) e de oferecer maior certeza aos contribuintes...". É aqui evidente a problemática da dupla tributação económica internacional que os APP unilaterais levantam, não sendo assim aconselhável a sua utilização, o que leva inclusive a OCDE a afirmar que "...nas observações que [em seguida vai fazer], não são tidos em conta os APP unilaterais, salvo referência expressa...". Vejam-se ainda os itens 4.146, 4.148, 4.149 e 4.163, este através de uma interpretação enunciativa a contrario sensu.

⁴⁸² Sobre esta temática refere GEMMA SALA GALVAÑ, *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, a pags. 388, que mesmo que o país que celebrou o APP unilateral "...admita celebrar un procedimiento amistoso bajo el marco de un CDI, ésta perseguirá que el primer Estado [que procedeu ao ajuste primário, ou inicial] revise su ajuste inicial hasta adecuarlo a las condiciones prescritas en el APA y, en última instancia, no está obligada a llegar a un acuerdo con la otra autoridad fiscal...".

V. OS ACORDOS ENTRE ESTADOS COMO FORMA DE ELIMINAÇÃO DA DUPLA TRIBUTAÇÃO

Acabamos de analisar as consequências jurídicas inerentes à não concordância com o princípio de plena concorrência das operações vinculadas praticadas por empresas integradas em grupos multinacionais e, como constatamos, quando uma das Administrações Fiscais implicadas procede a um ajuste primário ou inicial, em face da sua discordância com a valoração dos preços de transferência praticados, esse facto pode originar uma dupla tributação económica internacional relativamente à outra empresa vinculada e perante a outra Administração Fiscal implicada.

Toda esta problemática que descrevemos coloca em ênfase as eventuais dicotomias que são susceptíveis de se criarem pela aplicação prática do princípio *arm's length*, evidenciando assim as discordâncias que podem surgir entre os contribuintes e as suas Administrações Fiscais, ou entre estas, mas, como bem lembra a OCDE, o papel fundamental na aplicabilidade do princípio da plena concorrência às operações vinculadas é o de se “...procurar não apenas facilitar uma justa repartição do imposto entre os países, mas também prevenir a dupla tributação dos contribuintes...”⁴⁸³.

Há uma consciência generalizada que a dupla tributação económica internacional, a par da fraude e da evasão fiscal, é um mal que deve ser evitado tendo em vista as relações empresariais internacionais necessárias ao crescente desenvolvimento económico mundial, e assim, os Estados devem aplicar mecanismos que consigam evitar que a mesma aconteça, ou pelo menos seja atenuada, de molde a que as empresas inter-relacionadas não sejam discriminadas, comparativamente com as empresas independentes, pela sujeição aos eventuais ajustes iniciais, em face de certa e determinada Administração Fiscal entender que os preços de transferência praticados por uma empresa sua contribuinte não estão conformes àqueles que seriam utilizados por empresas independentes, e a outra Administração Fiscal implicada não concordar com os métodos utilizados ou com a valoração encontrada e,

⁴⁸³ Veja-se OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 117, item 4.4 *in fine*.

por tal, negar-se a efectuar o ajuste correlativo para eliminação dessa dupla tributação.⁴⁸⁴

Estas incertitudes criadas pela problemática dos preços de transferência, pode, no quadro do procedimento amigável inserto no artigo 25.º da MCOCDE, ser analisado de duas formas distintas, a saber:

(i) Em primeiro lugar através de uma via de antecipação de toda a problemática que analisamos, pela celebração de um acordo prévio em matéria de preços de transferência – APP, em que as partes interessadas, contribuintes e Administrações Fiscais envolvidas nas operações vinculadas, encontram e determinam a aplicabilidade prática do princípio de plena concorrência às operações que futuramente se realizaram entre as empresas vinculadas⁴⁸⁵;

(ii) Em segundo lugar, pela via do procedimento amigável, tentam chegar a consensos sobre a eliminação da dupla tributação económica internacional gerada pela prática de um ajuste primário ou inicial.

Perante o que acabamos de expor iremos analisar em seguida estas duas possíveis vias que pretendem chegar a um mesmo fim, qual seja, de as empresas vinculadas não sofrerem uma dupla tributação económica internacional originada pela prática entre si das operações vinculadas, isto é, analisaremos em primeiro lugar a

⁴⁸⁴ Atente-se que o n.º 2 do artigo 9.º da MCOCDE estabelece haverá lugar “...ao ajustamento adequado do montante do imposto aí cobrado sobre os lucros referidos”, contudo previamente estabelece que tal só é realizável “...se as condições acordadas entre as empresas tivessem sido as condições que teriam sido estabelecidas entre empresas independentes...”, logo, se discordar sobre a aplicabilidade do princípio de plena concorrência não terá que efectuar qualquer eliminação da dupla tributação. Veja-se MCOCDE, *MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO* – OCDE, Lisboa, 2005, pags. 40.

⁴⁸⁵ Como bem lembra a OCDE, quando não seja possível proceder à celebração de um APP através do procedimento amigável, em face de a “...Convenção não [ser] apropriada ou aplicável...” sempre será viável as autoridades competentes utilizarem outros mecanismos para institucionalmente se encontrarem e tomarem decisões concertadas nestas temáticas, porquanto como afirma aquela organização internacional, será admissível a celebração de um acordo “...utilizando o poder executivo de que estão investidos os chefes das Administrações Fiscais...”. Veja-se OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 267 e 268, item 7 *in fine*. Sobre a possibilidade de celebração de um APP com outra Administração Fiscal de um Estado com a qual não há possibilidade de recurso a uma CDT, diz-nos GARCÍA-HERRERA BLANCO, C., *Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el impuesto sobre sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001, pags. 199, que “...si alguna de las partes vinculadas reside en un país o territorio con el que España tenga suscrito un CDI se seguirá el procedimiento amistoso seguido en el art. 25 del mismo.(...) cuando no resulte de aplicación un CDI se establecerán las relaciones con las Administraciones tributarias de los otros Estados por vía diplomática...” (sublinhado nosso).

celebração de APP que envolvam duas ou mais Administrações Fiscais e em seguida analisaremos os acordos amigáveis de eliminação da dupla tributação ⁴⁸⁶.

i. Os acordos prévios em matéria de preços de transferência – APP ⁴⁸⁷

O acordo prévio em matéria de preços de transferência, designado pela sigla APP, conhecido como “*Advance Pricing Agreement*” (segundo a terminologia anglo-saxónica e aí conhecido pela sigla APA) ^{488 489}, como “*Accords Préalables*” (segundo a terminologia francesa) e “*Acuerdos Previos sobre Precios de Transferencia*” (segundo a terminologia espanhola), é um acordo obtido pelo contribuinte vinculado junto de uma ou mais Administrações Fiscais com vista à valorização das operações vinculadas que futuramente venha a praticar, estabelecendo-se um conjunto

⁴⁸⁶ Sobre esta temática refere GHARBI, N., *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, pags. 364, que « ...l'entreprise se trouve désormais placée devant un dilemme qui se résume entre soit bénéficier de la procédure de traitement préventif du risque de double imposition qui passe par la conclusion d'un accord préalable sur les prix soit, à défaut, s'en remettre à des solutions plus incertaines que sont les procédures conventionnelles d'élimination de la double imposition réalisée... ».

⁴⁸⁷ A importância dada a esta temática pela OCDE é tão importante que, além de serem tratados por uma parte significativa no Capítulo IV, destinado à medidas administrativas sobre a temática dos preços de transferência - veja-se a secção «F. Os acordos prévios em matéria de preços de transferência (APP)», ainda são especificamente analisados pela incorporação de um «Anexo – Princípios directores respeitantes à celebração de acordos prévios em matéria de preços no quadro do procedimento amigável (“APP PA”). Veja-se OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 162 a 176, itens 4.124 a 4.166, e a pags. 265 a 301, itens 1 a 87.

⁴⁸⁸ A legislação fiscal dos EUA define APA como sendo um acordo estabelecido entre o IRS e o contribuinte acerca da metodologia aplicável aos preços de transferência – Vide Secção 1 do Revenue Procedure 96-53. Sobre esta temática e de acordo com CALDERÓN CARRERO, J.M., *Advance Pricing Agreements: a global analysis*, Kluwer Law Internacional, 1998, pags. 3, os APAs nos EUA implicam um processo flexível em que o contribuinte e a Administração Fiscal determinam a metodologia sobre os preços de transferência que lhes seja mais apropriada, tendo em atenção o princípio *arm's length*. Por sua vez DOERNBERG, R.L., *International Taxation*, fourth edition, West Group, St. Paul, Minnesota, 1999, pags. 276, diz-nos que um APA é um acordo vinculante entre o IRS e o contribuinte que estabelece uma metodologia de preços de transferência para determinadas transacções realizadas entre o contribuinte e uma entidade vinculada.

⁴⁸⁹ De acordo com GHARBI, N., *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, a pags. 363, « ...les Etats-Unis d'Amérique, puis des pays européens tels que le Royaume-Uni et l'Allemagne, ont établi une procédure d'agrément préalable des prix de transfert, connue sous le nom de « Advance Pricing Agreement » (ou « A.P.A. »), conforme à la tradition anglo-saxonne du «ruling»... », e de acordo com GOUTHIERE, B. *Les impôts dans les affaires internationales*, pags. 16, « ...la technique du «ruling» s'est développée aux Etats-Unis [afin de renforcer la sécurité fiscale du contribuable] et d'éviter [également] un contentieux trop important. Le ruling n'est normalement valable que s'il est immédiatement appliqué et les faits doivent lui être conformes. Sauf cas particuliers, il ne s'applique qu'à celui qui l'a reçu. Il se fonde sur la section 7085 de l'Internal Revenue Code qui donne pouvoir au ministre chargé du Trésor (Treasury Department) de prendre toutes les réglementations nécessaires à son mise en œuvre. On distingue les «revenues rulings», qui sont des interprétations concernant des problèmes communs à tous les contribuables ou seulement à une catégorie d'entre eux et les «private rulings» qui constituent une interprétation de la situation personnelle d'un contribuable et qui ne peuvent être invoqués que par lui... ».

apropriado de critérios aplicáveis durante certo e determinado período de tempo ^{490 491}

492

⁴⁹⁰ A OCDE define um APP como sendo “...um acordo que fixa, previamente às operações vinculadas, um conjunto de critérios adequados (respeitantes, p. ex., ao método de cálculo, aos elementos de comparação, aos ajustamentos a introduzir e às hipóteses de base relativas à evolução futura) na determinação dos preços de transferência aplicados a essas operações no decurso de um determinado período de tempo...[e realizado] entre um ou vários contribuintes e uma Administração Fiscal com o propósito de resolver antecipadamente potenciais litígios...”. Veja-se OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 162 e 266, itens 4.124, 3 e 4.

⁴⁹¹ De acordo com MORENO FERNÁNDEZ, J.I., *La Tributación de las Operaciones Vinculadas*, 2.ª Edición, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003, a pags. 184, diz-nos que “el acuerdo previo se configura como la fijación «a priori» del valor que va a surtir efecto fiscalmente en las operaciones con empresas asociadas...”, e de acordo com GARCÍA-HERRERA BLANCO, C., *Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el impuesto sobre sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001, pags. 161, que “...un APA consiste en la propuesta sobre la valoración de las operaciones vinculadas que, presentada por el sujeto pasivo con carácter previo a la realización de las mismas, ha sido aprobado por la Administración, con validez durante un determinado período de tiempo...”. ROSEMBUJ, T., *Las operaciones vinculadas y la subcapitalización en el Impuesto sobre Sociedades – Impuestos II*, 1997, pags. 235, define o APP como sendo os “...acuerdos entre la Administración y el contribuyente para aplicar, con carácter previo una metodología de precios de transferencia respecto a determinadas operaciones entre el sujeto pasivo y una entidad o persona vinculada. El acuerdo previo fija los métodos de cálculo, elementos comparables, correcciones y los fundamentos respecto a la evolución de dichos precios de transferencia durante un período de tiempo...”.

⁴⁹² Questiona a doutrina se o APP deverá ser qualificado como um “acordo” celebrado entre a Administração Fiscal e o contribuinte, ou se o mesmo reveste o carácter de “informação vinculativa” prestada pela Administração Fiscal.

O argumento utilizado pela doutrina para assumir que a celebração de um APP reveste o carácter de uma “informação vinculativa”, fundamenta-se em dois pressupostos: O princípio da legalidade e da indisponibilidade do crédito tributário.

Assumem que a Administração Fiscal exerce um poder de decisão unilateral, que lhe permite impor a sua vontade por um acto administrativo unilateral em obediência ao princípio da legalidade, princípio este visto numa dupla perspectiva, ou seja, legalidade analisada sob a óptica da auto imposição, porquanto toda a lei fiscal é oriunda do poder legislativo eleito democraticamente, legalidade analisada numa óptica de estrita obediência à lei em vigor que disciplina a aplicação de cada imposto, isto é, a administração fiscal está obrigada, no exercício da sua actividade, ao cumprimento integral da lei fiscal em vigor – quer substantiva quer procedimental – no momento da ocorrência dos factos fiscais, e continuam esta sua argumentação, de que se está em face de um direito e uma obrigação totalmente indisponível pelas partes da relação jurídica.

Em nossa opinião a celebração do APP não reveste a forma de “informação vinculativa” prestada pela Administração Fiscal à empresa vinculada, o que passamos a explicar, trazendo à liça a legislação fiscal portuguesa, a saber, a Lei Geral Tributária – LGT.

A alínea e) do n.º 3 do artigo 59.º da LGT estabelece que a Administração Fiscal tem o dever de colaborar com o contribuinte através da prestação de “...informações vinculativas nos termos da lei...”, cujo procedimento é desencadeado pelo Sujeito Passivo, em obediência aos n.º 1 e 14 do artigo 68.º da LGT, através da apresentação de um “...pedido acompanhado da descrição dos factos cuja qualificação jurídico-tributária se pretenda...”, pelo que prestada a informação vinculativa “...a administração tributária, (...) não pode posteriormente proceder em sentido diverso da informação prestada, salvo em cumprimento de decisão judicial...”, impondo inclusive o n.º 1 do artigo 104.º da LGT a possibilidade da “...administração tributária pode[r] ser condenada numa sanção pecuniária a quantificar de acordo com as regras sobre a litigância de má fé em caso de actuar em juízo contra o teor de informações vinculativas anteriormente prestadas aos interessados...”.

É óbvio que toda esta temática das informações vinculativas está relacionada com a exclusiva competência da tributação em que está investida a Administração Fiscal e, por tal, quando o contribuinte inquirir a Administração Fiscal acerca da forma legal que deverá tomar uma determinada e concreta situação sobre factos da sua vida que lhe apresenta, logicamente que a Administração Fiscal analisa aqueles factos à luz da lei em vigor, que previamente interpretou, subsume-os nessa lei fiscal e indica ao Sujeito Passivo o enquadramento que faz desses factos na lei fiscal em vigor, ou seja, a informação vinculativa mais não é do que uma antecipação sobre o enquadramento que a Administração Fiscal irá fazer de factos objectivos na lei fiscal e tendo como pressuposto da sua actuação o princípio da

legalidade, dando assim apenas uma segurança jurídica antecipada ao contribuinte sobre o seu futuro mas, tenha-se em atenção que aqui apenas um órgão de soberania indica ao Sujeito Passivo como aplicará a lei fiscal sobre factos futuros.

Quando passamos a analisar um APP estamos já a dissertar sobre um “ACORDO”, e acordo mais não é do que uma reunião de vontades que obedece ao princípio de negociação. É que se lhe retirarmos essa capacidade de negociação então já não há acordo mas imposição unilateral de vontades e nessa eventualidade deveríamos mudar a designação de “Acordo prévio de preços de transferência” para, por exemplo, “Pedido prévio vinculativo sobre a determinação dos preços de transferência”, dado que é para nós ponto assente de que a “epígrafe” deve coincidir com o “conteúdo”.

Se atentarmos sobre a temática do APP pretende-se com a sua celebração obter um conjunto de direitos e obrigações por parte dos intervenientes – Administração Fiscal e empresa vinculada – em que se definem os métodos aplicáveis em vista à determinação do preço de plena concorrência, e como estamos a dissertar sobre um conceito jurídico indeterminado de valor normal de mercado, este tem que ser concretizado em cada um dos momentos reais da vida empresarial, o que leva a reconhecer-se a existência de um intervalo de plena concorrência, isto é, há possibilidade de o preço variar no tempo dentro de certas premissas e de que todas essas variações estão ainda compreendidas no conceito indeterminado de preço normal de mercado, além de que também no APP se devem estabelecer as possibilidades de haverem hipóteses críticas que levem a que já não estejamos na presença de preços de plena concorrência, hipóteses críticas estas que “escapam” ao mundo dos negócios.

Entendemos assim que estamos perante um acordo obtido através de negociações realizadas pelas partes e que culmina na assunção da sua legalidade e eficácia pela decisão unilateral tomada, a final, pela Administração Fiscal.

Para nós a assunção do APP como acordo entre partes sobressai logo por determinados aspectos, saber: Há diligências prévias encetadas pelas partes que têm em vista saber se há ou não possibilidade de se encetarem as negociações efectivas e que se traduzem nas reuniões prévias que podem, ou não, conduzir à apresentação do pedido formal; Iniciado o procedimento há obrigação de mútua colaboração; Há obrigação de audição prévia à tomada de decisão final; Há o direito, quer para o contribuinte quer para a Administração Fiscal, de desistirem do procedimento em qualquer altura; Feito o acordo, nascem direitos e obrigações recíprocas, ou seja, o contribuinte tem o direito de determinar os preços de transferência de acordo com as premissas ali estabelecidas, a Administração Fiscal tem a obrigação de os aceitar conformes ao princípio *arm's length*, e, por sua vez, esta tem o direito a fiscalizar o seu cumprimento assim como revogar ou anular os seus efeitos, contrapondo-se a obrigação do Sujeito Passivo em provar o seu cumprimento.

Se olharmos para a informação vinculativa esta apenas impõe a obrigação à Administração Fiscal em actuar, futuramente, como ali assumiu, enquanto que para o interessado apenas nasce o direito a exigir que essa actuação se processe como foi decidido, mas não o impede de proceder de forma diferente uma vez que não se vinculou a nenhum comportamento.

Também para nós não colhe o argumento de que as partes, e por maioria de razão em relação à Administração Fiscal em face da sua estrita vinculação ao princípio da legalidade, não podem dispor do objecto da relação jurídico-tributária, que como sabemos se subsume ao crédito tributário, facto aliás reconhecido na LGT ao estabelecer no n.º 2 do artigo 30.º que impõe que “...o crédito tributário é indisponível...”.

É que aqui ainda não existe qualquer crédito tributário uma vez que este apenas nasce com a determinação no final de cada exercício pelo conhecimento da diferença entre os proveitos e os custos da empresa vinculada, pelo que o que as partes fazem na celebração de um APP mais não é do que encontrarem os meios jurídicos de determinação desses proveitos ou esses custos, ou o reconhecimento explícito de que a fixação dos preços de transferência não é fruto de uma ciência exacta mas resulta da aplicabilidade diária do complexo mundo de negócios e que apenas deve ter como matriz o princípio do homem diligente de negócios e a não imiscuição da Administração Fiscal na sua gestão, complexidade esta evidenciada pelo permanente nascimento e falências de empresas.

Aliás para nós esta forma de, implicitamente ou explicitamente, se celebrarem acordos sobre tributações futuras não resultam exclusivamente dos APP, porquanto, quer na determinação da matéria colectável das empresas por via indirecta também estamos em “autênticas” negociações entre os empresários e os agentes da Administração Fiscal em vista à concretização dos lucros da empresas, quer na celebração de acordos de investimento entre os Estados e as multinacionais em vistas à captação de investimento estrangeiro nos seus países ao concederem benefícios fiscais para a sua concretização, estamos também perante autênticos acordos fiscais em que as partes estipulam os impostos que virão a suportar.

Sobre esta temática vejam-se, entre outros, concordantes sobre a natureza convencional, RAMALLO MASSANET, J., “La eficacia de la voluntad de las partes en las obligaciones tributarias”, *CT* n.º 76, 1995, pags. 92; BOTELLA GARCÍA-LASTRA, C., “La finalización convencional de los procedimientos tributarios y otras técnicas transaccionales para la resolución de conflictos”, AA.VV., *Convención y arbitraje en Derecho tributario*, IEF, Marcial Pons, Madrid, 1996, pags. 205 e 206; ESTEVE PARDO, M.L., *Fiscalidad de las operaciones vinculadas y distribuciones encubiertas de beneficios*, Tirant Lo Blanch, Valência,

Estes acordos quando envolvem apenas uma Administração Fiscal designam-se por unilaterais mas, quando envolvem duas ou mais Administrações Fiscais são apelidados respectivamente de bilaterais ou multilaterais⁴⁹³. Aqui iremos analisar a temática daqueles APP que envolvam duas ou mais Administrações Fiscais, porquanto, como já vimos, os APP unilaterais não são os procedimentos correctos tendo como fim evitar ou diminuir a dupla tributação económica internacional fruto de um ajuste primário ou inicial⁴⁹⁴.

O APP tem como objectivo ser mais um complemento aos mecanismos tradicionais de resolução de litígios, quer estes sejam vistos numa perspectiva de natureza administrativa, quer o sejam de natureza judicial, relevando-se este mecanismo de uma maior utilidade quando aqueles sejam susceptíveis de criar uma maior dificuldade, de eventualmente falharem, na resolução das questões imbricadas na temática dos preços de transferência e, sendo este mecanismo utilizado pelas partes em vista de um conhecimento antecipado das regras concretamente aplicáveis a certa e determinada situação concretizada, criando uma certeza de fiabilidade e exactidão, é menos gerador de conflitos entre as partes envolvidas que são os restantes mecanismos de análise à posteriori⁴⁹⁵, contudo, como bem lembra aquela organização internacional este mecanismo é particularmente apropriado tendo em vista limitar a dupla tributação económica internacional que resultaria de uma correcção primária. Efectivamente, quando as partes envolvidas nos APP chegam à

1996, pags. 179 e 180; SERRANO ANTÓN, F., *La terminación convencional de procedimientos tributarios y otras técnicas transaccionales*, Asociación Española de Asesores Fiscales, Madrid, 1996, pag. 94; e desfavoráveis a essa qualificação LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., "Ámbito de discrecionalidad administrativa en los acuerdos previos sobre precios de transferencia", *CT* n.º 79, 1996, pags. 96; CRUZ AMORÓS, M., *Los precios de transferencia y la deslocalización de beneficios – Impuestos II*, 1997, pags. 368; PALAO TABOADA, C., "Lo «blando» y lo «duro» del Proyecto de Ley de Derecho y Garantías de los Contribuyentes", *Revista de Contabilidad y Tributación*, n.º 171, 1997, pags. 13; ROSEMBUJ, T., *Las operaciones vinculadas y la subcapitalización en el Impuesto sobre Sociedades – Impuestos II*, 1997, pags. 236 e 237; HERRERA MOLINA, P.M., *Capacidad económica y sistema fiscal. Análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho alemán*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pags. 429 e 430.

⁴⁹³ Veja-se OCDE, "OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 267, item 5, em que define APP bilateral como sendo um "...acordo amigável único entre as autoridades competentes de duas Administrações Fiscais, no âmbito da convenção aplicável. Utiliza-se a expressão APP multilateral para descrever uma situação em que existem diversos acordos amigáveis bilaterais..."

⁴⁹⁴ De acordo com GHARBI, N., *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, a pags. 369, « ...parmi les pays qui ont une certaine expérience en la matière, les Etats-Unis apparaissent indéniablement comme le «moteur», voire le «laboratoire» expérimental de la procédure d'accord préalable sur les prix. En effet, il convient de rappeler que cette procédure constituait la troisième branche du dispositif adopté en 1991, réglementation contemporaine aux obligations déclaratives codifiées à la section 6038 A de l'Internal Revenue Code... ».

⁴⁹⁵ Veja-se OCDE, "OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 162, 268 e 269, itens 4.124 e 9 e 10.

sua concretização, estes permitem eliminar a incerteza sobre o *modus operandi* na determinação dos preços de transferência, tornando assim previsível a actuação dos agentes económicos vinculados e, por esta via, evitando o risco de uma eventual dupla tributação^{496 497}.

A OCDE lembra nos seus comentários relativos às medidas administrativas aplicáveis aos preços de transferência que é no âmbito do n.º 3 do artigo 25.º da MCOCDE que os APP devem ser integrados, porquanto ali se indica que «as autoridades competentes dos Estados Contratantes esforçar-se-ão por resolver, através do acordo amigável, as dificuldades ou as dúvidas a que possa dar lugar (...) a aplicação da Convenção» e, como as regras criadas pela OCDE aplicáveis aos preços de transferência integram a interpretação autêntica feita por aquela organização internacional à sua MC, então, quando os Estados Contratantes tenham dificuldade na aplicação daquelas regras aos casos concretos, sempre podem celebrar acordos amigáveis em vista à resolução do caso concreto, ou seja, aqui são abrangidas as celebrações dos APP^{498 499}.

A celebração dos APP oferecem vantagens e acarretam inconvenientes, ou seja, há aqui um conjunto de atributos que advêm para as empresas vinculadas assim como para as Administrações Fiscais envolvidas que se contrapõem contudo a inconvenientes que acarretam, pelo que será deste confronto que a final se irá saber, em globo, se determinado APP foi ou não frutuoso para as partes envolvidas⁵⁰⁰.

⁴⁹⁶ Neste sentido veja-se GHARBI, N., *Le Controle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, pags. 367 e 369.

⁴⁹⁷ Nos EUA o procedimento que leva à concretização do «Advance Pricing Agreement» está integrado num dispositivo apelidado de «Alternative Dispute Resolution», conhecido pela sua sigla «A.D.R.», ou seja, estamos perante uma «via alternativa de resolução de contestações», que se insere num quadro regulamentar destinado a limitar, senão a prevenir totalmente, os riscos de contestação entre os contribuintes e o «Internal Revenue Service». Sobre esta questão veja-se CARTER LOUTHAM e WRAPPE, S., «Building a better resolutions: adapting IRS procedure to fit the dispute», *Tax Notes Inte.* 28 oct., 1996, pags. 1473 e ss.

⁴⁹⁸ Veja-se neste sentido o que OCDE disciplina na MCOCDE, *MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO – OCDE*, Lisboa, 2005, pags. 487 e 499, itens 3 e 32 e ainda, «OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais», *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002 pags. 166, itens 4.140 a 4.142.

⁴⁹⁹ A MCEUA explicitamente indica que os Acordos Prévios de preços de transferência integram o acordo amigável ao indicarem na alínea d) do n.º 3 do artigo 25.º que «...the competent authorities of the Contracting States shall endeavor to resolve by mutual agreement (...) in particular (...) may agree: to advance pricing arrangements...». Veja-se *UNITED STATES MODEL INCOME TAX CONVENTION OF NOVEMBER 15, 2006* em www.irs.gov.

⁵⁰⁰ Como se pode ver a OCDE não só enumerou as vantagens na celebração dos APP, como igualmente elencou inconvenientes que os mesmos acarretam. Veja-se OCDE, «OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais»,

Como vantagens⁵⁰¹ começemos logo por fazer sobressair a certeza e segurança jurídica que a celebração de um APP proporciona às empresas vinculadas ao conhecerem com antecedência à realização das operações vinculadas o regime concreto que têm que aplicar, assim como a estabilidade que no prazo acordado tal regime comporta⁵⁰².

Daqui resulta que nos casos em que o contribuinte conseguiu levar a bom porto a celebração do APP, saberá como deve valorar as suas operações, quais são os elementos de comparabilidade a que está adstrito, quais são os intervalos de plena concorrência que tem que respeitar, quais as hipóteses críticas que se se verificarem podem originar alterações ao contrato, nomeadamente a sua resolução, anulação ou renegociação, como deve proceder em relação à sua documentação para provar em cada momento que está a respeitar o APP⁵⁰³, e como tal, traz-lhes uma maior estabilidade no conhecimento prévio dos seus custos fiscais e, em consequência uma melhor rentabilização das suas medidas de gestão empresarial⁵⁰⁴.

Seguidamente, como um APP se concretiza tendo em vista uma aplicação futura sobre os negócios vinculados levados a cabo entre as empresas vinculadas, este constitui uma solução *a priori* das regras de determinação dos preços de transferência entre as partes vinculadas, e como estamos perante o balizamento prévio das «regras do jogo», a celebração dos APP trás consigo uma diminuição da litigiosidade, quer esta seja vista como litigiosidade administrativa, quer o seja como litigiosidade nos Tribunais, que tem acoplado a si uma economia de meios e de tempo, dado que se se

CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 168 a 174, itens 4.143 a 4.159.

⁵⁰¹ De acordo CASERO BARRÓN, R., “Los acuerdos previos sobre precios de transferencia y su regulación en la futura legislación española sel Impuesto sobre Sociedades”, *RDFH* n.º 238, 1995, pags. 995, a celebração do APP oferece as seguintes vantagens: “...a) Están diseñados para ortigar certeza en el campo de los precios de transferencia; b) Se basan en la cooperación entre autoridades fiscales y contribuyentes; c) Aumentan la comprensión por parte de las autoridades fiscales de asuntos complejos, u permiten soluciones individuales para casos específicos; d) Permiten llegar a soluciones razonables en función de la contabilidad y demás documentos de la compañía; y e) Reducen los riesgos de inspecciones y de pleitos costosísimos...”.

⁵⁰² Veja-se OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 168, item 4.143, quando afirma que “...um dispositivo de APP pode revelar-se muito útil para os contribuintes na medida em que elimina a incerteza, tornando mais previsível o regime fiscal das operações internacionais (...) e durante um período de tempo previamente fixado (...) [e assim] fica mais apto a prever os seus encargos fiscais, o que é de molde a favorecer o investimento...”.

⁵⁰³ Todos estes factores são considerados pela OCDE como elementos essenciais ao conteúdo do APP, como se pode ver pela análise às várias alíneas constantes em OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 292, item 66.

⁵⁰⁴ Sobre esta temática veja-se CORDÓN EZQUERRO, T., “Los acuerdos previos sobre precios de transferencia (APA) (II)”, *Carta Tributaria, Monografías* n.º 249, 1996, pags. 3.

conhecem *a priori* os mecanismos necessários à boa execução das operações vinculadas, haverá uma muito menor probabilidade de se levantarem questões complicadas a nível da fiscalização, do eventual contencioso administrativo e ainda do eventual contencioso junto dos Tribunais⁵⁰⁵.

A celebração de um APP trás consigo a necessária certeza de eliminação da dupla tributação económica internacional⁵⁰⁶, porquanto, ao envolver as Administrações Fiscais onde estão integradas as empresas vinculadas, aquelas vão proceder à tributação das operações vinculadas em função das premissas que ali foram estabelecidas e assim, como os acordos têm que ser cumpridos em face do seu clausulado, os contribuintes têm a necessária segurança jurídica que daí advêm, e por tal, a matéria colectável em cada um dos Estados envolvidos será determinada em obediência ao princípio de plena concorrência constante do APP, logo não será susceptível de se gerar qualquer dupla tributação⁵⁰⁷.

A celebração de um APP, ao estabelecer previamente a forma de repartição entre as Administrações Fiscais dos efeitos tributários gerados pelas operações vinculadas, tem como benefício para os contribuintes a sua não sujeição a quaisquer juros provocados pelos eventuais ajustes, iniciais ou correlativos, assim como a sua não sujeição a qualquer penalização por parte das Administrações Fiscais em face da sua não concordância com a valoração feita pelos contribuintes das suas operações vinculadas. Ou seja, a celebração de um APP protege as empresas vinculadas de suportarem juros sobre os impostos assim como ficarem sujeitos a sanções, quer de natureza administrativa quer penal, desde que cumpra o acordado⁵⁰⁸.

Questão diversa é outra se a empresa vinculada não cumpre o APP, porquanto aqui sujeitar-se-á às consequências de tal incumprimento, entre as quais poderão

⁵⁰⁵ Veja-se MARTÍN QUERALT, J., “Algo más que una reforma: los acuerdos previos sobre precios de transferencia”, *Tribuna Fiscal* n.º 66, 1996, pags. 6.

⁵⁰⁶ Veja-se como este sentido é realçado pela OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 164 e 169, itens 4.131 e 4.146, quando se afirma, nomeadamente, que “...o procedimento bilateral (ou multilateral) tem muito mais hipóteses de reduzir o risco de dupla tributação, de ser equitativo para todas as Administrações Fiscais e para todos os contribuintes interessados e de oferecer maior certeza aos contribuintes...”

⁵⁰⁷ De acordo GHARBI, N., *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L’Harmattan, 2005, pags. 375, apoiando na *Revenue Eole*, constante do sítio na Internet www.eole.dgi/hebdo/h17airbu.htm. o «Grupo Airbus» foi a primeira empresa francesa a beneficiar de um acordo multilateral, negociado entre as Administrações Fiscais de França, Alemanha, Reino Unido e Espanha, assinado em 8 de Abril de 2004.

⁵⁰⁸ Veja-se GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, M.L., *Los procedimientos tributarios: su terminación transaccional*, Colex, Madrid, 1998, pags. 301 e 304.

estar a sujeição a juros pela mora na entrada nos cofres do Estado em causa do imposto a que se achava com direito, assim como poderá estar sujeito a outras sanções, tudo dependendo do ordenamento jurídico-fiscal em causa.

A celebração dos APP tem acoplados a si outras vantagens, como seja, a oportunidade de uma maior cooperação entre os contribuintes e as Administrações Fiscais, ou destas entre si^{509 510}, a possibilidade acrescida que trás para que as Administrações Fiscais compreenderem melhor o mundo dos negócios, designadamente a perceberem o desenvolvimento dos empreendedores das multinacionais, o que lhes trás como vantagem acrescida uma melhor capacidade para lidar com outros contribuintes em situações semelhantes, ou seja, é também uma forma de «aprenderem»^{511 512}.

É evidente que os APP são como as moedas com duas faces, ou seja, se vemos as vantagens da sua celebração temos também que analisar os inconvenientes, ou desvantagens, que comportam, aliás como é bem visível pelas indicações dadas pela OCDE no seu guia sobre os preços de transferência a que temos vindo a fazer referência⁵¹³.

⁵⁰⁹ Veja-se neste sentido o que dispõe a OCDE, "OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 168, item 4.144.

⁵¹⁰ Sobre esta questão afirma CORDÓN EZQUERRO, T., "Los acuerdos previos sobre precios de transferencia (APA) (II)", *Carta Tributaria, Monografías n.º 249*, 1996, pags. 3, que "...temas tan complejos como son los precios de transferencia pueden discutirse en un ambiente más relajado que el que envuelve una inspección fiscal tradicional, lo que provocará un mayor y más fluido suministro e intercambio de información entre las partes..."

⁵¹¹ Sobre os ensinamentos recolhidos pelas Administrações Fiscais com a celebração dos APP em que, nomeadamente aqueles em que interagem com outras Administrações Fiscais, veja-se OCDE, "OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 169 e 170, item 4.147.

⁵¹² Afirma GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, M.L., *Los procedimientos tributarios: su terminación transaccional*, Colex, Madrid, 1998, pags. 302, que "...la Hacienda Pública también se ve beneficiada porque alcanza el fin encomendado por el ordenamiento de una manera más eficaz y rápida que mediante la fijación unilateral, esto es la tributación de um beneficio acorde con los precios de mercado. Junto a ello, consigue una mayor paz jurídica, evitando una controversia sobre un valor que en la mayoría de los casos acabaría estimado incorrectamente, debido a su incertidumbre, a la vez que se libertan recursos que ya no serán necesarios para alcanzar un precio de transferencia tras años, sino que podrán ser utilizados en la realización de otra actividad administrativa..."

⁵¹³ Sobre as indicações dadas pela OCDE no seu guia sobre os preços de transferência, sobressai o facto de aquela organização internacional dedicar uma maior atenção aos «Inconvenientes dos APP» do que às «Vantagens dos APP», em face do confronto entre o que se encontra descrito nos itens 4.143 a 4.147, ou seja, cinco itens dedicados às vantagens, enquanto dedica os itens 4.148 a 4.159, ou seja doze itens, às desvantagens. Veja-se OCDE, "OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 168 a 174.

A primeira das desvantagens que surge pela celebração do APP relaciona-se, como já vimos, quando este é apenas unilateral, isto é, quando envolve uma Administração Fiscal e um seu contribuinte, pelo que em relação a esta temática não faremos em concreto qualquer outra referência.

A celebração de APP levanta à partida vários pontos negativos que devem ser analisados, alguns deles especificamente ligados às empresas vinculadas, outros especificamente relacionados com as Administrações Fiscais⁵¹⁴.

Relativamente aos contribuintes, o primeiro inconveniente que lhe acarreta a celebração de um APP relaciona-se com o processo conducente à sua concretização, porquanto, envolvendo empresas, regra geral de grandes dimensões, e duas ou mais Administrações Fiscais, estaremos sempre frente a um processo administrativo demorado e com custos monetários de grande dimensão, correndo-se ainda o risco de não haver qualquer garantia que se chegue a concretizar

Como segundo inconveniente que ressalta da implementação deste procedimento é toda a informação que as empresas vinculadas têm que forçosamente fornecer⁵¹⁵, não tendo a certeza se futuramente as Administrações Fiscais farão uma

⁵¹⁴ Sobre os inconvenientes na celebração de APP refere GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, M.L., *Los procedimientos tributarios: su terminación transaccional*, Colex, Madrid, 1997, pags. 305 a 309, sobre “...la posible utilización de la información facilitada a la Administración para otros efectos; la imposibilidad de aplicar el convenio a ejercicios impositivos anteriores la fecha de celebración; la incertidumbre para los sujetos pasivos en la culminación de un acuerdo; y, finalmente, la desventaja que suponen para los contribuyentes con menos recursos, al tratarse de un procedimiento largo y costoso...”.

Para GÓMEZ-POMAR RODRÍGUEZ, J., “Los acuerdos previos sobre precios de transferencia”, *Cuadernos de Formación*, n.º 32, Instituto de Estudios Fiscales, Escuela de Hacienda Pública, 1995, pags 5, os inconvenientes são os seguintes: “...la preparación de un acuerdo técnicamente complejo y difícil de negociar es costoso y requiere tiempo y esfuerzo, existiendo la probabilidad razonable de no alcanzar ningún resultado positivo...”, além de que “...el proceso para alcanzar un acuerdo requiere, por parte de la empresa en cuestión, poner encima de la mesa información muy sensible, tanto desde el punto de vista de futuras comprobaciones tributarias, como desde la perspectiva de la confidencialidad de la gestión empresarial, comercial o financiera...”. Para CASERO BARRÓN, R., *Los acuerdos previos sobre precios de transferencia y su regulación en la futura legislación española del Impuesto sobre Sociedades*, pags. 995, a celebração de APP “...no serán el vehículo idóneo en aquellos supuestos de determinación de una metodología de establecimiento de precios de transferencia cuando se analicen estructuras de precios que lleven aparejada una agresividad en la política de ahorro tributario por parte del contribuyente, es decir, cuando se quiera llevar a cabo una compañía residente en un país de baja tributación o localizada en un Estado con el que no se ha concluido un Convenio para evitar la Doble Imposición o cuando la misma implique una controversia sobre la interpretación de algún punto de la normativa entre la Administración Tributaria y el contribuyente...”

⁵¹⁵ Sobre a documentação apresentada pelas empresas às Administrações Fiscais refere GHARBI, N., *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, pags. 373, apoiando-se num estudo levado a cabo pela HSD ERNEST & YOUNG, em 1997, em *Etude mondiale sur les prix de transfert*, que “...il convient cependant de souligner qu'une étude relativement récente, réalisée d'un échantillon de 339 multinationales dans douze pays, révélait que près de 40% des sociétés interrogées affirmaient recourir aux «standards» de la réglementation américaine afin de «formaliser» la présentation de la documentation

incorrecta utilização da mesma, nomeadamente a sua utilização para futuras investigações e comprovações inspectivas, inclusive para comparação em análises de anos já passados, não esquecendo que ali são inseridas informações sobre gestão empresarial, financeira e comercial que amiúde tem carácter confidencial em face dos possíveis concorrentes.

Claro que perante estes inconvenientes há formas de os eliminar, ou pelo menos minimizar e, por tal, o primeiro ponto que se deve ter como assento em vista à eliminação do dispêndio de custos⁵¹⁶ e tempo⁵¹⁷, o primeiro aspecto a realçar é de que a celebração de um APP deve ser antecedido de reuniões informais entre todos os interessados de modo a permitirem concluir sobre a sua, ou não, viabilidade, minimizando assim aqueles custos. No tocante a toda a informação fornecida pelas empresas vinculadas é imprescindível que as Administrações Fiscais que tenham acesso à mesma a utilizem exclusivamente para o seu único fim em vista, garantindo a sua total confidencialidade, tendo em atenção que aquando do intercambio de informação entre as Administrações Fiscais envolvidas, todos os Estados envolvidos procedam de igual forma em relação à confidencialidade^{518 519 520}.

requisite par leur administration fiscale respective pour les besoins de l'accord préalable, alors qu'elles n'étaient que 20% à se référer aux «règles» prescrites par l'OCDE en la matière (probablement en raison de leur relative imprécision)... ».

⁵¹⁶ Refere GHARBI, N., *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, pags. 380, que « ...aux Etats-Unis la procédure est payante, puisqu'il en coûte en général 25 000 dollars à l'entreprise pour une première demande et 7 500 dollars pour un renouvellement. Toujours est-il que le coût d'un accord de prix doit être relativisé par rapport aux montants considérables de certains redressements relatifs aux prix de transfert opérés dans ce pays. Ainsi, dans les trois grands affaires portées devant le juge de l'impôt américain, les redressements de prix de transfert atteignaient pour la première la somme de 4,4 milliards de dollars (affaire «Exxon Corporation», pour la deuxième la somme de 1,9 milliards de dollars (affaire «Mobil Corporation»), et pour la troisième, la somme de 1,7 milliards de dollars (affaire «Texaco Corporation»). Sobre esta matéria veja-se também WRAPPE, S., «APA : the IRS rediscovers ADR», *Tax Notes Int.*, 1994/6, pags. 1581 e ss.

⁵¹⁷ Refere GHARBI, N., *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, a pags. 380, que « ...aux Etats-Unis, par exemple, on estime que la durée normale d'un accord de prix unilatéral est de 5 a 14 mois et de 12 a 30 mois pour un accord bilatéral... ». Sobre esta matéria veja-se também WRAPPE, S., «APA : the IRS rediscovers ADR», *Tax Notes Int.*, 1994/6, pags. 1581 e ss.

⁵¹⁸ Veja-se GÓMEZ-POMAR RODRÍGUEZ, J., «Los acuerdos previos sobre precios de transferencia», *Cuadernos de Formación de la Inspección de los Tributos n.º 32*, IEF, Escuela de Hacienda Pública, 1995, pags. 5.

⁵¹⁹ Sobre a confidencialidade da documentação fornecida pelos contribuintes em França veja-se GHARBI, N., *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, pags. 391 e 392, ao afirmar que «...l'ensemble des informations et documents par l'entreprise est couverte en France par le secret fiscal dans les conditions de droit commun, cela ne protège pas, pour autant, complètement l'entreprise de tout risque. En effet les règles de confidentialité n'étant pas les mêmes dans les autres Etats, certaines informations fournies dans le cadre de l'APP peuvent (...) être considérées como publiques à l'étranger, voire même être communiquées à la presse... ».

⁵²⁰ Sobre a confidencialidade da documentação nos EUA afirma L'ESTOILE-CAMPI, A., *Accords préalables sur les prix de transfert. La France doit encore faire ses preuves*, BF, 2000, pags. 89, que sobre pressão das empresas americanas « ...un project de loi a été déposé au Congrès [des Etats-Unis] pour accorder aux le même degré de confidentialité qu'aux déclarations fiscales. La loi a été signée par le Président Clinton le 17 de décembre 1999. Les APP ne peuvent dorénavant plus être publiés et l'IRS

Reconhecendo aquela organização internacional que a celebração de um APP acarreta consigo um procedimento demorado e com grandes implicações monetárias de custo, facto que em princípio levaria que os mesmo só fossem suportados pelos grandes contribuintes, sugere que as Administrações Fiscais encontrem meios mais expeditos, céleres e simplificados que possam ser utilizados pelos pequenos contribuintes, tendo em vista que estamos a lidar com empresas com uma menor capacidade de recursos humanos e financeiros⁵²¹. Ou seja, sugere aqui a OCDE que neste procedimento seja aplicado o princípio da proporcionalidade, princípio este que é intrínseco a toda a Administração Fiscal aquando da sua actuação, ou seja, os meios utilizados têm que ser os apenas estritamente necessários aos fins em vista.

Quanto às Administrações Fiscais, o seu envolvimento na celebração de APP também comporta inconvenientes, começando logo por referir-se à grande quantidade de recursos humanos altamente especializados que tem que dispor para analisar situações complicadas, assim como o tempo que utiliza para conseguir chegar a final com processos de análises complicadas, facto que pode originar que haja um desvio de especialistas para estas áreas com a consequente diminuição relativamente às inspecções que se deveriam fazer àqueles contribuintes mais problemáticos ou de

devra dès lors se contenter de publier un rapport annuel sur les APP (...) négociés sans faire état d'informations permettant d'identifier les parties et sans révéler d'éléments confidentiels... ».

⁵²¹ Sobre esta dificuldade acrescida que a celebração dos APP pode acarretar para os pequenos contribuintes, a doutrina levanta a questão se tal facto não violaria o princípio da igualdade, ou seja, se em face de apenas os grandes contribuintes terem capacidade, humana e financeira, de concluir os APP, tal não seria discriminatório para estes pequenos contribuintes.

Sobre este aspecto refere ZORNOZA PÉREZ, J., “¿Qué podemos aprender de las experiencias comparadas? Admisibilidad de los convenios, acuerdos y otras técnicas transaccionales en el Derecho tributario español”, CT n.º 77, 1996, pags. 132, que “...en la medida que contribuyan a mejorar la eficacia y economía en la actuación administrativa, facilitando la practicabilidad de las normas, terminarían por repercutir en una aplicación más general de las leyes tributarias de las que seguramente habría de derivarse un incremento de la justicia del sistema tributario en su conjunto. Porque los mecanismos convencionales a que hemos hecho referencia, al permitir a la Administración ahorrar esfuerzos en la determinación y prueba de hechos con transcendencia tributaria de difícil acreditación, liberarían los recursos necesarios para otras atenciones como la investigación intensiva de casos especialmente significativos o el aumento de la frecuencia con que se realizan inspecciones, incrementando así la justicia del conjunto del sistema...”, isto é, que esta forma de actuação não levaria em si mesmo uma forma de violação do princípio da igualdade, contudo, esta possibilidade de violação é reconhecida por GARCÍA-HERRERA BLANCO, C., *Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el impuesto sobre sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001, pags. 176, ao afirmar que “...no obstante, frente a (...) mayor eficacia administrativa y recaudatoria no tiene por qué suponer necesariamente un incremento de la igualdad tributaria. En efecto, subsiste el riesgo de que los grandes contribuyentes sean los auténticos beneficiados por este tipo de acuerdos. Para evitar dichos riesgos y, en consecuencia, igualar las posibilidades de acceso de todos los contribuyentes a los acuerdos previos, debería seguirse la recomendación de efectúa la OCDE: establecer un procedimiento simplificado para los pequeños contribuyentes...”. Também é entendido que há possibilidade de violação por HERRERA MOLINA, P.M., *Capacidad económica y sistema fiscal. Análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho alemán*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pags. 31 e 432, ao enumerar ali uma série de factos em que subsiste a possibilidade de ser violado o princípio da igualdade.

grande risco, porquanto, como reconhece a OCDE, regra geral são os grandes contribuintes cumpridores que se interessam pelas celebrações de APP⁵²².

Para finalizar a discussão acerca dos APP, fazemos agora uma breve referência à tramitação do procedimento entre as partes envolvidas, ou seja, as empresas vinculadas interessadas e as Administrações Fiscais que vão ser parte no APP, tendo como referências as indicações dadas pela OCDE e constantes do seu guia sobre preços de transferência a que temos vindo a aludir^{523 524}.

O primeiro aspecto a realçar prende-se com o facto de aquela organização internacional recomendar que os contribuintes interessados e as Administrações Fiscais envolvidas tenham uma primeira abordagem informal tendo em vista proceder a um estudo preliminar sobre a possibilidade e viabilidade da celebração do APP e, na eventualidade do resultado dessas reuniões apontarem para a sua formalização, estabelecerem o conjunto de documentos que a empresa deverá apresentar para iniciar o processo⁵²⁵.

Aceite pelas partes que seja dado início ao processo conducente à celebração do APP, deverá então o contribuinte apresentar o seu pedido formal acompanhado de toda a documentação^{526 527} necessária, documentação esta que a OCDE a título

⁵²² Sobre este aspecto refere GARCÍA-HERRERA BLANCO, C., *Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el impuesto sobre sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001, pags. 174 que “...se ha dicho, además, que este gran esfuerzo en la cantidad de recursos destinados a resolver un APA no tiene por qué corresponder con un incremento en el nivel de cumplimiento fiscal, pudiendo incluso darse los resultados contrarios. Ello se debe a que normalmente los contribuyentes que solicitan un APA son contribuyentes con una buena tradición en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales, por lo que la Administración estará dedicando esfuerzos a éstos, en detrimento de la investigación de otras situaciones donde pudiera existir un mayor nivel de fraude...”. Neste sentido veja-se CORDÓN EZQUERRO, T., “Los acuerdos previos sobre precios de transferencia (APA) (II)”, *Carta Tributaria, Monografías n.º 249*, 1996, pags. 4.

⁵²³ A OCDE sugere o desenvolvimento do procedimento administrativo conducente à celebração do APP, através do procedimento amigável do artigo 25.º da sua MC, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 276 a 294, itens 28 a 69.

⁵²⁴ De acordo com GARCÍA-HERRERA BLANCO, C., *Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el impuesto sobre sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001, pags. 198, o procedimento tendo em vista a negociação de um APP bi ou multilateral “...puede dividirse, básicamente, en tres etapas: iniciación, instrucción y resolución...”.

⁵²⁵ Veja-se OCDE “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 276 a 278, itens 29 a 33.

⁵²⁶ Sobre a utilização das informações prestadas pelo contribuinte em vista à celebração de um APP, em relação a outros exercícios, diz L'ESTOILE-CAMPI, A., *Accords préalables sur les prix de transfert. La France doit encore faire ses preuves*, BF, 2000, pags. 91 que « ...au Royaume-Uni (...) les informations transmises dans le cadre de la demande de l'APP pourront être utilisées par l'Island Revenue en vue d'effectuer des redressements sur les années passées non encore prescrites, (... au Japon,

exemplificativo sugere, nomeadamente, a que se relacione com explicitação das previsíveis operações vinculadas que se irão levar a cabo, os métodos aplicáveis, os intervalos de preços que achem aceitáveis, as eventuais hipóteses de desvio significativo, descrição dos mercados em que se inserem, as empresas ou produtos comparáveis, as estruturas organizacionais, activos envolvidos, demonstrações financeiras, empresas associadas e países envolvidos no APP, assim como os exercícios que pretendem ver cobertos pelo APP. É evidente que toda a documentação necessária depende das situações concretas e das exigências legais que cada Administração Fiscal possa fazer⁵²⁸.

Iniciado o processo pelo contribuinte interessado, este deveria ter sempre a possibilidade de entrar em contacto com a sua Administração Fiscal⁵²⁹, tendo sempre em vista que a colaboração de todas as partes envolvidas é essencial para o obtenção de um APP que consiga estar o mais próximo possível da realidade em concreto⁵³⁰ e, para tal, só com uma actuação de todos os agentes num clima de boa fé⁵³¹ é que se conseguirá obter um preço de transferência o mais aproximado possível daquele que

l'administration déclare qu'elle n'utilisera pas les informations révélées au cours de la procédure d'agrément dans le cadre d'une vérification de prix de transfert de l'entreprise (...) excepté les éléments factuels... ».

⁵²⁷ De acordo com WILLIAMS, E., "Basics of the USA APA program", *Tax Notes Int.*, 1993/8, 1993, pags. 723 e ss, estimava-se que nos EUA a duração normal de um APP unilateral seria de 5 a 14 meses, enquanto que para um APP bilateral este prazo seria de 12 a 30 meses.

⁵²⁸ Um aspecto a realçar da descrição que a OCDE efectua sobre esta temática, encontra-se a preocupação mostrada por esta organização internacional que o conteúdo da "...proposta [seja] consistente com as orientações gerais fornecidas pelos Comentários do Modelo de Convenção Fiscal da OCDE sobre os Artigos correspondentes, e também com as orientações relativas à aplicação do princípio da plena concorrência do Artigo 9.º, segundo os Princípios em matéria de Preços de Transferência nos casos que envolvam preços de transferência entre empresas associadas...", sugerindo inclusive o conteúdo mínimo de informação que deveria ser fornecido pelas empresas associadas a entregar juntamente com o seu pedido de APP. Veja-se OCDE "OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 280, item 38.

⁵²⁹ Afirma GARCÍA-HERRERA BLANCO, C., *Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el impuesto sobre sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001, pags. 199, que "...los sujetos pasivos vendrán obligados a facilitar cuantos datos, informes, antecedentes y justificantes posean en relación con la propuesta de valoración, pudiendo participar en las actuaciones encaminadas a concretar el acuerdo cuando así lo decidan los representantes de ambas Administraciones..."

⁵³⁰ Isto mesmo se retira da conjugação, entre outros dos itens 59 *in fine* com o 63. Veja-se OCDE, "OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 289 e 291.

⁵³¹ A violação do princípio da boa fé, por parte do contribuinte, é bem demonstrada pela OCDE quando sugere que "...uma Administração Fiscal pode revogar um APP (...) se se demonstrar que houve declaração errónea dos factos (...) imputáveis (...) a falta intencional do contribuinte aquando da preparação e apresentação do pedido de APP, dos relatórios anuais ou de outros documentos justificativos, ou aquando da prestação das informações conexas...", ou seja, em todos os momentos as partes devem-se relacionar-se de acordo com aquele princípio. Veja-se OCDE, "OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 297 e 298 – item 77.

praticariam as empresas independentes, que a final é o que se pretende com a aplicabilidade do princípio *arm's length*.

Nas discussões havidas entre as autoridades fiscais competentes, e porque estamos a tratar de uma justa distribuição da matéria colectável entre diferentes Estados que exercitam aqui a sua soberania, o contribuinte interessado não intervirá, a não ser que as mesmas entendam oportuna a sua intervenção, contudo, será aqui evidente que o papel deste se deveria apenas limitar a prestar esclarecimentos e não a fornecer documentação importante, porque se tal acontecer, será um factor de dilatação no tempo para a conclusão do APP⁵³².

Concluído o processo de discussão entre as autoridades fiscais, será elaborado um projecto de acordo de APP, que será sujeito à apreciação prévia das empresas vinculadas para indicarem se o consideram viável^{533 534}.

Estaremos aqui perante o exercício de direito de participação dos Sujeitos Passivos nos actos administrativos que lhe digam respeito e, por tal, só com a sua aceitação expressa é que o projecto de APP se converterá em definitivo, sendo para tanto elaborado um acordo escrito final entre todas as partes envolvidas, empresas vinculadas interessadas e Administrações Fiscais envolvidas, tendo em vista a sua aplicabilidade futura⁵³⁵, isto é, estamos então perante um APP, bi ou multilateral⁵³⁶.

⁵³² Este aspecto é evidenciado pela OCDE, "OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 291, item 63, em que sugere que os contribuintes interessados na celebração de um APP esteja sempre disponível a prestar toda a colaboração que lhe seja solicitada.

⁵³³ Neste sentido veja-se OCDE, "OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 291, item 65.

⁵³⁴ Sobre a obrigação de audição dos contribuintes veja-se GARCÍA-HERRERA BLANCO, C., *Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el impuesto sobre sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001, pags. 199 que indica que "...el proyecto de acuerdo (...) se pondrá en conocimiento de los sujetos pasivos, que dispondrán de un plazo de diez días para oponerse al mismo cuando difiera de la propuesta formulada...".

⁵³⁵ Sobre esta possibilidade veja-se OCDE, "OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 294, item 69, em que ali se insere o princípio geral que os acordos valem para futuro, contudo, desde que as partes interessadas – empresas vinculadas e Administrações Fiscais envolvidas – estejam em consonância, os APP podem ter efeitos retroactivos.

⁵³⁶ De acordo com GHARBI, N., *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, a pags. 387, « ...la durée [d'un accord] peut être comprise entre 3 et 5 ans selon les caractéristiques du secteur ou de la nature des transactions... », aliás em consonância com o que sugere a OCDE, "OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 286,

A OCDE sugere que este acordo escrito celebrado entre todos – APP – tenha um conteúdo mínimo de dados que, na sua óptica, entende que são pelo menos os essenciais para as partes conhecerem quais os seus direitos e obrigações⁵³⁷, chamando aqui apenas a atenção para alguns deles, a saber: descrição dos métodos de determinação dos preços de transferência, intervalo de plena concorrência, as operações que servirão de comparação, as hipóteses críticas que levaram a eventuais modificações no acordo alcançado, as obrigações a cumprir pelo contribuinte para que as Administrações Fiscais possam fiscalizar convenientemente a aplicabilidade do APP e, logicamente, os exercícios a que é aplicável⁵³⁸.

Com entrada em vigor do APP, o seu cumprimento será sujeito a fiscalização pelas Administrações Fiscais envolvidas que, em face do que ali ficou acordado, as empresas vinculadas terão de provar documentalmente o seu cumprimento na íntegra⁵³⁹, com todas as consequências legais que advém da sua violação, nomeadamente a sua revogação com efeitos retroactivos – *ex tunc*, a sua anulação com efeitos desde a sua assunção – *ex nunc*, e inclusive, a possibilidade de renovação por períodos a acordar por todas as partes interessadas⁵⁴⁰.

ii. **O procedimento amigável como meio de concretização do ajuste correlativo**

A MCOCDE integra no seu texto o artigo 25.º, com a epígrafe de “Procedimento amigável”, que tem em vista a resolução pelos Estados subscritores de uma Convenção dos eventuais diferendos que surjam na vigência da mesma,

item 51, ao referir que “...a experiência demonstrou que a duração média de um APP PA seria de 3 a 5 anos...”.

⁵³⁷ Sobre os elementos que o APP deve conter, a que chamamos de “conteúdo mínimo” sugere-o a OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 292 e 293, item 66.

⁵³⁸ Sobre o conteúdo mínimo de informação que deve conter um APP veja-se GARCÍA-HERRERA BLANCO, C., *Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el impuesto sobre sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001, pags. 199 e 200.

⁵³⁹ De acordo com MORENO FERNÁNDEZ, J.I., em *La Tributación de las Operaciones Vinculadas*, 2.ª Edición, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003, pags. 230 “...los efectos de la aprobación de un acuerdo con la Administración de otro Estado (...) se concretan en tres: la aplicación de la valoración aprobada tanto por la Administración como por los sujetos pasivos, la presentación de un informe de aplicación por éstos junto con la declaración del Impuesto y la posterior comprobación por la Administración de la correcta aplicación de la valoración aprobada...”.

⁵⁴⁰ De acordo com GHARBI, N., *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, pags. 388 « ...en cas d'inobservation par le contribuable des conditions de son engagement, l'accord pourra faire l'objet d'une simple révision ou d'une annulation, selon l'ampleur et la gravité des manquements constatés... ».

nomeadamente, a eventual resolução de uma dupla tributação, uma vez que um dos fins primordiais da celebração de uma CDT é evitá-la ⁵⁴¹.

Aquando da análise que fizemos acerca dos APP, bi ou multilaterais, referimos que a sua negociação entre os Estados envolvidos se fazia no âmbito de um procedimento amigável oriundo da aplicação concreta deste artigo 25.º da MCOCDE, designadamente do seu n.º 3 – primeira parte, como aliás recomenda a OCDE no seu relatório sobre os preços de transferência⁵⁴².

A análise que agora nos propomos efectuar está somente ligada à tentativa de eliminação da dupla tributação económica surgida, como vimos, pela aplicabilidade de um ajuste inicial ou primário a uma empresa vinculada por um Estado e, consequentemente, pela necessidade de o outro Estado implicado de proceder ao ajuste correlativo em vista de evitar, ou pelo menos diminuir, a dupla tributação económica internacional.

Como temos vindo a analisar, a aplicabilidade dos métodos de determinação dos preços de transferência resulta da aplicabilidade às relações empresariais vinculadas do princípio de plena concorrência previsto no n.º 1 do artigo 9.º da MCOCDE, contudo, esta organização internacional estabelece também no n.º 2 daquele artigo que «quando um Estado (...) inclui nos lucros de uma empresa desse Estado – e tributa nessa conformidade – os lucros pelos quais uma empresa do outro Estado (...) foi tributada nesse outro Estado (...) o outro Estado procederá ao ajustamento adequado do montante do imposto aí cobrado sobre os lucros referidos», ou seja, prevê que seja evitada, ou pelo menos atenuada a dupla tributação económica

⁵⁴¹ Veja-se este reconhecimento expresso feito pela OCDE nos comentários à MCOCDE, *MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO* – OCDE, Lisboa, 2005, pags. 489, item 8, quando afirma que “...na prática, o procedimento [amigável] é aplicável naqueles casos – de longe, os mais numerosos – em que a medida em causa conduz a uma dupla tributação, que a Convenção tem como objectivo, precisamente, evitar...” (sublinhado nosso).

⁵⁴² Veja-se OCDE “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 166 e 167, item 4.140, *in fine* quando ali se escreve que “...podemos considera, pois, que os APP são autorizados pelo n.º 3 do Artigo 25.º, já que os casos específicos de preços de transferência sujeitos a um APP não são contemplados em qualquer outra disposição da Convenção...”, isto conjugado com a interpretação que aquela organização internacional faz ao n.º 3 do artigo 25.º da MC, ao indicar no n.º 33 que “...o primeiro período do presente número convida e habilita as autoridades competentes a resolver, se possível, as dificuldades de (...) aplicação por via do acordo amigável (...) mesmo que tenham surgido em conexão com um caso particular...”. Veja-se MCOCDE, *MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO* – OCDE, Lisboa, 2005, pags. 499 e 500.

internacional, a qual será levada a cabo através do procedimento amigável instituído por via do n.º 3 do artigo 25.º da MCOCDE ^{543 544 545}.

A primeira questão que seria de colocar relaciona-se com o facto de as CDT não conterem no seu artigo 9.º um número igual ao n.º 2 constante da MCOCDE, ou seja, se seria possível, mesmo na ausência de disposição equivalente àquele n.º 2 do artigo 9.º da MC, os Estados envolvidos nas operações vinculadas e que foram objecto de correcção por um deles em face da aplicabilidade do princípio *arm's length*, ser desencadeado pela empresa vinculada um procedimento amigável tendente a eliminar a dupla tributação económica internacional. De acordo com a OCDE, mesmo que o artigo 9.º da CDT não integre um n.º 2, sempre será possível os Estados encontrarem forma de o desencadear com base no n.º 3 do artigo 25.º da MCOCDE, segunda parte, uma vez que ali é assumido que «as autoridades competentes dos Estados Contratantes (...) poderão também consultar-se a fim de eliminar a dupla tributação em casos não previstos pela Convenção». Isto é, sendo a dupla tributação internacional, quer económica, quer jurídica, um dos aspectos fundamentais tratados pelas CDTs, entende aquela organização internacional que sempre os Estados contratantes poderão usar o procedimento amigável para solucionar, ou pelo menos minimizar, aquelas males jurídico-económicos ⁵⁴⁶.

⁵⁴³ O procedimento amigável, como via a seguir para a eliminação da dupla tributação económica internacional, está assumido por aquela organização internacional no seu relatório sobre preços de transferência, como ressalta especificamente da alínea j) O procedimento amigável, da parte C. Ajustamento correlativo e procedimento amigável: Artigos 9.º e 25.º do Modelo de Convenção Fiscal da OCDE, do Capítulo IV relativo às Medidas administrativas destinadas a evitar e resolver os diferendos em matéria de preços de transferência (sublinhado nosso). Veja-se OCDE “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 126, item 4.29 a 4.31.

⁵⁴⁴ Veja-se neste sentido a OCDE “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 126, item 4.29, quando declara que “...este procedimento (...) pode ser utilizado para eliminar a dupla tributação resultante do ajustamento de preços de transferência...”.

⁵⁴⁵ Também na MC a OCDE integrou interpretação que vais neste sentido ao afirmar que “...o artigo 25.º prevê igualmente para as autoridades competentes um mecanismo que lhes permite chegar a acordo no sentido de resolverem, no contexto dos preços de transferência, (...) os problemas de dupla tributação económica...”. Veja-se a MCOCDE, *MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO* – OCDE, Lisboa, 2005, pags. 489 e 490.

⁵⁴⁶ Vejam-se os comentários feitos ao artigo 25.º da MCOCDE, *MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO* – OCDE, Lisboa, 2005, pags. 501, item 37, quando ali se afirma que “...o segundo período do número 3 [do artigo 25.º] permite ainda que as autoridades competentes resolvam os casos de dupla tributação não previstos na Convenção...”, aliás já no seguimento do que vinha sendo assumido a pags. 490 – item 10 quando ali se escreve que “...de acordo com a opinião dominante no seio dos países membros, a dupla tributação económica gerada pela rectificação dos preços de transferência não é conforme, pelo menos, com o espírito da Convenção, sendo abrangida pelo âmbito de aplicação do procedimento amigável previsto no Artigo 25.º...”. Este mesmo aspecto é novamente salientado pela OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços

Apesar deste entendimento perfilhado pela OCDE sobre a eventual não inclusão de um n.º 2 no artigo 9.º das CDTs celebradas entre Estados, ir no sentido, como vimos, de que sempre será possível os Estados envolvidos encetarem um procedimento amigável em vista à eventual eliminação ou atenuação da dupla tributação económica, há contudo Estados que perfilham opinião diversa, isto é, se aquando das negociações os Estados envolvidos não pretenderam integrar um n.º 2 no artigo 9.º da CDT é porque tiveram intenção expressa de não proceder a uma eventual eliminação gerada pela aplicabilidade do n.º 1 do artigo 9.º, ou seja, assumem claramente que só procederão a tal se entenderem que estão perante um contribuinte que agiu de boa fé^{547 548}, sobressaindo daqui que estes Estados o que fazem é estabelecer um esquema de rectificações dos preços de transferência, não conformes ao princípio *arm's length*, que se projecta, quer internamente, quer externamente, como um mecanismo de anti elisão fiscal internacional.

O procedimento amigável previsto no artigo 25.º da MCOCDE, levanta sobretudo dois problemas fundamentais, quais sejam:

(i) O primeiro relaciona-se com um aspecto fulcral deste tipo concreto de procedimento que apenas leva as autoridades fiscais dos países envolvidos a encetarem negociações não as obrigando contudo a chegarem a um entendimento, ou seja, estamos perante um procedimento *inter partes* que é apenas uma obrigação de meios e não de fins, isto é, mesmo que as partes cheguem a encetar negociações entre si, não ficam vinculadas à obtenção de um resultado;

de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 127 e 128, item 4.33.

⁵⁴⁷ Neste sentido vejam-se as Reservas ao Artigo das MC feitas por alguns Estados, salientados pela MCOCDE, *MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO – OCDE*, Lisboa, 2005, pags. 225, item 16, em que “...a Hungria e a República Checa reservam-se o direito de não incluírem o n.º 2 nas suas convenções (...) estando porém dispostas (...) [a aceitar] os potenciais ajustamentos correlativos aos casos em que o contribuinte aja de boa fé...”, e por sua vez “...o Canadá reserva-se o direito de não incluir o número 2 nas suas convenções, salvo se a obrigação de proceder a um ajustamento for limitado no tempo e não for aplicável no caso de fraude, de omissão voluntária ou de negligência...”. Igualmente nas posições assumidas sobre este n.º 2 do artigo 9.º os países não-membros tomaram posições sobre a sua não inclusão, conforme pags. 579 e 580, itens 1 e 4, em relação ao Brasil, Rússia, Vietname, Costa do Marfim, Marrocos e Tunísia.

⁵⁴⁸ Sobre este aspecto refere GEMMA SALA GALVAÑ, *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, pags. 372, que “...la mayoría de [los Estados] reconocen acceder a iniciar un procedimiento de acuerdo mutuo sobre los ajustes administrativos a practicar a los precios de transferencia internacionales (...) a pesar de la no existencia de cláusula similar al art. 9.2 del MCOCDE; (...) algunos Estados no comparten esta visión, con lo que si no estipulan un precepto del CDI que prevea los ajustes correspondientes es debido a que en tales supuestos se pretende intencionalmente obtener el resultado de la doble imposición económica, que únicamente eliminarán – de acuerdo con su legislación interna – en los casos de buena fe por parte de las empresas vinculadas...”.

(ii) O segundo relaciona-se com o tempo de início do referido procedimento amigável e as suas consequências, ou não, em relação às leis internas dos Estados envolvidos, as quais podem impedir que surta já qualquer efeito o eventual acordo a que cheguem, ou seja, podemos estar perante uma autêntica inutilidade da lide procedimental que conduza a que não sejam aplicáveis pelos Estados envolvidos os resultados alcançados.

Comecemos então por analisar o primeiro aspecto. Aquela organização internacional assume com clareza que o ajuste correlativo não é obrigatório, porquanto, estando nós num dos domínios fulcrais do exercício de soberania dos Estados, que é o exercício do seu direito de tributação, não pode um Estado ser coagido a aceitar na sua soberania as consequências da tributação exercitadas por outro Estado⁵⁴⁹, chegando até aquela organização a apelar que este exercício de soberania está inclusive ligado à não aceitação de tributações «...arbitrárias ou fantasistas operadas por outro Estado...».

Com isto a OCDE reconhece explicitamente que as Administrações Fiscais podem praticar erros crassos e evidentes, os quais não podem ter quaisquer consequências nos ordenamentos jurídicos de outros Estados⁵⁵⁰, além de que esta organização internacional admite que apenas será admissível um Estado aceitar proceder a um ajustamento correlativo desde que o considere correcto, quer nos métodos utilizados, quer na sua quantificação, ou não estejamos nós a trabalhar com uma matéria que «não é uma ciência exacta».

A existência do artigo 25.º na MCOCDE apenas permite aos contribuintes que, em sua opinião suportaram, ou venham a suportar, dupla tributações internacionais,

⁵⁴⁹ Veja-se neste sentido o que refere a OCDE “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 127, item 4.31, quando afirma que “...o procedimento amigável não obriga as autoridades competentes a chegarem a acordo e a resolverem os seus diferendos em matéria fiscal...”. No mesmo sentido veja-se MCOCDE, *MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO – OCDE*, Lisboa, 2005, pags. 496, item 26, nos comentários aos n.ºs 1 e 2 do Artigo 9.º em que se afirma que “...o número 2 comporta, indubitavelmente, a obrigação de negociar; no entanto, as autoridades competentes ficam sujeitas tão só ao dever de «diligência» e não de «resultado» no que respeita à concretização de um acordo amigável...”, acrescentando nas observações finais ao artigo, e sob o item 45 que “...do ponto de vista do contribuinte, esta disposição não é ainda totalmente satisfatória (...) porque à autoridades competentes apenas é pedido que procurem uma solução e não lhes é exigido que a encontrem...”.

⁵⁵⁰ Veja-se o OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 128, item 4.35.

quer económicas, quer jurídicas, possam ter a possibilidade de desencadearem um procedimento amigável junto da Administração Fiscal em que são residentes⁵⁵¹, mas sem qualquer garantia que após o decurso normal desse procedimento as autoridades cheguem a um qualquer resultado, ou seja, pode a empresa vinculada em questão sofrer efectivamente uma dupla tributação económica^{552 553 554}.

Atente-se que o n.º 2 do artigo 25.º da MCOCDE estabelece que apresentado o pedido de procedimento amigável pela empresa vinculada junto da Administração Fiscal, tendo em vista a eliminação do ajuste correlativo, «se a reclamação se lhe afigurar fundamentada (...) esforçar-se-á por resolver a questão através de acordo amigável», isto é, evidencia-se logo como ponto prévio que, aquando da apresentação do pedido de procedimento amigável, o interessado não tem sequer a garantia que a Administração Fiscal irá dar seguimento ao seu pedido, porquanto, se entender que o mesmo não tem fundamento factual e legal para prosseguir não terá que iniciar o procedimento amigável⁵⁵⁵. Ou seja, esta primeira etapa do pedido de procedimento amigável apenas opõe frente a frente o contribuinte e a sua Administração, pelo que em face da análise que faça ao pedido, e se entender que este carece de fundamentação, quer de facto quer de direito, não está obrigada a prosseguir com ele, não podendo com isto olvidar-se que todos os actos administrativos são sempre legalmente fundamentados, isto é, a Administração Fiscal pode negar o prosseguimento do pedido apenas estando obrigada a fundamentar o seu

⁵⁵¹ O n.º 1 do artigo 25.º da MCEUA *in fine*, diferentemente do que acontece na MCOCDE, permite que o procedimento amigável seja desencadeado junto de qualquer uma das Administrações Fiscais dos Estados envolvidos na Convenção, ao estabelecer que “...present its case to the competent authority of either Contracting State...”. Veja-se UNITED STATES MODEL INCOME TAX CONVENTION OF NOVEMBER 15, 2006 em www.irs.gov.

⁵⁵² Sobre esta questão refere GARCÍA-HERRERA BLANCO, C., *Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el impuesto sobre sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001, pags. 159, que “...el mayor problema que este procedimiento plantea consiste en que el mismo no se consigue una decisión vinculante para las Administraciones fiscales y los contribuyentes y, consecuentemente, la eliminación de la doble imposición no está garantizada...”.

⁵⁵³ Com a mesma opinião veja-se PLAGNET, B. “La procédure amiable”, *Juris-Classeur Fiscal ID*, Faz. 15 B et *Juris-Classeur Fiscal International*, Faz. 350-B, pags. 6, ao afirmar que “...les Etats sont simplement tenus d’une obligation de «diligence» et non pas de «résultat» ... ».

⁵⁵⁴ Sobre esta temática refere também GHARBI, N., *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L’Harmattan, 2005, pags. 417, que “...en effet, si d’après les termes des conventions, les autorités compétentes de chaque Etat sont obligés de négocier, elles ne sont, en revanche, tenues que d’une obligation de «diligence» et non pas de la réalisation d’une accord amiable... », acrescentando de seguida a pags. 421 que “...dans la mesure où l’accord amiable est conditionné à la diligence des autorités compétentes, le contribuable n’est pas assuré de la suppression de la double imposition...” :

⁵⁵⁵ Veja-se a MCOCDE, *MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO* – OCDE, Lisboa, 2005, pags. 494, itens 20 e 21, em que da sua conjugação se retira a seguinte afirmação da OCDE: “...na sua primeira fase, iniciada pela reclamação do contribuinte, o procedimento em questão situa-se exclusivamente no plano das relações entre este e a autoridade competente do Estado da residência...[pelo que esta se] reconhecer que a reclamação é fundada (...) deverá dar satisfação ao requerente...”.

indeferimento, tudo isto sem trazer aqui à liça as eventuais hipóteses jurídicas de reacção interna dos interessados em face a esta atitude administrativa⁵⁵⁶.

Admitido que seja pela autoridade fiscal iniciado o procedimento amigável, encontramos-nos perante relações inter Estados, pelo que a interferência do contribuinte é limitada pelas necessidades sentidas pelas autoridades, contudo, a OCDE recomenda que quando esteja em causa uma questão de preços de transferência, se tenha uma especial atenção às possíveis colaborações das empresas vinculadas, permitindo-lhes expor todos os factos e argumentos relevantes que possam ajudar à descoberta da verdade material, isto é, aquela organização internacional mais uma vez reconhece a complexidade desta temática e, apesar de se estar dentro do estrito âmbito de exercício de soberania entre Estados, sempre sugere uma especial atenção à colaboração das partes vinculadas envolvidas⁵⁵⁷.

Este procedimento é despido de formalidades rígidas, pelo menos de acordo com a interpretação que a OCDE faz e que resulta do n.º 4 ao artigo 25.º da MC, pelo que as autoridades são perfeitamente livres de entre si encontrarem a melhor forma de se relacionarem e procederem ao desenrolar do procedimento e à sua conclusão, sugerindo a OCDE que não seja negado ao contribuinte interessado a apresentação de observações e de se fazer representar, dando inclusive indicações que tal prática é seguida por um grande número de países, mas, em última instância sempre estamos perante uma questão entre Estados e como tal é pelos mesmos tratada, o que apenas leva a que entre si se consultem, mas sem qualquer imposição de chegarem a acordo^{558 559 560}.

⁵⁵⁶ Sobre esta temática da negação do início do procedimento amigável e a obrigação da sua boa fundamentação, diz-nos GHARBI, N., *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, a pags. 422, que « ...en effet, la majorité des Etats membres de l'OCDE, dont la France, considèrent que le contribuable ne bénéficie pas d'une droit inconditionnel à la mise en œuvre de la procédure amiable. Cette compétence discrétionnaire de l'administration fiscale a été soulignée par le Conseil d'Etat dans un arrêt en date du 2 juin 1986 à l'occasion duquel la Haute juridiction a précisé, par ailleurs, que le refus des autorités françaises de mettre en œuvre la procédure amiable, de règlement des cas de double imposition prévue par une convention fiscale, est sans influence sur la régularité et le bien-fondé des impositions auxquelles le contribuable a été assujéti... ».

⁵⁵⁷ Veja-se a MCOCDE, *MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO* – OCDE, Lisboa, 2005, pags. 498, item 29, em especial a sua alínea c) quando ali se recomenda que « ...no decurso do procedimento amigável relativo a uma questão de preços de transferência, os contribuintes em causa deveriam ter a possibilidade, dentro de limites razoáveis, de expor às autoridades competentes, por escrito e verbalmente, os factos e os argumentos relevantes... ».

⁵⁵⁸ Sobre o desenrolar do procedimento, vejam-se os comentários da OCDE ao n.º 4 do artigo 25.º da MCOCDE, *MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO* – OCDE, Lisboa, 2005, pags. 501 a 503, itens 38 a 44, em especial o item 42 em relação às faculdades a conceder ao contribuinte.

Assim, como acima começamos por sublinhar, a questão inicial mais problemática deste procedimento amigável está umbilicalmente ligada à não condução a qualquer resultado, ou seja, pode acontecer que a final as Administrações Fiscais não se entendam e terminem sem chegar a qualquer acordo, o que evidencia que estamos perante o exercício efectivo de duas soberanias fiscais distintas e com fins próprios, o que lhes permite que não têm que obrigatoriamente chegar a qualquer acordo, facto este que levou a OCDE a sugerir a possibilidade de estudar a integração de um procedimento arbitral de modo a que sempre se alcançasse, por via de um procedimento arbitral, uma solução final, isto é, que não estivéssemos só perante uma obrigação de meios, mas também perante uma obrigação de resultados, facto que já levou à iniciação dos estudos conducentes à sua concretização^{561 562}. Voltaremos a esta temática quando desenvolvermos o seu tratamento no seio da União Europeia.

Daqui podemos concluir que as Administrações Fiscais assumem um papel de juízes em causa própria⁵⁶³, ora decidindo sobre a concreta tributação, ora decidindo sobre a iniciação do procedimento arbitral, ora decidindo sobre a concessão ou não da eliminação da dupla tributação económica internacional, ficando as empresas

⁵⁵⁹ Acerca das garantias que se devem dar aos contribuintes no tocante à sua participação no procedimento amigável, veja-se OCDE, "OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 136 e 137, itens 4.56 a 4.60, reconhecendo-se aqui expressamente que "...embora tenha o direito de iniciar o procedimento, o contribuinte não tem qualquer direito de nele participar...", e, acrescentado em seguida que "...o procedimento amigável (...) não é mais do que um procedimento de consulta e não um processo contencioso...".

⁵⁶⁰ Com este mesmo sentido veja-se GHARBI, N., *Le Controle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, pags. 422, em que afirma que « ...la procédure est dépourvue de tout formalisme, mais certaines garanties essentielles doivent être accordées au contribuable, notamment le droit de présenter ses observations, par écrit ou oralement, en personne ou par l'intermédiaire d'un représentant... », acrescentando em seguida que « ...force est de constater que la marge d'appréciation laissée aux autorités compétentes s'avère très importante. Au demeurant (...) les Etats sont simplement tenus d'une obligation de «diligence» et non pas de «résultat» pour ce qui est de la réalisation d'un accord amiable... ».

⁵⁶¹ Sobre a problemática da arbitragem nos conflitos gerados pelos preços de transferência, veja-se OCDE, "OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 176 a 178, itens 4.167 a 4.171, onde é assumido que "... o Comité dos Assuntos Fiscais decidiu estudar esta questão e complementar esses Princípios Directores com as conclusões deste estudo logo que esteja concluído...", isto é, teremos que continuar a aguardar sobre esse eventual estudo.

⁵⁶² Sobre a problemática da arbitragem, em geral, a integrar o procedimento amigável, veja-se a MCOCDE, *MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO – OCDE*, Lisboa, 2005, pags. 506, itens 46 a 48.

⁵⁶³ Neste sentido veja-se GHARBI, N., *Le Controle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, pags. 423, em que afirma que "...l'un des défauts majeurs de la procédure tient au fait que l'administration fiscale est, à la fois, juge et partie... », acrescentando de imediato que « ---la double imposition ne met pas en jeu les seuls intérêts du contribuable mais également ceux des services fiscaux... », o que tem como consequência que « ...si les autorités compétentes conviennent de supprimer la double imposition contestée, il est certain que cela se fera au détriment de l'une ou l'autre souveraineté fiscale concernée... ».

vinculadas numa situação de mera passividade e de espectatividade sobre o provável final do processo amigável.

O segundo aspecto que acima focamos como problemático no procedimento amigável relaciona-se com a influência do tempo nas relações jurídicas⁵⁶⁴, ou seja, o tempo como elemento a ter em conta para se poder iniciar o procedimento, o tempo como elemento a ter em conta para se concluir o procedimento e o tempo como elemento a ter em conta para aplicar a eventual decisão positiva que tenha sido obtida no procedimento amigável.

Como já abundantemente referimos, quando estamos a tratar da problemática dos preços de transferência, encontramos-nos dentro do exercício da soberania dos Estados, através da liquidação e cobrança dos seus impostos, exercitado em obediência à aplicação do seu direito interno, pelo que, quando nos encontramos a discutir a possibilidade de se eliminar a dupla tributação económica internacional, fruto de um ajuste primário ou inicial levado a cabo por um Estado, mais não estamos a fazer do que a repercutir no espaço territorial do outro Estado, aquele que irá efectuar o ajuste correlativo, os efeitos de uma relação jurídico-fiscal entre a empresa vinculada e contribuinte naquele primeiro Estado.

Um dos elementos fundamentais do exercício das relações jurídicas é que esse exercício seja praticado dentro de certo e determinado tempo, para que o sujeito passivo não fique à espera *ad aeternum* que determinada relação jurídica lhe seja imposta, tudo em nome da certeza jurídica. Ou seja, quando estamos a discorrer sobre as relações jurídico-tributárias, estamos a entroncar na capacidade que o Estado, através da Administração Fiscal, tem de impor aos contribuintes a sua vontade legal de cobrar impostos, pelo que a exercitação deste direito tem que ser levada a cabo dentro de certo e determinado prazo, findo o qual já não pode ser exercitado o direito à liquidação de impostos, tudo isto em nome da certeza jurídica do sujeito passivo da relação tributária de não ver pender sobre o seu património um acto administrativo ablativo sem prazo marcado.

⁵⁶⁴ Sobre a influência do tempo nas relações jurídicas, veja-se por todos DOMINGUES DE ANDRADE, M.A., *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, Coimbra, 1992, pags. 439 a 467.

Tudo isto para dizer que estamos a discorrer sobre a caducidade do direito à liquidação dos impostos que impende sobre o Estado de, em prazo certo, determinarem o *quantum* que o contribuinte deverá suportar de impostos, pelo que esgotado esse prazo extingue-se o direito potestativo de o Estado proceder à liquidação^{565 566 567}.

Como vimos o direito para os Estados procederem às liquidações dos seus impostos não é um direito *ad aeternum*, tendo assim de ser exercitado dentro dos prazos que a lei interna de cada Estado indicar. Como consequência imediata deste aspecto pode acontecer que, em face das diferenças das leis internas existentes entre Estados, quando o primeiro Estado proceder a uma liquidação a uma empresa vinculada, sua contribuinte, fruto de um ajuste inicial ou primário, já não seja possível o segundo Estado, em face da sua lei interna, proceder a um ajuste correlativo, mesmo na hipótese que concorde integralmente com os métodos utilizados e o *quantum* determinado pelo primeiro Estado.

Outro aspecto que ressalta da aplicabilidade interna aos Estados da obrigação das liquidações terem que ser feitas dentro do prazo legal à consumação das mesmas, porquanto senão aproveita aos contribuintes o direito de caducidade, prende-se com o facto de, mesmo que seja encetado o procedimento amigável e este seja concluído, se chegue à conclusão que o ajuste inicial não tinha fundamento ou que o seu valor foi exagerado, ou seja, que o primeiro Estado afinal devia ter feito um

⁵⁶⁵ Sobre a caducidade diz-nos DOMINGUES DE ANDRADE, M.A., *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, Coimbra, 1992, pags.464, que “...o fundamento específico da caducidade é o da necessidade de certeza jurídica. Certos direitos devem ser exercidos durante certo e determinado prazo, para que ao fim desse prazo fique inalteravelmente definida a situação jurídica das partes. É de interesse público que tais situações fiquem, assim, definidas duma vez para sempre, com o transverso do respectivo prazo...”, acrescentando de imediato que “... a caducidade é própria dos direitos potestativos...”.

⁵⁶⁶ Em Portugal, de acordo com o n.º 1 do artigo 45.º da Lei Geral Tributária “...o direito de liquidar os tributos caduca se a liquidação não for validamente notificada ao contribuinte no prazo de quatro anos, quando a lei não fixar outro...”. Significa isto que o Estado Português tem que no prazo de 4 anos, a contar do momento em que determinado facto tributário ocorreu, proceder à liquidação do imposto devido, isto é, quantificar o *quantum* que é devido pelo contribuinte e notificá-lo de que lhe foi feita aquela liquidação, ou seja, não interessa só que seja efectuado o acto de liquidação, mas que esse acto seja validamente comunicado ao contribuinte para que a partir desse momento possa usar dos seus meios legais de defesa contra a prática daquele acto de liquidação assim como cumprir a sua obrigação de pagar o imposto devido.

⁵⁶⁷ Sobre a «caducidade» do direito de liquidação de impostos diz-nos CASALTA NABAIS, J., *Direito Fiscal*, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2003, pags. 277, que “...a caducidade [é o] poder de que a administração tributária dispõe para liquidar os impostos (...) e que deve ser exercido no prazo de quatro anos, a contar, nos impostos periódicos, do termo do ano em que se verificou o facto tributário e, nos impostos de obrigação única, da data em que o facto tributário ocorreu...”, acrescentando a pags. 351 que “...constitui uma garantia dos contribuintes a caducidade do poder de determinação do montante do imposto (...) pelos serviços da administração fiscal, quando tal valor (...) não for notificado ao contribuinte no prazo [da caducidade]...”.

ajuste de valor menor ou inclusive não devia ter feito qualquer ajuste. Se no momento em que se chegar a esta conclusão no procedimento amigável, já não for possível pelo direito interno do primeiro Estado proceder a qualquer alteração da liquidação então estamos também perante uma inutilidade da realização daquele procedimento amigável⁵⁶⁸.

Podemos assim retirar uma primeira conclusão. Do que acabamos de expor, em face do direito interno podem os Estados que iniciem um procedimento amigável e que até o levem a bom porto, concluir pela impossibilidade, em face dessa lei interna, de retirar dali qualquer utilidade prática, isto é, sempre o direito interno, que proíbe as Administrações Fiscais de procederem a qualquer liquidação ou alteração às existentes, se sobreporá ao acordo alcançado com base no procedimento amigável oriundo da aplicabilidade de uma CDT celebrada entre os mesmos⁵⁶⁹.

Um segundo elemento a ter em conta prende-se com o prazo que as empresas vinculadas têm para iniciar o procedimento amigável. O n.º 1 do artigo 25.º da MCOCDE, *in fine*, estabelece que o procedimento amigável deverá ser iniciado, através de iniciativa da empresa vinculada que entenda que sofreu, ou venha a sofrer, uma dupla tributação económica internacional, «...dentro de três anos a contar da data da primeira comunicação da medida que der causa à tributação não conforme com o disposto na Convenção»⁵⁷⁰.

Se atentarmos no conteúdo desta norma de indicação de prazos, deparamos logo com a questão do seu início, que como ali se indica, começa a correr desde a «...data da primeira comunicação da medida que der causa à tributação não conforme

⁵⁶⁸ Sobre esta problemática refere GEMMA SALA GALVAÑ, *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, pags. 395, que “...las barreras normativas internas relacionadas con el tiempo de realización de los ajustes administrativos se presenta como uno de los obstáculos principales – así como una de las mayores preocupaciones de las empresas multinacionales contribuyentes – a la hora de impedir la doble imposición económica internacional derivada de la corrección unilateral de los precios de transferencia...”.

⁵⁶⁹ Com conclusões sobre esta temática veja-se GEMMA SALA GALVAÑ, *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, pags. 396, nomeadamente quando refere que “...los mismos Estados miembros que se han negado a imponer restricciones de tiempo en los CDIs con el propósito de coordinar la acción de regularización tributaria de los precios de transferencia en los ajustes correspondientes, se pronuncian sobre la no imposición vía convenio internacional de límites temporales a la rectificación de beneficios llevada a cabo por la primera jurisdicción fiscal...”. Sobre esta questão e o seu relacionamento com as CDTs celebradas por Espanha, veja-se esta autora a pags. 398 a 400.

⁵⁷⁰ Veja-se a MCOCDE, *MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO* – OCDE, Lisboa, 2005, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 53.

com o disposto na Convenção». Temos que ter em conta que a empresa vinculada pode dar início ao procedimento desde o momento em «...que as medidas tomadas por um Estado Contratante conduzem ou poderão conduzir (...) a uma tributação não conforme com o disposto na presente Convenção».

Como facilmente se imagina, as Administrações Fiscais, através dos seus serviços de inspecção, procedem à fiscalização das empresas vinculadas suas contribuintes⁵⁷¹, e só quando em face das análises que efectuam chegam à conclusão que os preços de transferência que analisaram não estão conformes ao princípio *arm's length*, é que propõem internamente os mecanismos de correcção às liquidações existentes ou o processamento de novas liquidações, e assim, podem aqui ser detectados três momentos distintos, a saber:

(i) O primeiro momento que está relacionado com o início e decurso de uma fiscalização levada a cabo pelos serviços de inspecção tendo em vista analisar da conformidade das operações vinculadas com a aplicabilidade do princípio *arm's length*;

(ii) O segundo momento que ocorrerá quando em resultado dessa inspecção os serviços de inspecção detectem uma incorrecta aplicabilidade do princípio de plena concorrência, e daí resultar uma alteração à valoração das operações vinculadas;

(iii) O terceiro momento em que a Administração Fiscal procede a uma liquidação, notificando a empresa vinculada para proceder em conformidade com o que ali ficou decidido, nomeadamente, pagar o imposto em falta.

Efectivamente, para efeitos do eventual desencadear de um procedimento amigável, aquele primeiro momento não pode ter qualquer relevância, dado que uma das prerrogativas das Administrações Fiscais se traduz na verificação dos factos fiscais, e as inspecções a que as empresas vinculadas estão sujeitas encontra-se integrada nas faculdades inspectivas.

O segundo momento a que nos referimos já pode ter relevância para um eventual desencadear de um procedimento amigável pelas outras empresas

⁵⁷¹ A preocupação da OCDE sobre a fiscalização dos preços de transferência está bem patente nas orientações que transmite às Administrações Fiscais e às empresas vinculadas, em "OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais", *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, a pags. 118 e 119, itens 4.6 a 4.10, constantes da alínea i) *Medidas de fiscalização* integradas no Capítulo IV e pags. 179 a 189, itens 5.1 a 5.29, constantes do Capítulo V dedicado à *Documentação*.

vinculadas com as quais foram praticadas as operações vinculadas, porquanto, se entenderem através dos resultados dessa inspecção que estão a ser detectados factos que estão a conduzir a uma incorrecta aplicabilidade do princípio de plena concorrência e que dali poderá resultar uma alteração à valoração das operações vinculadas, então já podem junto da Administração Fiscal de que são residentes pedir que seja desencadeado um procedimento amigável que tenha em vista eliminar a eventual dupla tributação económica internacional, aliás como resulta da primeira parte do n.º 1 do artigo 25.º da MCOCDE ao estatuir que «...quando uma pessoa considerar que as medidas tomadas por um Estado Contratante (...) poderão conduzir (...) a uma tributação não conforme com o disposto na presente Convenção...», isto é, é suficiente para o contribuinte desencadear o procedimento amigável, que haja uma susceptibilidade justificada para que ocorra uma dupla tributação económica internacional⁵⁷². Como acabamos de ver este segundo momento já possibilita que as empresas vinculadas, que sintam uma mera probabilidade de virem a sofrer uma dupla tributação económica internacional, desencadeiem um procedimento amigável^{573 574}.

O terceiro momento já comporta em si essa dupla tributação económica internacional, ou seja, quando uma Administração Fiscal procede já à correcção dos preços de transferência, por não os considerar conformes ao princípio *arm's length*, está a interferir não só com a empresa vinculada que é sua contribuinte, mas também

⁵⁷² Neste sentido vai a orientação da OCDE quando em “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 133, item 4.47, *in fine*, assume que “...os verificadores [dos serviços de inspecção] são convidados a dar conhecimento aos contribuintes, com a antecedência suficiente, da sua intenção de procederem a uma rectificação ligada aos preços de transferência no quadro das operações internacionais, de modo a que o contribuinte possa informar, se o desejar, a Administração Fiscal do outro Estado em causa, que poderá encarar desde logo o problema na óptica de um eventual procedimento amigável...”, ou seja, a OCDE reconhece que deve tentar-se ser o mais célere possível nesta temática para que se consigam evitar os eventuais constrangimentos que as correcções primárias acarretam quando subsequentemente já não podem ser seguidas das necessárias correcções correlativas.

⁵⁷³ Esta posição é plenamente assumida pela OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 134, itens 4.50 e 4.51, que podemos sintetizar pela seguinte frase que dali extraímos: “...convém que as autoridades competentes estejam aptas, no quadro do procedimento amigável, a iniciar discussões quanto aos preços de transferência logo que possível...”.

⁵⁷⁴ Igual aconselhamento dá a OCDE dos comentários feitos na MCOCDE, *MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO – OCDE*, Lisboa, 2005, pags. 491, item 12, quando refere que “...importa referir que o procedimento amigável, (...) pode ser accionado por um contribuinte, sem esperar que a tributação por ele considerada como «não conforme com a Convenção» tenha sido efectuada ou lhe tenha sido notificada, [sendo apenas] necessário e suficiente que demonstre que as «medidas tomadas por um Estado ou por ambos os Estados» conduzirão a tal tributação, que surge como um risco não meramente eventual mas provável...”.

está por via disso a provocar uma dupla tributação económica internacional na outra empresa vinculada e residente noutro Estado.

A partir deste momento está esta última empresa vinculada autorizada a desencadear o procedimento amigável, contudo, de acordo com o n.º 1 do artigo 25.º da MCOCDE *in fine*, o pedido «deve ser apresentado dentro de três anos a contar da primeira comunicação da medida que der causa à tributação não conforme com o disposto na Convenção», prazo este que não é disciplinado na MC o momento exacto em que se deve considerar como marcante, e assim, em comentários a OCDE sugere, como aliás não seria de esperar forma diversa, que o memo seja interpretado da forma que maior benefício traga para o Contribuinte, isto é, que se inicie a partir do momento em que lhe seja dado conhecimento oficial que irá suportar efectivamente uma liquidação⁵⁷⁵.

É assim evidente que, apesar da OCDE indicar como tempo mínimo⁵⁷⁶ a conceder aos contribuintes que se sintam prejudicados com tributações não conformes com o que está disciplinado na Convenção, não indica com clareza qual é o momento exacto em que o mesmo se inicia, trazendo isto mais uma dificuldade acrescida aos interessados, ou seja, há uma evidente falta de clareza nas normas dali retiradas.

Por último referiremos ainda outro aspecto no tocante ao tempo e às suas repercussões no procedimento amigável, isto é, o tempo necessário para se concluir o referido procedimento amigável. Se se atentar o teor de todo o artigo 25.º da MCOCDE não encontramos disciplinado qualquer prazo para a conclusão do referido procedimento amigável. Isto é, mesmo que os Estados envolvidos aceitem iniciar um procedimento amigável, não se sabe à partida qual o prazo máximo que os mesmos

⁵⁷⁵ Veja-se a MCOCDE, *MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO* – OCDE, Lisboa, 2005, pags. 493 e 494, item 18, que aclara esta ponto ao afirmar que “...a disposição que estabelece como ponto de partida do prazo de três anos (...) deve ser interpretada da forma mais favorável para o contribuinte [pelo que se deverá] apenas (...) contar da notificação da medida individual conducente *a tributação em causa, ou seja, na interpretação mais favorável do acto tributário propriamente dito, materializado por um aviso de liquidação ou por um título de receita ou de cobrança, que começa a correr o prazo em questão...”. Neste mesmo sentido é feito um alerta pela OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 133, item 4.48.

⁵⁷⁶ Efectivamente a OCDE entende este prazo de três anos para desencadear o procedimento amigável, como um prazo mínimo de que os interessados devem dispor. Veja-se neste sentido a MCOCDE, *MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO* – OCDE, Lisboa, 2005, pags. 493, item 17, em que se afirma que “...o prazo de três anos (...) visa proteger as administrações contra reclamações tardias [e] deve ser entendido como prazo mínimo, pelo que os Estados são livres de acordar, (...) um prazo mais dilatado no interesse dos contribuintes...”.

têm para o concluir, e assim, estamos perante mais um constrangimento inerente à disciplina que MC faz deste processo *inter partis*, ao não estabelecer um tempo limite para a sua conclusão, podendo isto trazer como consequência a inaplicabilidade prática do acordo ali conseguido, em face do direito interno dos Estados envolvidos⁵⁷⁷.

Referiremos agora a questão da eventual aplicabilidade do acordo conseguido no procedimento amigável, e concluído entre os Estados envolvidos, nas operações vinculadas, em face do que é disposto no n.º 2 do artigo 25.º *in fine* da MCOCDE, ao estatuir que «o acordo alcançado será aplicado independentemente dos prazos estabelecidos no direito interno dos Estados Contratantes».

Pretende aquela organização internacional, com a introdução desta regra, que o resultado alcançado entre os Estados envolvidos tenha uma aplicabilidade efectiva, isto é, que a Convenção imponha a obrigação aos Estados Contratantes que, independentemente dos prazos disciplinados no seu direito interno e que eventualmente pudessem impedir a aplicabilidade do acordo alcançado, procedam às correcções necessárias às situações fiscais das empresas vinculadas, que, em última instância, se deve traduzir na efectiva eliminação da dupla tributação jurídica económica internacional.

Tenha-se contudo em atenção que, na eventualidade das CDTs celebradas entre Estados não conterem esta regra, isto significa que aqueles Estados não se quiseram vincular à obrigação do cumprimento efectivo do acordo amigável, sobrepondo assim o seu direito interno ao direito convencional^{578 579}.

⁵⁷⁷ Sobre este aspecto reconhece a OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 134, item 4.52, que “...uma vez iniciado, o procedimento amigável pode revelar-se muito longo...”, indicando em seguida algumas medidas que, em sua opinião, podem ajudar a minimizar a duração desse processo amigável.

⁵⁷⁸ A obrigação de execução de um acordo amigável por parte dos Estados envolvidos, que pretende alcançar esta disposição da MC, não é partilhada por muitos países-membros – *Canadá, Eslováquia, Espanha, Grécia, Irlanda, Itália, México, Portugal, Reino Unido e a Suíça* – que formularam uma reserva a este artigo em que assumem que “...consideram que a execução material dos desagrvamentos ou dos reembolsos de impostos, na sequência do procedimento amigável, deve permanecer em ligação com os prazos estabelecidos pelas respectivas legislações internas...”. Igual posição tiveram alguns países não-Membros, a saber: *O Brasil, as Filipinas e a Tailândia*. Veja-se MCOCDE, *MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO* – OCDE, Lisboa, 2005, pags. 509 e 599, itens 53 e 2, respectivamente. Se se atentar no que dispõe a OCDE nesta MCOCDE, a pags. 497 – item 28, este mesmo aspecto é ali realçado ao indicar com clareza que “...o último período do número 2 tem como objectivo permitir que os países cujo direito interno estabeleça prazos em matéria de rectificação de tributação e de reembolso de imposto apliquem o acordo a despeito da existência desse prazos...”, isto é, resulta dos trechos de texto que acabamos de referir que há entendimentos diferentes entre países e a OCDE, ou seja, enquanto esta pretende que o direito internacional que advém da assinatura pelos

Em resumo podemos concluir que o procedimento amigável tal e como se encontra disciplinado na MCOCDE não satisfaz com um mínimo de garantia que as empresas vinculadas consigam obter uma eliminação da dupla tributação económica internacional originada pelas correcções que seja alvo, através de um ajuste primário ou inicial, porquanto:

- Não está garantido que o procedimento se inicie;
- Não está garantido que mesmo que seja iniciado, os Estados o venham a finalizar;
- Não está garantida uma qualquer forma de impasse nas negociações, de modo que sempre haja uma solução final que seja alcançada, nomeadamente através da imposição aos Estados negociadores de uma mediação de conflitos, por exemplo uma comissão arbitral que chegue a uma solução *supra parties*;
- Não está garantido que mesmo que seja finalizado que os Estados acordem numa solução que minimamente satisfaça a eliminação da dupla tributação económica internacional;
- Não está garantido um prazo máximo para a finalização do acordo amigável⁵⁸⁰;
- Não está garantido uma colaboração e intervenção efectiva das empresas vinculadas de modo a proporcionar todos os esclarecimentos necessários à obtenção de um resultado final que lhe seja minimamente favorável⁵⁸¹;
- Não está garantido que, na eventualidade de os Estados chegarem a acordo sobre a existência de uma dupla tributação e a sua quantificação, que os Estados venham a efectivar a sua aplicação, ou seja, que seja levado à prática a eliminação da dupla tributação económica internacional, com o fundamento que o direito interno já não permite qualquer modificação nos exercícios fiscais que foram objecto de análise.

Estados de uma CDT obrigue ao cumprimento do acordo amigável, aquelas pretendem que o seu direito interno não seja posto em causa e seja efectivamente aplicado.

⁵⁷⁹ A Convenção Modelo dos EUA disciplina no n.º 2 do artigo 25.º – *MUTUAL AGREEMENT PROCEDURE* regra semelhante à constante do n.º 2 do artigo 25.º *in fine* da MCOCDE, ao ali estabelecer que “...any agreement reached shall be implemented notwithstanding any time limits or other procedural limitations in the domestic law of the Contracting States...”, contudo esta MCEUA, leva mais longe a sua intenção de uma aplicação efectiva da eliminação da dupla tributação económica internacional, ao estabelecer ainda, em continuação do que acabamos de transcrever que “...assessment and collection procedures shall be suspended during the period that any mutual agreement proceeding is pending...”. Veja-se *UNITED STATES MODEL INCOME TAX CONVENTION OF NOVEMBER 15, 2006*, em www.irs.gov.

⁵⁸⁰ Sobre esta questão refere GEMMA SALA GALVAÑ, *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, pags. 404, que “...el principal motivo alegado como generador de inseguridad jurídica es el no establecimiento de un tiempo límite en el que las autoridades fiscales deban decidir acerca de los ajustes sobre los precios de transferencia...”

⁵⁸¹ Sobre este aspecto refere GEMMA SALA GALVAÑ, *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, pags. 403 que “...la participación del contribuyente en el procedimiento queda reducida a la solicitud de iniciación del mismo...”.

Ou seja, estamos no âmbito de um procedimento entre Estados soberanos, porquanto são eles os verdadeiros e únicos intervenientes válidos, que defendem aqui essa sua soberania, designadamente no campo fiscal.

Voltaremos a esta temática aquando da análise da Convenção de Arbitragem da União Europeia, que nos permitirá ter uma visão comparativa de como seria viável a solução de todos os conflitos a que nos referimos, pelo que em relação a esta temática lembramos aqui afirmações da OCDE que são reveladoras da complexidade que referenciamos: Em «observações finais» ao artigo 25.º da MC, aquela organização internacional reconheceu que «...o procedimento amigável (...) representa, de um modo geral, o máximo que os Estados Contratantes estão dispostos a aceitar (...) [e que] às autoridades competentes apenas é pedido que procurem uma solução e não lhes é exigido que a encontrem»^{582 583 584 585}.

⁵⁸² Veja-se MCOCDE, *MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO* – OCDE, Lisboa, 2005, pags. 505, item 45.

⁵⁸³ Sobre esta temática veja-se uma opinião coincidente com a nossa em GHARBI, N., *Le Controle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, pags. 424, ao afirmar que “...dans cette procédure [amiable] tout est laissé à la discrétion des autorités compétentes. Ce sont elles seules qui décident de la recevabilité de la demande. Aussi, rien ne les oblige à rechercher une conciliation avec l'administration étrangère et «a fortiori» à trouver une solution. En définitive, les autorités compétentes sont tenues seulement à une obligation de moyen et non de résultat... ».

⁵⁸⁴ Também GARCÍA-HERRERA BLANCO, C., *Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el impuesto sobre sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001, pags. 159, refere que “...el mayor problema que este procedimiento plantea consiste en que el mismo no se consigue una decisión vinculante para las Administraciones fiscales y los contribuyentes y, consecuentemente, la eliminación de la doble imposición no está garantizada. En este sentido la OCDE recomienda vivamente a los Estados que se esfuercen por todos los medios en llegar a un acuerdo con el fin de eliminar la doble imposición...”

⁵⁸⁵ Sobre os inconvenientes que o procedimento amigável tem na resolução de conflitos originados pela aplicabilidade do princípio *arm's length* a preços de transferência praticados entre empresas vinculadas, veja-se também CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional en los convenios de doble imposición y en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pags. 173 e 174.

III PARTE

A “UNIÃO EUROPEIA” E AS OPERAÇÕES VINCULADAS

III – A – REFERÊNCIAS GERAIS

I – INTRODUÇÃO

Acabamos de passar em vista um conjunto de opiniões sobre a problemática dos preços de transferência cuja matriz é delimitada pelas orientações que a OCDE, enquanto organização internacional, emite sobre esta temática.

Se atentarmos na convenção que instituiu esta organização internacional, é plenamente assumido nos considerandos prévios que está subjacente à sua constituição o “...poder e a prosperidade da economia [como elementos] (...) essenciais para alcançar as metas da ONU, salvaguardar as liberdades individuais e aumentar o bem-estar geral...”, reconhecendo, igualmente, que as economias estão cada vez mais interdependentes umas das outras, e que a prossecução da expansão económica e do comércio mundial é um elemento chave, cada vez mais importante, do progresso das economias a nível mundial umbilicalmente ligado às relações económicas e financeiras internacionais.

Ao passarmos em vista o tratado criador desta organização internacional, e tendo em vista atingir os seus objectivos de uma cada vez mais forte expansão e desenvolvimento da economia a nível mundial, integrado, claro está, sob uma base de desenvolvimento do comércio internacional, que assenta na bilateralidade e não discriminação, os Estados-membros que integram esta organização comprometeram-se a reduzir e a suprimir os obstáculos que impeçam as livres trocas de bens e serviços, a assegurar a fluência dos meios de pagamentos necessários e a manterem e aumentarem a liberdade de movimentação de capitais⁵⁸⁶.

⁵⁸⁶ O que acabamos de expor resulta do teor da Convenção que instituiu a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Económico – OCDE, assinada pelos Estados contratantes fundadores, em Paris a 14 de Dezembro de 1960, que se pode consultar do site da Internet http://www.oecd.org/document/44/0,3343,fr_2649_201185_1915884_1_1_1_1,00.html.

Do articulado desta Convenção são patentes os fins que a OCDE se propõe alcançar. Efectivamente, no seu “**Article 1**” estabelece claramente que “...L’Organisation de Coopération et de Développement Économiques (appelée ci-dessous l’“Organisation”) a pour objectif de promouvoir des politiques visant : a) à réaliser la plus forte expansion possible de l’économie ... et une progression du niveau de vie dans les pays Membres, tout en maintenant la stabilité financière, et à contribuer ainsi au développement de l’économie mondiale ;b) à contribuer à une saine expansion économique dans les pays Membres, ainsi que non membres, en voie de développement économique ;c) à contribuer à l’expansion du commerce mondial sur une base multilatérale et non discriminatoire conformément aux obligations internationales. », acrescentado no seu “**Article 2**” um conjunto de obrigações que se propõem levar à prática tendo em vista o desenvolvimento da sua estratégia, pelo que os Estados-membros assumem que « ...En vue d’atteindre ces objectifs, les Membres conviennent, tant individuellement que conjointement : d) de

Se atentarmos nos Tratados constitutivos das duas organizações internacionais, a OCDE e a União Europeia – UE, verificamos que ambas perseguem objectivos semelhantes, contudo, a UE ainda vai mais além, uma que vez que os Estados-membros que a compõem, quer os que originariamente a constituíram, quer aqueles que posteriormente a ela aderiram, assumiram que estão resolvidos a envidar todos os esforços que levem à convergência das suas economias, instituindo para tal uma União Económica e Monetária, aqui se incluindo uma moeda única, estando determinados, para esse fim, a promover o progresso económico e social dos seus povos, o que leva a que tomem em consideração o princípio do desenvolvimento sustentável dentro de um contexto da realização dum mercado interno.

Assumem os Estados-membros da UE ⁵⁸⁷ que a promoção do progresso económico e social se deve fazer através de um desenvolvimento equilibrado e sustentável, nomeadamente mediante a criação de um espaço sem fronteiras internas, no reforço de uma coesão económica e social e no estabelecimento de uma união económica, pelo que reconhecem a necessidade da eliminação dos obstáculos existentes, facto que requer uma acção concertada tendo em vista garantir a estabilidade na expansão económica, o equilíbrio nas trocas comerciais e a lealdade na concorrência.

Para tal assumem os Estados-membros o seu desejo de contribuir, mercê de uma política comercial comum, para a supressão progressiva das restrições ao comércio internacional.

Tendo em vista efectivar toda esta assunção de compromissos foi vertido pelos Estados-membros nos seus Tratados um conjunto de normas, entre as quais

poursuivre leurs efforts en vue de réduire ou de supprimer les obstacles aux échanges de biens et de services, ainsi qu'aux paiements courants, et de maintenir et étendre la libération des mouvements de capitaux... », ou seja, está aqui patente uma assunção plena por parte dos Estados-membros da OCDE de que pretendem incrementar a nível global uma ampla liberdade de comércio mundial, ao assumirem a eliminação de obstáculos à livre movimentação de bens e serviços, assim como a liberalização dos movimentos de capitais como factor essencial àquela liberalização. Aliás seria um autêntico contra-senso se se permitisse a ampla movimentação dos factores de produção e se negasse a liberdade de movimento de capitais, pois, como facilmente se imagina seria de todo impossível sem esta liberdade praticar aquela outra.

⁵⁸⁷ As referências que em seguida vamos fazer são apoiadas no texto do Tratado da Comunidade Europeia, que entrou em vigor em 1 de Novembro de 1993, através das alterações introduzidas pelo Tratado de Maastricht, assinado em 7 de Fevereiro de 1992, e na sua modificação levada a cabo pelo Tratado de Lisboa, assinado em 3 de Dezembro de 2007, que instituiu o Tratado da União Europeia – TUE e o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – TFUE, ambos designados por “Tratados” e que se podem consultar no sítio da Internet www.europa.eu.

destacamos o “objectivo” a que UE se propõe encetar ao assumir no artigo 3.º do TUE⁵⁸⁸ (vide anterior 2.º, do TCE)⁵⁸⁹, que “...a União tem por objectivo promover a paz, os seus valores e o bem-estar dos seus povos [pelo que] proporciona aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, (...) estabelece um mercado interno (...) assente num crescimento económico equilibrado (...) numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social (...). A União promove a coesão económica, social e territorial, e a solidariedade entre os Estados-Membros (...), [assim como] estabelece uma união económica (...). Nas suas relações com o resto do mundo, a União afirma e promove os seus valores (...), [e] o comércio livre e equitativo...”

Em vista à consolidação deste seu objectivo, tão amplamente explanado, assumem na conjugação dos artigos 26.º, 28.º, 30.º, 34.º, 35.º, 49.º 56.º e 63.º do TFUE (vide anterior artigo 3.º do TCE) que a “...União adopta as medidas destinadas a estabelecer o mercado interno ou a assegurar o seu funcionamento, em conformidade com as disposições pertinentes dos Tratados, (...) mercado interno [que] compreende um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada...”, o que implica que a aqui se integre “...uma união aduaneira que abrange a totalidade do comércio de mercadorias e implica a proibição, entre os Estados-Membros, de direitos aduaneiros de importação e de exportação e de quaisquer encargos de efeito equivalente, bem como a adopção de uma pauta aduaneira comum nas suas relações com países terceiros...”, pelo que são “...proibidos entre os Estados-Membros os direitos aduaneiros de importação e de exportação ou os encargos de efeito equivalente.

⁵⁸⁸ O Tratado de Lisboa introduziu modificações aos Tratados que disciplinavam a existência e funcionamento da União Europeia, passando agora a estarem em vigor desde o passado dia 1 de Dezembro de 2009 o Tratado da União Europeia, doravante designado por TUE assim como Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, doravante TFUE, fruto do chamado Tratado de Lisboa. Veja-se: “*Bruxelas, 30 de Abril de 2008 – (OR. fr) – 6655/1/08 – REV 1 – NOTA – Assunto: Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – [em que esclarecem sob a epígrafe de] AVISO AO LEITOR [que] – A presente publicação contém as versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, bem como dos seus Protocolos e Anexos, tal como resultarão das alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa, assinado a 13 de Dezembro de 2007 em Lisboa. Contém igualmente as Declarações anexadas à Acta Final da Conferência Intergovernamental que aprovou o Tratado de Lisboa*”.

⁵⁸⁹ TCE – Tratado da Comunidade Europeia.

Esta proibição é igualmente aplicável aos direitos aduaneiros de natureza fiscal...”, assim como são proibidas, entre os Estados-Membros, as restrições quantitativas à importação [e] (...) à exportação, bem como todas as medidas de efeito equivalente...”, sendo também “...proibidas as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro.

Esta proibição abrangerá igualmente as restrições à constituição de agências, sucursais ou filiais pelos nacionais de um Estado-membro estabelecidos no território de outro Estado-membro...”, assim como “...as restrições à livre prestação de serviços na União serão proibidas em relação aos nacionais dos Estados-Membros estabelecidos num Estado-Membro que não seja o do destinatário da prestação...”, sendo também “...proibidas todas as restrições aos movimentos de capitais entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros (...) [assim como] aos pagamentos entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros...” e, perante a criação deste mercado único pela UE, os Estados-membros assumiram no artigo 119.º do TFUE (vide anterior artigo 4.º do TCE) que “...para alcançar os fins enunciados no artigo 3.º do Tratado da União Europeia, a acção dos Estados-Membros e da União implica, nos termos do disposto nos Tratados, a adopção de uma política económica baseada na estreita coordenação das políticas económicas dos Estados-Membros, no mercado interno e na definição de objectivos comuns, e conduzida de acordo com o princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência. (...) [através do] apoio às políticas económicas gerais na União, de acordo com o princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência...”.

Este mercado único interno existente na UE é mais um mercado a nível global que tem que competir no universo concorrencial com todas as outras economias, quer sejam aquelas já consolidadas, quer sejam as economias emergentes, facto que foi reconhecido pela UE no Conselho Europeu extraordinário de Lisboa, de 23 e 24 de Março de 2000, em que assume que a mundialização da economia impunha à Europa que esta estivesse na vanguarda de todos os sectores em que a concorrência internacional se tem intensificado. Ou seja, reconhece a UE que não se pode deixar ultrapassar pelas restantes economias a nível mundial se se quiser manter competitiva

nos mercados internacionais resolvendo, para tal, dar um novo impulso às políticas comunitárias de forma a aproveitar plenamente as oportunidades daí decorrentes.

Neste contexto decidiu que era necessário criar condições para instalar um clima mais favorável ao espírito empresarial, onde se compreende, por exemplo, a redução das despesas ligadas à burocracia, aqui se incluindo a necessária simplificação administrativa, de forma a desenvolver na Europa uma verdadeira cultura de dinamismo empresarial, factor inerente a uma verdadeira realização do mercado interno e cujas vantagens está já na sua actual dimensão de 27 Estados-membros, facto que implica que sejam necessários eliminar todos os obstáculos, reais ou potenciais, que criem entraves ao comércio de bens e serviços, resultando dali um conjunto de prioridades a tomar que levem à facilitação da livre circulação de mercadorias, que sejam suprimidos todos os obstáculos que levem a que o comércio transfronteiriço seja mais dispendioso monetariamente e complexo do que o comércio praticado no interior dos Estados-membros.

Para o desenvolvimento desta liberdade de circulação de mercadorias foi acordado que deviam ser tomadas todas as medidas que aumentassem a confiança no funcionamento do quadro jurídico em matéria dessa livre circulação, acrescentando em seguida que, em matéria de integração do mercado comum de serviços, se deviam eliminar as diferenças detalhadas nas legislações dos Estados-membros de forma a daí retirar as dificuldades na sua livre circulação.

Assumiram os Estados-membros que estas dificuldades afectavam todos os agentes económicos, contudo este entrave era mais evidente na razão inversa da dimensão dos agentes económicos, ou seja, embora afectando todas as empresas, de facto, as pequenas e médias empresas – PME eram especialmente afectadas pelos entraves ali descritos, o que as impedia de exercerem plenamente a sua actividade transfronteiriça e beneficiarem do mercado alargado em que se transformou o mercado comum europeu, dissuadindo-as, assim, de exercerem as suas actividades noutros Estados-membros.

Entre os entraves que foram detectados, e que afectam em maior medida as PME, estão os impactos criados pelas barreiras fiscais, porquanto, fácil é de compreender que o facto de existirem tantos regimes fiscais quantos os Estados-

membros que integram a União Europeia, acrescenta maiores dificuldades que os agentes económicos têm que ultrapassar na expansão da sua actividade além fronteiras. Assim, e à medida que se processa o alargamento da Comunidade Europeia, maiores serão o impactos das barreiras fiscais e sobretudo a nível da tributação directa, sendo susceptível de desencorajar as PME's a desenvolverem actividades empresariais além fronteiras.

Como acima referimos o mercado interno é conduzido segundo o princípio de uma economia aberta e de livre concorrência, o que implica obrigatoriamente que os Estados-membros tivessem que integrar no TUE e TFUE (vide anterior TCE) normas que disciplinassem a proibição de qualquer discriminação, de modo a que seja retirado por todos o maior benefício possível da União Europeia, designadamente, do mercado único.

Percorrendo o caminho analítico daquela realidade vamos, então, fazer agora uma primeira abordagem da temática do princípio da não discriminação subjacente às liberdades constantes do TUE e TFUE (vide anterior TCE), mormente a liberdade de estabelecimento, e por inerência a liberdade de movimentação de capitais, no intuito de perceber como o mesmo está ligado às empresas que são inter-relacionadas no espaço comunitário e que entre si praticam preços de transferência com consequências a níveis fiscais.

Esta temática que entronca na crescente globalização da economia e que motiva uma constante deslocalização das empresas, uma vez que estas pretendem pluri-localizarem-se onde encontrem as melhores condições de mercado para o desenvolvimento da sua actividade e consequentemente as transferências de bens e capitais entre empresas do mesmo grupo, a criação das mais variadas formas de exercício da liberdade de estabelecimento, designadamente através de estabelecimentos permanentes, agências, sucursais e filiais, que tem sempre como fim último a busca das melhores condições de mercado ao menor custo possível, incluindo os custos fiscais.

A nível da UE o direito fiscal é já quase o último reduto de "soberania" dos Estados-membros, daí que não tivessem abdicado do seu direito de veto, surgindo assim um consequente conflito constante entre o exercício da criação desse direito

fiscal por parte dos Estados-membros e o exercício da liberdade de direito de estabelecimento por parte das empresas.

Vamos analisar nas páginas que se seguem o princípio da não discriminação, essencialmente do estabelecimento das empresas, constante no TUE e TFUE (vide anterior TCE), e comparativamente, porquanto estivemos a trabalhar com as regras sobre preços de transferência oriundas da OCDE, iremos também fazer uma breve análise do mesmo princípio visto à luz da OCDE e do seu Modelo de Convenção, passando de seguida a uma análise da temática dos preços de transferência, debaixo das perspectivas que a Comissão pretende utilizar para lhe dar uma solução, quer sugerindo variantes de tributação das empresas a nível da União Europeia, quer fazendo uso do seu poder de questionar os Estados-membros através do regime dos Auxílios de Estado.

II – O PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO

i. No Tratado da União Europeia

a) Metas da União Europeia

Quando passamos em revista os primeiros artigos que instituem a Comunidade Europeia, com a redacção em vigor depois de Maastricht em 7 de Fevereiro de 1992, que criou a União Europeia, apercebemo-nos da descrição dos objectivos que a UE se propõe alcançar, os quais são entre outros, a criação de um mercado comum com um alto grau de competitividade e de convergência dos comportamentos das economias, que sejam propiciadoras de um aumento do nível e qualidade de vida, que têm que assentar numa coesão económica da Comunidade e na solidariedade dos Estados Membros que a constituem e, para esta promoção estão os Estados Membros proibidos de criar direitos aduaneiros e restrições à entrada e saída de mercadorias ou de levantarem barreiras equivalentes⁵⁹⁰.

A criação deste mercado interno comum assenta, de imediato, e em primeira linha, na abolição de todos os entraves à livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais, obrigando-se os Estados-membros a uma sã concorrência conduzida por uma economia de mercado aberto e livre.

Esta liberdade de circulação tinha que implicar forçosamente a existência da possibilidade de movimentação de pessoas dentro do espaço da União Europeia, isto numa perspectiva de mobilidade de trabalhadores, a criação da liberdade de estabelecimento, quer para as pessoas físicas, quer para as pessoas jurídicas, factores estes que tinham que trazer associada uma ampla capacidade de movimentação de capitais, quer se analisassem como capitais de investimento, quer fossem vistos como meios necessários de pagamento.

A constituição deste Mercado Comum, que integra o amplo espaço da União Europeia, tinha que assentar na liberdade de movimentação dos factores de produção – capital, matérias-primas e trabalho – elementos essenciais à sua existência e desenvolvimento, assim como uma ampla liberdade de movimentação do produto final

⁵⁹⁰ Veja-se n.º 1 do artigo 28.º, 34.º e 35.º, todos do TFUE e alínea a) do n.º 1 do artigo 2.º do TCE;

que dali sai, isto é, na liberdade de circulação de mercadorias, bens e serviços, o que implica que se esteja sempre perante uma sã concorrência por parte dos Estados-membros e dos seus agentes económicos⁵⁹¹.

Todos os sectores produtivos estão num plano de igualdade, porquanto, neste espaço de liberdade de circulação no Mercado Comum, nenhum deles é particularmente questionado ou posto em evidência. Resulta daqui que este Mercado Comum é visto como um amplo espaço de liberdade de produção, de criação e de desenvolvimento do sector primário, secundário e terciário, porquanto, a coesão auto imposta pelos Estados-membros na criação ou adesão a este espaço sem barreiras, só se podia entender com a criação de um Mercado Comum visto como criador, potenciador e consumidor de mercadorias, bens e serviços.

Como potenciador originário deste Mercado Comum, quer visto na óptica da produção, quer da comercialização, quer do consumo, a União Europeia tinha que forçosamente instituir como premissa fundamental o princípio da igualdade⁵⁹², ou seja, imperativamente se conclui que toda esta liberdade a que nos estamos a referir tem como premissa, quer implícita, quer explícita, a igualdade de tratamento, de oportunidades e fins, dos factores de produção e dos agentes económicos enquanto aglutinadores desses mesmos factores, para, em última análise, poderem dispor do amplo espaço que é a União Europeia, vista como produtora, distribuidora, comercializadora e consumidora final dos produtos, bens e serviços ali gerados, importados, exportados ou consumidos.

Há que concluir que, se há toda esta liberdade de circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais no mercado comum, ela só pode assentar numa total liberdade, ou seja, como premissa indutora dos Estados Membros a esta criação do mercado comum ou a ele aderente, esteve, e está, subjacente o princípio da igualdade, patente quer na igualdade entre pessoas físicas (a quem o TFUE apelida

⁵⁹¹ Atente-se que a parte final do artigo 36.º do TFUE afirma com clareza de que as “... *proibições ou restrições não devem constituir nem um meio de discriminação arbitrária nem qualquer restrição dissimulada ao comércio entre os Estados-membros*” facto que constava já do TCE quando ali se afirmava isto pela afirmativa ao impor aos Estados-membros a “...*existência de um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno...*”, veja-se alínea g) do n.º 1 do artigo 3.º do TCE;

⁵⁹² Como iremos ver posteriormente, este princípio da igualdade está amplamente difundido nos artigos 18.º, 21.º, 26.º, 28.º, 45.º, 49.º, 56.º e 63.º do TFUE, assim como estavam no TCE, quer seja de uma negativa, quer seja de uma forma afirmativa, como podemos ver dos artigos 12.º, 18.º, 23.º, 39.º 43.º 49.º e 56.º do TCE.

de cidadãos da União⁵⁹³, aliás no seguimento do Tratado da União Europeia), quer na igualdade entre as pessoas jurídicas, quer, ainda sob a óptica na igualdade de criar oportunidades de gerar, adquirir ou gerir sociedades comerciais, quer analisada sob a perspectiva de criar empresas, estabelecimentos estáveis, quer sob quaisquer outras formas de exercício de actividades empresariais dentro da União Europeia.

Este amplo princípio de igualdade de tratamento na Comunidade, enquanto mercado comum, imposto no TUE e TFUE (vide anterior TCE), permite a liberdade de circulação de mercadorias, de trabalhadores e criação de estabelecimentos, de prestação de serviços e de circulação de capitais, em igualdade de circunstâncias para todos os cidadãos da União Europeia, quer o façam a título individual, quer o façam sob a forma de criação de sociedades aglutinadoras de capitais desses mesmos cidadãos, nunca sendo possível esquecer que a premissa e o fim último da União Europeia é o ser humano em si mesmo.

b) O Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade integra em si o direito que todo o ser humano, enquanto tal, tem a um tratamento de igualdade entre os seus pares, mas este princípio nunca pode se tomado em sentido absoluto, ou seja, em face das diferenciações que caracterizam o ser humano há que atendê-las e subsumi-las nele de modo a que o tratamento não seja igualitário mas as tenha em atenção, isto é, tratando-se o igual como igual e o diferente como diferente, mas e só na medida objectiva dessa diferença, princípio este que é a base de qualquer dos Estados de Direito Democráticos em que assenta a União Europeia e, como consequência lógica e racional, tem que ser um dos seus princípios basilares e estruturantes.

Se atentarmos em vários tratados de nível internacional, encontramos nelas este princípio basilar e estruturante de todas as sociedades contemporâneas como elemento de cariz essencial à sua criação e existência dos seus tratados constitutivos, permitindo-nos destacar, entre outros, a Declaração Universal dos Direitos do

⁵⁹³ O n.º 1 do artigo 20 do TFUE estabelece que “*É instituída a cidadania da União. É cidadão da União qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-Membro. A cidadania da União acresce à cidadania nacional e não a substitui*”.

Homem⁵⁹⁴ e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁵⁹⁵, fruto sobretudo da Revolução Francesa de 1789⁵⁹⁶. Em todo o TUE e TFUE (vide anterior TCE) há evidentes manifestações expressas ou implícitas do princípio da igualdade, e aqui regra geral enunciado numa formulação negativa, isto é, impondo a proibição de discriminação.

c. O Princípio da Não Discriminação

O artigo 18.º do TFUE (vide artigo 12.º do TCE) enuncia o Princípio Geral de Não Discriminação, impondo a proibição de toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade.⁵⁹⁷

Este normativo só se aplica quando não haja no TUE e TFUE (vide anterior TCE) outros artigos disciplinadores de proibição de discriminação, isto é, estamos perante um princípio geral que é contudo densificado através de artigos específicos que tratam de matérias concretas.

Assim, entre outras, encontramos logo no artigo 49.º do TFUE (vide anterior artigo 43.º do TCE) proibições a quaisquer restrições à liberdade de estabelecimento

⁵⁹⁴ A “Declaração Universal dos Direitos do Homem” foi adoptada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, na sua Resolução 217-A (III), de 10 de Dezembro de 1948, que começa por enunciar no seu “Preâmbulo” que o “reconhecimento da dignidade inerentes a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”, assumindo claramente no seu artigo 1.º que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

⁵⁹⁵ Esta “Convenção Europeia dos Direitos do Homem” foi assinada em 4 de Novembro de 1950, em Roma, por quinze países europeus do Conselho da Europa, e que vem no seguimento da “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, à qual se faz expressa referência no preâmbulo e em ali assumem o “seu profundo apego [àquelas] liberdades fundamentais, que constituem as verdadeiras bases da justiça e da paz no mundo e cuja preservação repousa essencialmente ... no comum respeito pelos direitos do homem”.

⁵⁹⁶ A Europa reivindica para si a primazia nos esforços da criação jurídica dos Direitos Humanos, nomeadamente com o surgimento da “Magna Carta” de 15 de Maio de 1215, celebrada entre o Rei João e os Barões Ingleses rebeldes, “The Petition of Rights”, de 1628, “The Habeas Corpus Act” de 1679, o britânico “Bill of Rights”, de 13 de Fevereiro de 1689, a Declaração Americana da Independência de 1776, a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789

⁵⁹⁷ O TJCE, no *acórdão Schumaker*, proc.º C-279/93, de 14 de Fevereiro de 1995, no n.º 28, veio esclarecer que as discriminações operam regra geral em favor dos nacionais dos outros Estados Membros, porquanto, “os não residentes são regra geral os não nacionais”, isto é, pode concluir-se desta assertação do TJCE, que, como regra geral, os nacionais de cada Estado Membro são ali residentes, e assim, a discriminação feita pelos EMs é, regra geral, contra os nacionais dos outros EM.

Neste mesmo *acórdão*, o TJCE realça o aspecto de a discriminação ser proibida, quer relativamente a normas do direito subjectivo, quer processual, ao sentenciar no seu n.º 58 que, o “*Tratado impõe a igualdade de tratamento no plano processual entre cidadãos comunitários não residentes e nacionais residentes. A recusa de atribuição aos cidadãos comunitários não residentes do benefício dos processos de regularização anual aplicáveis aos nacionais residentes constitui uma discriminação não justificada*”.

dos Nacionais de um Estado-membro no território de outros Estados-membros, designadamente, a criação de qualquer forma de exercício do direito de estabelecimento através da constituição de agências, sucursais ou filiais.

Em relação à liberdade de estabelecimento o TFUE (vide anterior TCE) estabelece, entre outros aspectos, a capacidade de constituir e gerir sociedades, as quais, de acordo com o artigo 54.º do TFUE (vide anterior artigo 48.º do TCE) se entendem como sociedades de direito civil ou comercial, desde que sejam prosseguidos fins lucrativos.

No conceito de sociedade, que nos é dado pelo TFUE (vide anterior TCE), é imposto que estas sejam constituídas em conformidade com as legislações dos Estados-membros, fazendo-se a sua equiparação às pessoas singulares desses mesmos Estados-membros, pelo que isto significa que para efeitos de tratamento, relativamente aos direitos e obrigações decorrentes do TUE e TFUE (vide anterior TCE), que as pessoas físicas e as pessoas jurídicas têm a mesma equiparação de nacionalidade⁵⁹⁸.

Também o artigo 63.º do TFUE (vide anterior artigo 56.º do TCE) estatui uma ampla movimentação de capitais, proibindo toda e qualquer restrição, nomeadamente, quando esses capitais revestem a forma de meios de pagamento⁵⁹⁹.

Relativamente ao estudo que estamos a desenvolver a nossa atenção vai, apenas e só, para a dissecação destas duas liberdades, pelo que a primeira chamada de atenção prende-se com o facto de a proibição de discriminação prevista no artigo 18.º do TFUE (vide anterior artigo 12.º do TCE) apenas ser residual, ou seja, só nos socorremos desta norma quando o caso concreto não se subsumir em norma específica, designadamente, no artigo 49.º e seguintes do TFUE (vide anterior artigo 43.º do TCE) em relação à liberdade de Estabelecimento, ou no artigo 63.º e seguintes

⁵⁹⁸ Sobre esta equiparação nos diz GARCIA PRATS, FRANCISCO ALFREDO, *Imposición Directa, no Discriminación Y Derecho Comunitario*, Tecnos, Madrid 1998, pags. 63 “Sobre dicha base, el Tribunal estima tanto en Avoir Fiscal como en Futura que la discriminación basada en el domicilio social de las sociedades constituye una discriminación basada en la nacionalidad de las sociedades, al constituir este criterio conforme al cual se ortoga la nacionalidad en las sociedades en el derecho interno estatal”.

⁵⁹⁹ Aliás não fazia qualquer sentido manter amplas liberdades de movimentação de bens e serviços e de estabelecimento a fazer qualquer restrição ou limitação à liberdade de capitais, sobretudo como meio de pagamentos, porquanto para o exercício daquelas é indispensável o exercício desta.

do TFUE (vide anterior artigo 56.º do TCE) no tocante à liberdade de movimentação de Capitais^{600 601}.

Em regra geral no Direito Fiscal as normas de incidência subjectiva têm no critério de residência a premissa de tributação⁶⁰² e não o critério da nacionalidade, resultando daqui que se tem de entender que as normas de direito fiscal serão discriminatórias no caso de tratarem de modo diferente os residentes e os não residentes, desde que, para tal não haja critérios materialmente objectivos.

Temos assim como regra geral em Direito Fiscal que o elemento de conexão se centra na residência, não se fazendo, regra geral, o apelo a qualquer outra conexão, designadamente o critério da nacionalidade, pelo que, habitualmente, os Estados tributam os residentes pela globalidade dos rendimentos obtidos, quer tenham sido obtidos no seu território, quer no estrangeiro⁶⁰³, tributando os não residentes apenas pelos rendimentos ali obtidos^{604 605}.

d. Liberdade de Estabelecimento

Como já acima referimos, o artigo 49.º do TFUE (vide anterior artigo 43.º do TCE) confere o direito à liberdade de estabelecimento no espaço da EU a todos os

⁶⁰⁰ Esta afirmação é expressa no estudo da Comissão Europeia intitulado *La Fiscalité des entreprises dans le Marche Intérieur*, Sec (2001) 1681 Final, a pag. 318, ao se afirmar ali que “Jusqu’à présent, la Cour n’a pas eu à examiner le droit fiscal des Etats membres à la lumière de l’article 12 du Tracté, relatif à l’interdiction générale de la discrimination dans le droit communautaire”.

⁶⁰¹ Assim MARTÍN JIMÉNEZ A.J. e CALDERÓN CARRERO J.M., *Imposición Directa y no Discriminación comunitaria*, Cuadernos 3 Fiscales, Edersa, Madrid 2000, quando afirmam que “De forma general, el TCE recoge el principio de no discriminación en el artículo 12 TCE, aunque las disposiciones más importantes de la norma fundacional de la Ce, es decir, aquellas que reconocen las cuatro libertades comunitarias (libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales y pagos) y prohíben las ayudas de Estado o establecen principios específicos de no discriminación (...) no son más que una manifestación concreta del general principio de no discriminación del artículo 12. Por esta razón, el TJCE ha concluido que la cláusula general de no discriminación (...) solo se aplicará cuando no exista otra disposición en el TCE que pueda invocarse en el caso concreto planteado”.

⁶⁰² Veja-se PATRÍCIA NOIRET CUNHA e SÉGIO VASQUES, *Jurisprudência Fiscal Comunitária Anotada*, Volume I, Almedina, Coimbra 2002, quando a pags. 93 escrevem que “com efeito, o direito fiscal nacional dos diferentes Estados Membros encontra-se estruturado com base numa distinção entre residentes e não residentes”.

⁶⁰³ Estamos assim perante a tributação dos contribuintes segundo o “Princípio da Universalidade” ou o “Princípio da Tributação do Rendimento Mundial” – *World wide income principle* – que conduz à tributação de todos os rendimentos obtidos pelos contribuintes, independentemente do local da fonte dos mesmos.

⁶⁰⁴ De acordo com o “Princípio da Territorialidade” – *Source principle* – os contribuintes que sejam não residentes ficam limitados à tributação dos rendimentos obtidos nesse território. Neste sentido veja-se ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, Coimbra, 1993, pags. 198 e ss.

⁶⁰⁵ Esta afirmação é expressa no estudo da Comissão Europeia intitulado, *La Fiscalité des entreprises dans le Marche Intérieur*, Sec (2001) 1681 Final, a pag. 319, onde se afirma que “en principe, aucun Etat membre n’exprime son droit d’imposer en regard de la nationalité des contribuables mais font usage d’un concept de résident”.

nacionais dos Estados-membros que a queiram usufruir nos espaços territoriais de outros Estados-membros, independentemente de no uso dessa liberdade criarem empresas, constituírem sociedades, procederem à abertura de Estabelecimentos Permanentes, Agências, Sucursais, filiais ou outras formas de representação que tenham em vista face ao público-alvo, mas, em face dos propósitos do nosso estudo apenas vamos analisar a liberdade de estabelecimento vertida na configuração das pessoas jurídicas, ou seja, das sociedades.

Iniciando esta nossa temática da liberdade de estabelecimento, vertida na configuração das pessoas jurídicas, com o acórdão do TJCE⁶⁰⁶ de 28 de Janeiro de 1986 – Comissão/França – processo n.º 270/83 – conclui-se que “la liberté d’établissement des ressortissants d’un Etat membre sur le territoire d’un autre Etat membre comporte l’accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d’entreprises dans les conditions définies par la législation du pays d’établissement pour ses propres ressortissant. La suppression des restrictions a la liberté d’établissements s’étend aux restrictions à la creation d’agencies, de succursales ou de filiales par les ressortissants d’un Etat membre établis sur le territoire d’un autre Etat membre”⁶⁰⁷.

Como já anteriormente vimos, e este acórdão confirma, a liberdade de estabelecimento é apreciada sob vários prismas, isto é, evidencia-se aqui que a liberdade de estabelecimento garante o acesso às actividades não assalariadas, à constituição e gestão das empresas, à criação de agências, de sucursais ou filiais, impondo-se apenas como premissa indispensável que todos aqueles actos jurídicos se façam em conformidade com a legislação em vigor no Estado-Membro em causa, independentemente de tais actos jurídicos serem praticados pelos próprios nacionais, quer o sejam de outros Estados-Membros⁶⁰⁸.

Se atentarmos no acórdão “*Daily Mail*”, também nele fazemos essa mesma leitura, sobressaindo dali uma reafirmação dessa liberdade de estabelecimento e decidindo que a mesma não se impõe só perante o Estado-membro de

⁶⁰⁶ TJCE – Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias passou a ter a designação de TJUE - Tribunal de Justiça da União Europeia desde que entrou em vigor o Tratado de Lisboa.

⁶⁰⁷ Em n.º 13 do referido acórdão.

⁶⁰⁸ No acórdão de 27 de Setembro de 1998, *Daily Mail*, processo C-81/87, escreve-se no n.º 15 que “a liberdade de estabelecimento constitui um dos princípios fundamentais da Comunidade [que] assegura o direito de estabelecimento noutro Estado-Membro, não só aos nacionais de Estados comunitários, mas também às sociedades definidas no art.º 58º ... [actual art.º 48.º]”.

estabelecimento, mas também perante o Estado-membro de origem, ou seja, proíbe a este que crie qualquer dificuldade aos seus nacionais – quer se vejam como pessoas físicas, quer como pessoas jurídicas ou morais constituídas ao abrigo da sua legislação – pelo exercício da liberdade de estabelecimento noutro Estado-Membro⁶⁰⁹.

O sentido da jurisprudência do TJCE desenvolve-se através de um cada vez maior alargamento do conceito originário do TFUE (vide anterior TCE) de “liberdade de estabelecimento”.

Na realidade e tomando como ponto de partida que tal liberdade permitia, sem qualquer margem para dúvida, a possibilidade de terem noutros Estados-Membros agências, sucursais e filiais em paridade com as sociedades aí residentes⁶¹⁰, a evolução deste conceito dilatou-se através da sua ampliação, de modo que ali se enquadram o caso das sociedades que pretendem constituir-se e permanecer com o seu domicílio estatutário num determinado Estado-Membro tendo apenas em vista, e como único objectivo, estabelecerem-se noutro Estado-membro⁶¹¹, chegando esta liberdade de estabelecimento a quase se confundir com a liberdade de circulação de capitais⁶¹². Ou seja, através da aquisição de partes sociais permite-se que uma sociedade de um Estado-membro tenha a possibilidade de controlo de outra sociedade, isto é, pela aquisição de capital societário num Estado-membro consegue o adquirente influenciar no outro Estado-membro as decisões e determinar as actividades daquela sociedade, designadamente, através de filiais de segundo grau controladas directamente ou indirectamente por uma sociedade residente^{613 614}.

⁶⁰⁹ Vid. PATRÍCIA NOIRET CUNHA e SÉRGIO VASQUES, *Jurisprudência Fiscal Comunitária Anotada*, Volume I, Almedina, Coimbra 2002, a pag. 43.

⁶¹⁰ De acordo com as conclusões do Advogado-geral Lenz, apresentadas no processo C-250/95, *Futura Participations SA e Singer*, apoiando-se na jurisprudência do TJCE, afirma no nº 36 que há uma “...livre escolha entre as diversas formas de estabelecimento...”.

⁶¹¹ Em Acórdão de 9 de Março de 1999. *Centros*, processa C-212/97.

⁶¹² Em Acórdão, *Baars*, processo C-251/98.

⁶¹³ Em n.º 30 do Acórdão de 16 de Julho de 1998, *Imperial Chemical Industries (ICI)*, processo C-264/96. Sobre este critério veja-se CAAMANÓ ANIDO M.A., CALDERÓN CARRERO J.M. e MARTÍN JIMÉNEZ A.J., *Jurisprudência Tributária de TJCE*, Tomo II, 1996-1999, La Ley, Madrid 2000, pags 107 e 108; Veja-se igualmente CAAMANÓ/CALDERÓN, “La erosión de las medidas nacionales de control fiscal del Estado de residencia: una reflexión al hilo de la jurisprudencia comunitaria dictada en el caso ICI”, *Revista de Contabilidad y Tributación CEF*, Junho de 2000.

⁶¹⁴ Sobre a liberdade de estabelecimento em relação às sociedades, veja-se por todos MARTÍN JIMÉNEZ A.J. e CALDERÓN CARRERO J.M., *Imposición directa y no discriminación comunitaria*, Cuadernos 3 Fiscales, Edersa, Madrid, 2000, a pags. 90 a 93.

e. Derrogações à Liberdade de Estabelecimento

Como o direito disciplina relações entre pessoas e nada na vida é absoluto, também as liberdades existentes na EU têm limites, entre os quais se inscrevem as faculdades que os Estados-membros têm de criarem normas substantivas ou adjectivas que consubstanciem regimes especiais aplicáveis aos estrangeiros, ou seja, aos nacionais de outros Estados-Membros.

Se se atentar no conteúdo do 52.º do TFUE (vide anterior artigo 46.º do TCE), permite-se aos Estados Membros que incorporem no seu direito normas que criem regimes especiais limitadores deste amplo direito de liberdade de estabelecimento, impondo-se apenas como condição justificativa que essas medidas derogatórias se baseiem exclusivamente em interesses de ordem pública, segurança pública ou saúde pública, ou seja, desde que se apoiem em razões imperiosas de protecção à colectividade nacional de um Estado-Membro, o que implica a sobreposição do interesse particular desse Estado-membro ao interesse geral da União Europeia.

O Direito Comunitário, quer o analisemos sob o seu prisma originário, isto é, aquele que procede directamente dos Tratados, quer o analisemos sob o seu prisma derivado, ou seja, em função da criação pelos seus órgãos de “legislação” comunitária, assenta as suas bases em dois princípios estruturantes, a saber: o princípio da supremacia e o princípio do efeito directo.

São estes dois princípios estruturantes de todo o Direito Comunitário que permite aos seus cidadãos comunitários (pessoas físicas ou jurídicas) saberem que o ordenamento jurídico comunitário se sobrepõe aos ordenamentos jurídicos nacionais e que perante os seus tribunais nacionais podem evocar o cumprimento de todo o Direito Comunitário⁶¹⁵.

⁶¹⁵ Esta afirmação consta expressamente no estudo da Comissão Europeia intitulado, *La Fiscalité des entreprises dans le Marche Intérieur*, Sec (2001) 1681 Final, pag. 316 onde se afirma que “*Le principe de suprématie garantit la primauté du droit communautaire sur le droit national avec lequel il serait en conflit, tandis que le principe de l'effet direct signifie que les personnes physiques peuvent directement invoquer leurs droits communautaires devant les cours et tribunaux nationaux*” e, na nota de rodapé n.º 109, é afirmado no mesmo estudo, apelando a um acórdão do TJCE: “*Van Gend en Loos, affaire C-26/62, où la Cour a estimé que les Etats membres avaient restreint leur droit de souveraineté, quoique dans les domaines limites, et que le droit communautaire avait pour but de conférer des droits aux personnes qui deviennent une partie de leur patrimoine juridique. C'est ainsi que le droit communautaire non seulement impose des obligations et confère des droits aux Etats membres, mais peut également être une référence pour les personnes physiques devant les cours et tribunaux nationaux*”

Se atentarmos em múltiplos acórdãos do TJCE, este tem, reiteradamente, afirmado que “ embora a fiscalidade directa releve da competência dos Estados-Membros, estes últimos devem exercer essa competência no respeito do direito comunitário, em particular, de qualquer discriminação em razão da nacionalidade (acórdãos de 11 de Agosto de 1995, Wielockx, C-80/94, Colect., p. I-2493, n.º 16; de 27 de Junho de 1996, Asscher, C-107/94, Colect., p.I-3098, n.º 36; Royal Bank of Scotland, já referido, n.º 19; Baars, já referido, n.º 17, e de 8 de Março de 2001, Metallgesellschaft e o., C-397/98 e C-410/98, Colect., p.I-1727, n.º 37)”⁶¹⁶.

Nas alegações feitas pelo Advogado-geral Mischo no processo de que foi retirada a afirmação supra, e especificamente no tocante à fiscalidade, o n.º 27 esclarece que há jurisprudência reiterada do TJCE que reafirma que “ a qualificação de uma imposição, imposto, taxa ou direito à luz do direito comunitário compete ao Tribunal de Justiça em função das características objectivas da imposição, independentemente da qualificação que lhe é dada em direito nacional (v., nomeadamente, o acórdão de 13 de Fevereiro de 1996, Bautiaa e Societé française maritime, C-197/94 e C-252/94, Colect., p. I-505, n.º 39)”.

Como síntese do que acabamos de expor fica demonstrado que a fiscalidade directa é da competência dos Estados-membros, mas estes não são totalmente livres na sua configuração e criação legislativa, porquanto devem total obediência à limitação configuradora imposta pelo Direito Comunitário, donde resulta que apesar de serem livres na qualificação que podem dar às várias espécies de tributos, isso em nada impede o TJCE de, no uso do seu direito de interpretação e aplicação dos tratados – de acordo com a conjugação dos artigos 19.º do TUE e 267.º do TFUE (vide anterior artigo 220.º do TCE) – conformar o nome da imposição ao seu conteúdo normativo.

É vasta a jurisprudência do TJCE que veio considerar contrária ao Direito Comunitário a criação de entraves ao exercício da liberdade de estabelecimento e isto apesar de os Estados-membros terem toda a capacidade de compaginar essa liberdade com a liberdade de criarem os seus próprios sistemas fiscais. O TJCE tem considerado contrário ao direito comunitário, designadamente, por infracções ao artigo

⁶¹⁶ Esta afirmação é retirada do Acórdão do TJCE de 12 de Dezembro de 2002, processo C-324/00, *Lankhorst-Hohorst GmbH*, Colect., p. I-11779, n.º 26.

49.º do TFUE (vide anterior artigo 43.º do TCE), inúmera legislação fiscal directa criada pelos Estados-Membros, assumindo aquele órgão comunitário que a mesma é contrária ao exercício da liberdade de estabelecimento, e tudo isto apesar de os Estados-Membros continuamente afirmarem, nas suas alegações perante aquele Tribunal, que apenas exercitam o seu direito de imporem limitações de natureza público-fiscal.

Com aquele intuito os Estados-membros têm frequentemente utilizado, nas suas alegações perante o TJCE, o argumento da “coerência do sistema fiscal” numa tentativa de justificarem, quer a criação, quer a manutenção das suas medidas fiscais.

Baseando-nos no estudo da Comissão Europeia “*La Fiscalité des entreprises dans le Marche intérieur*” – Sec (2001) 1681 Final – e do que ali se afirma a pags.320 e cujo suporte é a jurisprudência do TJCE, em que se conclui que “la justification d’une mesure discriminatoire sur base du principe de “cohérence fiscale” requiert l’existence d’un lien direct entre la déductibilité et l’imposition par le même regime fiscal et, comme l’a exprimé la Cour dans l’affaire Eurowings en que se référant à l’affaire Bachmann, un “inconvenient fiscal ...[doit être] compense par un avantage fiscal correspondant à l’égard du même ressortissant”, vamos, em seguida, passar em revista as conclusões apresentadas nos seus acórdãos pelo TJCE sobre aquelas habituais alegações esgrimidas pelos Estados-membros para que aquele órgão jurisdicional as aceite validamente.

No n.º 29 do acórdão, de 18 de Setembro de 2003, *Bosal Holding BV* – processo C-168/01, Colectânea 2003 p., I-09409, escreveu o TJCE que a “necessidade de preservar a coerência do regime fiscal (...) que nos processos que deram origem aos acórdãos, (...) Bachmann e Comissão/Bélgica, existia um nexo directo, por estar em causa o mesmo contribuinte, entre a atribuição do benefício fiscal e a compensação deste benefício mediante tributação, as quais tinham sido efectuadas no quadro do mesmo imposto”, afirmando no n.º 30 do mesmo acórdão que “quando não exista esse nexo directo, por se tratar, por exemplo de tributações diferentes ou de tratamento fiscal de contribuintes diferentes, o argumento da coerência do sistema fiscal não pode ser invocado”, lembrando de seguida alguma da sua jurisprudência em que já assumiu esta posição, a saber: - acórdão de 6 de Junho de 2000, *Verkooijen*, processo C-

35/98, Colect., p. I-4071, n.º 57; acórdão de 13 de Abril de 2000, *Baars*, processo C-251/98, Colect., p. I-2787, n.º 40.

Sobre a mesma temática, entre outros, escreveu o Advogado-geral Misho no n.º 84 das suas conclusões apresentadas em 26 de Setembro de 2002 no caso *Lankhorts-Hohorts GmbH* – processo n.º C-324/00, Colect., p. I-11779, que “... importa, contudo, recordar a este respeito [evocação da coerência do sistema fiscal], tal como fez o órgão de reenvio, que o Tribunal de Justiça concluiu expressamente que só existe razão imperiosa quando a coerência fiscal é estabelecida ao nível de uma mesma pessoa por uma correlação rigorosa entre o benefício fiscal, por um lado, e um tratamento fiscal desfavorável, por outro ...”.

Do que acima expusemos é evidente que aquele órgão jurisdicional da UE traçou nos seus acórdãos as linhas mestras para aceitar validamente o argumento utilizado pelos Estados-Membros do conceito de “coerência do sistema fiscal”, isto é indicou um conjunto de condições que têm de estar cumulativamente preenchidas, a saber:

- Que estejamos perante o mesmo tipo de imposto;
- Que se tenha em conta o objectivo prosseguido pela regulamentação fiscal em causa;
- Que haja um nexo directo entre o benefício concedido e o tratamento fiscal desfavorável;

A delimitação da figura da “coerência do sistema fiscal”, apareceu pela primeira vez através da decisão tomada pelo TJCE no acórdão que proferiu sobre o caso *Bachmann*, sendo contudo imediatamente clarificado por aquele Tribunal quais eram as premissas necessárias para que semelhante argumento tivesse validade nas relações jurídico-tributárias, como podemos ver em acórdãos seguintes, nomeadamente, nos acórdãos *Schumacker*, *Wielockx*, *Svensson*, *Asscher* e *ICI* ⁶¹⁷, não sendo de olvidar o trabalho de síntese feito sobre este “princípio da coerência do sistema fiscal” pelo Advogado-Geral M. Poiares Maduro nas conclusões, apresentadas

⁶¹⁷ Neste sentido veja-se MARTÍN JIMÉNEZ A.J. e CALDERÓN CARRERO J.M., *Imposición Directa y no Discriminación Comunitaria*, Cuadernos 3 Fiscales, Edersa, Madrid 2000, pags. 139, quando afirma a propósito da análise ao acórdão *Baars* C-251/98, que o TJCE só aceita a justificação do argumento da coerência fiscal quando “*existe vínculo directo entre los impuestos considerados (sociedades y patrimonio) y se trata de sujetos pasivos diferentes (la sociedad y la persona física)*”.

em 7 de Abril de 2005, no processo de *Marks & Spencer* que correu termos no TJCE⁶¹⁸.

Assim, em face da delimitação, no acórdão *Wielockx*, das premissas necessárias para que semelhante conceito fosse aceite como válido, o TJCE sistematicamente recusou a aplicação daquela prerrogativa desde que não houvesse um nexo directo no regime fiscal alegadamente coerente, ficando, deste modo, os Estados-Membros obrigados a demonstrar a existência desse nexo directo entre o benefício fiscal e a contrapartida exigida a nível interno⁶¹⁹.

Há aqui um conflito de interesses entre a preservação das liberdades estabelecidas no TUE e TFUE (vide anterior do TCE) e desenvolvidas pelo Direito Comunitário, que sendo de aplicabilidade directa e de valor supranacional se pode opor à necessidade que os Estados-Membros têm de criar, desenvolver e estruturar os seus sistemas fiscais e, designadamente para o estudo que estamos a desenvolver no âmbito da tributação directa, se põe a tónica na dicotomia existente entre a faculdade e capacidade que cada um dos Estados-membros tem em criar os seus próprios sistemas fiscais sujeitas a regras próprias, *máxime* as imposições constitucionais de cada um dos Estados-membros e que os obriga ao cumprimento de determinadas exigências, como sejam as decorrentes do princípio da igualdade, do modo como internamente se têm que repartir a carga fiscal, do princípio da proporcionalidade e da justiça fiscal, da capacidade que cada Estado-membro tem em contratualizar Convenções sobre Dupla Tributação Económica⁶²⁰.

⁶¹⁸ Vejam-se aquelas conclusões inseridas no Processo C-446/03, no ponto 2. sob a epígrafe *Justificação baseada na necessidade de garantir a coerência do sistema fiscal*, itens 65 a 81, na página de Internet \\SW70310F\Trabalho\$\cr03926\TJCE\Marks & Spencer - Processo n.º C-446-03 - Conclusões do Advogado-Geral.htm

⁶¹⁹ Neste sentido vid. PATRÍCIA NOIRET CUNHA e SÉRGIO VASQUES, *Jurisprudência Fiscal Comunitária Anotada*, Volume I, Almedina, Coimbra 2002, a pag.s 657 a 66.

⁶²⁰ É sobejamente conhecido que o sistema de tributação que cada Estado-membro cria em cada momento têm uma carga política muito grande, e por tal facto reflecte as opções políticas de cada um deles em cada momento dos seus ciclos políticos, nunca sendo arredado daquelas opções a interactividade que actualmente existe a nível da economia mundial, aliás como se pode ver sobre o ciclo económico que no momento presente atravessamos, em que as maiores ou menores dificuldades económico-financeiras dos Estados têm uma influência directa nas economias dos outros Estados, e por tal, a “arma política” em que se traduzem os diversos sistemas fiscais são utilizados também para conjugar esforços de superação das crises internacionais com reflexos internos. Veja-se a este nível a crise do *subprime* dos EUA e as consequências por si geradas no sistema financeiro mundial, que obrigou os Estados a intervirem directamente nos seus sistemas financeiros de forma a haver liquidez para a chamada “economia real”, obrigando muitos desses Estados a utilizarem mais uma vez os seus sistemas fiscais como “armas” de amortecimento dos efeitos globalizantes da economia, sendo assim mais uma vez evidente o papel que os sistemas de tributação tem para os Estados-membros e demonstrativo da sua intransigência em abdicarem do direito de veto.

Não nos podemos esquecer que a competência tributária, essencialmente a directa, é detida integralmente pelos Estados-Membros que a exercem a nível do Conselho e por unanimidade, ou seja, nunca abdicaram do seu direito de veto.

Evidencia-se na jurisprudência emitida pelo TJCE o seu entendimento sobre o direito que os Estados-membros têm em conceber os seus sistemas fiscais de uma forma que o achem coerente, mas também não esquece aquele órgão jurisdicional comunitário que os Estados-membros quando integraram a UE se auto-impuseram a aceitar o primado do Direito Comunitário – quer seja o original, quer o derivado – facto jurídico de cariz internacional que lhes impõe o cumprimento de interesses públicos mais elevados e dali originários, com a consequente obrigação de também na delimitação do seus sistemas fiscais os Estados-membros não poderem deixar de os enquadrar nos objectivos e finalidades das próprias instituições comunitárias assim como do ordenamento jurídico comunitário.

Evidentemente que o TJCE considera que os Estados-Membros podem alegar a coerência do seu sistema fiscal como uma justificação a nível nacional de interesse público protegido, contudo tal argumento sai imediatamente prejudicado em contraponto com as especiais exigências do ordenamento jurídico comunitário, designadamente, as amplas liberdades fundamentais de movimentação ali plasmadas e o princípio estruturante da UE baseado na não discriminação.

Se atentarmos em toda a ordem jurídica comunitário apercebemo-nos que ela não impõe aos Estados-membros que criem os seus sistemas fiscais em obediência a um qualquer “princípio da coerência do sistema fiscal”, deixando, como vimos, essa opção nas “mãos” do legislador fiscal de cada um dos Estados-membros, assim como não interfere com as opções de celebração das Convenções Fiscais com outros Estados-Membros ou com Estados terceiros que tenham em conta este “princípio de coerência do sistema fiscal”^{621 622}. Mas do que não há dúvida é que o TJCE ao

⁶²¹ Para uma descrição exaustiva sobre o “princípio de coerência do sistema fiscal” veja-se as alegações apresentadas pelo Advogado-Geral M. POIARES MADURO, em 7 de Abril de 2005, no Processo n.º C - 446/03, Marks & Spencer plc contra David Halsey (HM Inspector of Taxes), a partir da parte 2, sob a epígrafe “Justificação baseada na necessidade de garantir a coerência do sistema fiscal”, e desenvolvida sob os itens 65 a 81. O Advogado-geral, apoiando-se na doutrina do TJCE e na opinião manifestada pela Advogada-geral J. Kokott nas alegações que apresentou no Processo n.º C-319/02, lembra que a “coerência do sistema fiscal” dos sistemas fiscais nacionais têm como objectivo a protecção da sua integridade desde que tal não obste à integração desses sistemas no âmbito do mercado interno, ou seja, apesar da liberdade que os Estados-membros têm em criar e conformar os seus sistemas tributários, não têm contudo uma liberdade total uma vez que estão obrigados a respeitar as liberdades previstas no TCE

interpretar o direito comunitário obriga a que o direito fiscal dos Estados-Membros seja coerente com os princípios que dali extrai.

Daqui resultam, várias vezes, situações complicadas para os Estados-Membros ao terem que interligar os seus sistemas fiscais nacionais com o cumprimento de imposições constitucionais na forma do desenho do mesmo e simultaneamente terem que atender às imposições oriundas de uma ordem jurídica supranacional como é a comunitária e ainda interliga-los com os princípios internacionais de direito fiscal ⁶²³.

Na apreciação que o TJCE faz a título prejudicial sobre acções de tributação directa, designadamente sobre a incidente em sociedades, frequentemente os Estados-membros, nas alegações que apresentam junto daquele órgão jurisdicional, reivindicam que as medidas fiscais inseridas nas suas legislações têm como finalidade última evitarem a erosão da matéria colectável e a consequente perda ou diminuição das receitas fiscais, prevenir uma eventual evasão fiscal ou impedir o surgimento de um vazio fiscal, a impossibilidade de compensarem a redução de imposto resultante das perdas fiscais verificadas nas filiais em face da exigência de contabilidade

e que são a sua base de suporte essencial. Assim, apesar de naquele caso judicial a recorrente ter alegado “...a jurisprudência assente do Tribunal de Justiça segundo a qual uma relação directa só pode existir no âmbito do mesmo tributo e quanto ao mesmo contribuinte...”, veja-se item 70, o Advogado-Geral M. POIARES MADURO apoiando-se nas alegações feitas pela Advogada-Geral J. Kokott, nas conclusões apresentadas no processo *Manninen*, assume que aquela “...concepção tardia da coerência fiscal assenta em critérios demasiados rígidos, nem sempre pertinentes, tendo em conta o objectivo prosseguido pelas regulamentações em causa...”. Em face deste seu pressuposto “...resulta que a margem de manobra concedida aos Estados-Membros para justificarem os seus regimes fiscais é excessivamente reduzida...” e, em sua opinião, é de parecer que em face desta estreiteza de concepção, tal como já recomendava a advogada-geral J. Kokott, seja necessário flexibilizar tais critérios. Assim propõe que “...para o efeito, que se volte ao critério da finalidade da regulamentação em causa...” pelo que aquela “...coerência deve, em primeiro lugar, ser apreciada face à finalidade e à lógica do regime em causa...”. Ou seja, há aqui um alargar do paradigma da coerência fiscal, analisando-o na sua integridade, incluindo nele quer os acordos internacionais que tenham sido celebrados pelos Estados-membros, quer o direito comunitário que nele tinha sido integrado, e por tal termina afirmando que os Estados-membros sempre têm também à sua disposição a possibilidade de recurso à cooperação reforçada entre si e integrada naqueles sistemas fiscais através da Directiva 77/799/CEE do Conselho, de 19 de Dezembro de 1977 – veja-se item 81 daquelas alegações, isto é, demonstra este ilustre conhecedor do direito comunitário de que os Estados-membros têm que “olhar” para o direito tributário num âmbito plenamente alargado e nunca se “esquecendo” de que o direito comunitário – original ou derivado – tem um cariz superior ao seu direito interno, integrando forçosamente este mesmo direito, pelo que a “coerência dos sistemas fiscais” não pode ser vista apenas e só com a criação do direito interno que cada um dos Estados-membros faz, antes têm que ser vista com a integração “normativa” comunitária, pelo que esses mesmos Estados-membros têm que obrigatoriamente utilizar os mecanismos de cooperação fiscal, designadamente aquela Directiva 77/799/CEE como elemento intrínseco a essa “coerência dos sistemas fiscais”.

⁶²² Sobre a análise do “princípio de coerência do sistema fiscal” tratado neste Acórdão do TJCE, veja-se HERRERA MOLINA, PEDRO MANUEL, *STJCE 13.12.2005 (Gran Sala), Marks & Spencer – As. C-446/03: El principio del fin?: un giro radical sobre la incidencia de las libertades comunitárias en la fiscalidad internacional*, no sitio da Internet www.ief.es, a pags. 6 sob o item VI. “Comentário crítico”.

⁶²³ Sobre esta temática ver por todos GARCIA PRATS F.A. *Imposición Directa no Discriminación y Derecho Comunitario*, Tecnos, Madrid 1998, pags.192 a 206.

separada para efeitos de controlo de perdas entre as várias formas de representação e as sociedades mães.

O Tribunal Comunitário não tem aceite sistematicamente aqueles argumentos, contrapondo contra eles a obrigação que resulta para toda a União Europeia do cumprimento da ampla liberdade do direito de estabelecimento e as consequências directas que o mesmo tem que ter nas legislações nacionais dos Estados-membros, e daí que os acórdãos proferidos desde há bastante tempo, assim como as alegações apresentadas pelos Advogados-gerais, têm seguido o mesmo fio condutor de prevalência daquela liberdade de estabelecimento com preterição de todos os eventuais controlos fiscais criados pelos Estados-membros, independentemente de os analisarmos pela óptica da lei substantiva, pela processual ou pela simples prática administrativa.

Como meros exemplos do que acabamos de expor vejam-se os n.º 42 e 43 do acórdão no caso *Bosal Holding Bv* ⁶²⁴, o n.º 26 do acórdão no caso *Bosal Holding Bv* ⁶²⁵, o n.º 28 do acórdão no caso *Imperial Chemical Industries plc (ICI)* ⁶²⁶, o n.º 20 das conclusões do advogado-geral Tesouro do mesmo processo, o n.º 36 do acórdão no caso *Lankhorst-Hohorst Gmgh* ⁶²⁷, o n.º 49 e 50 acórdão no caso *X e Y* ⁶²⁸ e os n.º 45 e 46 das conclusões do advogado-geral Mischo do mesmo processo.

Evidencia-se naqueles acórdãos que frequentemente os Estados-membros utilizam o recurso àquelas alegações como justificantes para as medidas que introduzem nos seus sistemas fiscais. Também é evidente que repetidamente aquele órgão jurisdicional reafirma que as medidas defendidas pelos Estados-membros não são susceptíveis de serem subsumíveis na primeira parte do artigo 51.º e primeira parte do artigo 52.º do TFUE (vide parte final do 1.º travessão do anterior artigo 45.º do TCE), evidenciando-se assim o entendimento daquele Tribunal de que apenas as alegações fundadas em razões de ordem pública, de segurança pública ou saúde pública, possibilita aos Estados-membros a criação de entraves à liberdade de estabelecimento.

⁶²⁴ Acórdão, de 18 de Setembro de 2003, Processo C-168/01, Colectânea p., I-09409;

⁶²⁵ Acórdão, de 15 de Maio de 1997, Processo C-250/95, Colectânea p., I-02471;

⁶²⁶ Acórdão, de 16 de Julho de 1998, Processo C-264/96, Colectânea p., I-04695;

⁶²⁷ Acórdão, de 12 de Dezembro de 2002, Processo C-324/00, Colectânea p., I-11779;

⁶²⁸ Acórdão, de 21 de Novembro de 2002, Processo C-436/00, Colectânea p., I-10829;

Como exemplo ilustrativo do que acabamos de descrever inserimos um trecho do acórdão proferido pelo TJCE no caso *Bosal Holding VB* e descrito sob o n.º 42, que reza assim: “O argumento do Governo neerlandês e da Comissão, segundo o qual a limitação da dedutibilidade é justificada pelo objectivo de evitar uma erosão da matéria colectável que vai para além de uma simples diminuição das receitas fiscais, não é procedente. Com efeito, verifica-se que essa justificação não se distingue substancialmente da relativa ao risco de diminuição das receitas fiscais. Ora, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que essa justificação não figura entre as diversas razões enunciadas no artigo 46.º, n.º 1, TCE (vide actual n.º 1 do artigo 51.º e n.º 1 do artigo 52.º do TFUE) e não constitui uma razão imperiosa de interesse geral que possa ser invocada para justificar uma restrição à liberdade de estabelecimento (v., neste sentido, acórdão de 16 de Julho de 1998, ICI, C-264/96, Colect., p. I-4695, n.º 28)”.

O TJCE tem assumido como linha de rumo nas decisões que as medidas discriminatórias tomadas pelos Estados-membros no seu direito fiscal só são compatíveis com o direito comunitário, original ou derivado, quando sejam subsumíveis em derrogações expressamente contempladas no TUE e TFUE (vide anterior TCE), não sendo mesmo assim de se esquecer que quando elas sejam admissíveis têm que obrigatoriamente dirigir-se à prossecução de interesses gerais e idóneos e de garantir o fim desejado, mas tendo-se sempre em conta o princípio da proporcionalidade necessário à realização dessas finalidades ⁶²⁹.

A Comissão Europeia também aborda esta temática no seu estudo “*La Fiscalité des entreprises dans le Marche intérieur*”, a pags. 319 a 326, onde evidencia todo o desenvolvimento que a jurisprudência tem levado a cabo sobre o tema em questão, fazendo especial ênfase ao princípio da proporcionalidade⁶³⁰ que aquelas medidas, quando admitidas pelo ordenamento comunitário e adoptadas pelos Estados-Membros devem ter, ou seja, “Pour que le traitement défavorable puisse satisfaire au critère de proportionnalité, il faut qu’il soit nécessaire au sens qu’il n’y a pas d’autre moyen, moins restrictif, de préserver l’intérêt public en question” ⁶³¹.

⁶²⁹ Neste sentido veja-se por todos as conclusões do Advogado-geral Tesauro apresentadas no n.º 20 do caso *Imperial Chemical Industries plc (ICI)*, processo C-264/94, Colect., p. I-04695 e os acórdãos do TJCE aí citados.

⁶³⁰ Sobre o princípio da proporcionalidade e o direito tributário, ver por todos GARCIA PRATS F.A. *Imposición Directa, no Discriminación y Derecho Comunitário*, Tecnos, Madrid 1998, pags. 165 a 174.

⁶³¹ Em estudo referido a pags. 319, SEC (2001) 1681 Final.

O Tribunal Comunitário tem insistentemente demonstrado nos seus acórdãos a proibição que o Direito Comunitário impõe ao Estados-membros de integrarem nos seus ordenamentos jurídicos – *máxime* Direito Fiscal – normas que colidam com a proibição não só das discriminações directas mas também das discriminações indirectas ou encobertas, como se pode ver a título exemplificativo no acórdão proferido sobre o caso *Sotgiu* – processo n.º 152/73, jurisprudência esta que, apesar de ter partido de um âmbito não tributário (*vid.* por exemplo acórdãos proferidos sobre os casos *Gebhard* – processo n.º C-55/94 e *Kraus* – processo C.-19/92), veio também a ser aplicada ao direito tributário (*vid.* acórdãos já citados proferidos nos casos *Futura Participações*, *ICI* e *Safir*)^{632 633}.

f. Discriminação Inversa

O Princípio da Não Discriminação é tratado pela doutrina como tendo sido originariamente estruturado para que os nacionais dos Estados-membros invocassem aquela liberdade perante os outros Estados-membros, obrigando estes a darem aos não nacionais o mesmo tratamento que davam aos seus, ou seja, havia obrigatoriamente uma paridade de tratamento pelos Estados-membros a todos os cidadãos da UE, independentemente de serem ou não nacionais do Estado-membro em causa.

Como o direito não é uma realidade estática mas dinâmica em face do desenrolar dos acontecimentos no percurso do tempo, o TJCE foi modificando a sua jurisprudência de modo a incluir nela um leque de casos em que aplicava aquele princípio da não discriminação, de tal sorte que integrou dentro deste conceito a “*reverse discrimination*” – discriminação inversa, ou seja, passou aquele Tribunal da UE a admitir que os próprios nacionais dos diversos Estados-membros tinham o direito de evocar o exercício das liberdades existentes no Direito Comunitário contra os seus próprios Estados-membros.

Esta opinião é evidenciada num trecho escrito por Martín Jiménez e Calderón Carrero, quando afirmam que “igualmente, debemos señalar que, si bien,

⁶³² Neste sentido veja-se MARTÍN JIMÉNEZ A.J. e CALDERÓN CARRERO J.M., *Imposición Directa Y no Discriminación Comunitaria*, em Cuadernos 3 Fiscales, Endersa, Madrid, 2000, a pags. 27.

⁶³³ Sobre a temática em geral do princípio da não discriminação visto à luz da jurisprudência do TJCE, veja-se GABRIELA PINHEIRO, *A fiscalidade Directa na União Europeia*, Universidade Católica Portuguesa, Porto 1998, pags.125 a 151.

originariamente, esta libertad estaba pensada para ser invocada frente al Estado miembro de acogida (...) en el que se abre un establecimiento secundario, el TJCE há reconocido que la libertad (...) puede también ser alegada frente al Estado miembro de origem (assunto 81/87, *Daily Mail*, Rec. A988, p. 5483, precisamente una sentencia em matéria tributaria)⁶³⁴.

A evolução que o Tribunal Comunitário imprimiu à sua jurisprudência de modo a incluir nela a protecção dos nacionais contra os seus próprios Estados-membros, quando possam ser alvo de discriminação pelo uso das suas liberdades comunitárias, nomeadamente quando essa discriminação estiver ligada à possibilidade de se estabelecerem noutros Estados-membros, foi também reconhecida pela Comissão ao referir que: “...bien qu'une partie importante de la jurisprudence concerne des non résidents qui sont des ressortissants d'un autre Etat membre, le Traité protège également les personnes des mesures adoptées par leur propre Etat membre qui limitent l'exercice des libertés du Traité...”⁶³⁵.

De toda a análise que até agora fizemos é evidente que a recente jurisprudência do Tribunal Comunitário entende que liberdade de estabelecimento é exigida em relação aos nacionais dos Estados-membros que a queiram exercitar em quaisquer outros Estados-membros nos mesmos moldes que os seus próprios nacionais, mas igualmente o TJCE defende que os próprios nacionais dos Estados-membros podem invocar essa liberdade perante eles, quando os mesmos pretendam, e sem critérios previamente definidos, impor-lhes restrições ao seu estabelecimento noutro Estado-Membro.

Em consonância com esta nossa visão está o comentário elaborado por Martín Jiménez A.J. e Calderón Carrero J.M., ao acórdão do TJCE proferido no assunto *Daily Mail* – processo c-81/87 – Colect. p., I-5483 – ao afirmarem que “la libertad de establecimiento del TFUE (vide anterior TCE) resulta invocable no solo frente al Estado en el que se realiza una determinada inversión, sino también frente a aquel Estado de nacionalidad de una persona (...) jurídica, cuando exista algún elemento transnacional (v.gr. una inversión en outro Estado miembro. Precisamente, la extensión

⁶³⁴ MARTÍN JIMÉNEZ A.J. e CALDERÓN CARRERO J.M., *Imposición Directa Y no Discriminación Comunitaria*, em Cuadernos 3 Fiscales, Endersa, Madrid, 2000, pags 39.

⁶³⁵ Em estudo da Comissão Europeia sobre *La Fiscalité des entreprises dans le Marché Intérieur*, Sec (2001) 1681 Final.

de los efectos del artículo 43 TCE (actual artigo 49.º do TFUE) a este tipo de situaciones se produjo originariamente en una decisión en matéria tributária, la sentencia *Daily Mail*”⁶³⁶.

Em abono do desenvolvimento que temos vindo a fazer sobre a “*reverse discrimination*”, trazemos à liça o acórdão do TJCE, proferido em 11 de Março de 2004, no assunto *Hughes de Lasteyrie du Saillant* – processo C-9/02 – que nos permite visionar o sentido da sua jurisprudência. Assim, nos pontos 42 a 45 daquele aresto, é assumido que o artigo 43.º do TCE (actual artigo 49.º do TFUE) tem como escopo fundamental assegurar a liberdade de estabelecimento de qualquer nacional nos outros Estados-Membros à imagem e semelhança dos seus próprios nacionais, mas impede também que os Estados-Membros criem obstáculos aos seus próprios nacionais quando pretendem estabelecer-se noutros Estados, e para tal aquele órgão jurisdicional da UE traz à liça o acórdão *Baars* e a jurisprudência aí citada⁶³⁷, evidenciando em seguida que mesmo que essa restrição seja de pequeno impacto ou de menor importância, mesmo assim, também está integrada naquela proibição e, em abono desta tese lembra igualmente outra jurisprudência já por si proferida⁶³⁸, não fazendo mingua de recordar que aquela proibição de criação de restrições à liberdade de estabelecimento se aplica também às disposições fiscais, e mais uma vez se socorrendo da sua jurisprudência nesta temática⁶³⁹, para concluir que qualquer legislação fiscal que possa ter um efeito dissuasor nos contribuintes de se instalarem noutro Estado-Membro é, igualmente, contrária ao exercício da liberdade de estabelecimento.

Por esta via passam os cidadãos da UE a estar totalmente protegidos em relação à exercitação da liberdade de estabelecimento no espaço comunitário que, conforme jurisprudência assente do seu órgão jurisprudencial, se aplica integralmente a todos os Estados-membros independentemente de serem os nacionais dos outros Estados-membros que a queiram exercitar, ou de serem os seus próprios nacionais que a querem usufruir nos outros Estados-membros, resultando daqui uma ampla protecção

⁶³⁶ Veja-se MARTÍN JIMÉNEZ A.J. e CALDERÓN CARRERO J.M., *Imposición Directa Y no Discriminación Comunitaria*, em Cuadernos 3 Fiscales, Endersa, Madrid 2000, pages 131 e 133.

⁶³⁷ Neste n.º 28 do acórdão *Baars* é referido como jurisprudência desta temática a constante dos acórdãos de *Daily Mail* e *General Trust*, C-81/87, n.º 16; *ICI* – C-264/96, n.º 21; *X e Y*, C-200/98, n.º 26.

⁶³⁸ É referenciada como jurisprudência desta temática a constante dos acórdãos de *Comissão/França* – C-270/83, n.º 21; *Comissão/França* – C-34/98, n.º 49.

⁶³⁹ É referenciada como jurisprudência desta temática a constante dos acórdãos de *Schumacker* – C-279/93, n.º 21; *ICI* – C-264/96, n.º 19; *X e Y* – C-200/98, n.º 32.

à possibilidade de movimentação dos estabelecimentos estáveis no espaço comunitário pelos seus cidadãos, independentemente do Estado-membro da sua origem^{640 641 642}.

g. O Princípio da Não Discriminação e as Convenções para a Eliminação da Dupla Tributação

Referem os comentários ao n.º 1 do art.º 24.º do Modelo Convenção de OCDE⁶⁴³^{644 645}, que disciplina o princípio da não discriminação, que os Estados quando celebram convenções para eliminação da dupla tributação, fazem-no sob o prisma da reciprocidade⁶⁴⁶.

Evidentemente que no direito comunitário o princípio da não discriminação nunca podia ser visto sob o prisma da princípio da reciprocidade entre os Estados-Membros,

⁶⁴⁰ Sobre a temática da liberdade de estabelecimento e a discriminação inversa, veja-se ANTÓNIO FERNANDES DE OLIVEIRA, “Os artigos 39.º e 43.º da Tratado da Comunidade Europeia e a Tributação Directa – A Jurisprudência do TJCE”, *Fisco* n.º 117/118, Dezembro de 2004, Lisboa, pags. 52 a 58.

⁶⁴¹ Veja-se PATRÍCIA NOIRET CUNHA e SÉRGIO VASQUES *Jurisprudência Fiscal Comunitária Anotada*, Volume I, Almedina, Coimbra 2002, pags 43.

⁶⁴² Sobre a discriminação inversa veja-se GARCIA PRATS F.A. *Imposición Directa, no Discriminación Y Derecho Comunitário*, Tecnos, Madrid 1998, pags.77 a 88.

⁶⁴³ O n.º 1 do artigo 24.º do MCOCDE disciplina que “os nacionais de um Estado Contratante não ficarão sujeitos no outro Estado Contratante a nenhuma tributação ou obrigação com ela conexa diferente ou mais gravosa do que aquelas a que estejam ou possam estar sujeitos os nacionais desse outro Estado que se encontrem na mesma situação, em especial ao que se refere à residência. Não obstante o estabelecido no Artigo 1.º, esta disposição aplicar-se-á também às pessoas que não são residentes de um ou de ambos os Estados Contratantes” Veja-se OCDE, “MCOCDE – Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 197, Lisboa, 2005, pags. 51.

⁶⁴⁴ Também o Modelo de Convenção dos Estados Unidos da América dispõe de semelhante normativo ao disciplinar no n.º 1 do artigo 24.º que sob a epígrafe de “NON-DISCRIMINATION” que os “...Nationals of a Contracting State shall not be subjected in the other Contracting State to any taxation or any requirement connected therewith that is more burdensome than the taxation and connected requirements to which nationals of that other State in the same circumstances, in particular with respect to residence, are or may be subjected. This provision shall also apply to persons who are not residents of one or both of the Contracting States. However, for the purposes of United States taxation, United States nationals who are subject to tax on a worldwide basis are not in the same circumstances as nationals of ----- who are not residents of the United States”. Veja-se a UNITED STATES MODEL INCOME TAX CONVENTION OF NOVEMBER 15, 2006.

⁶⁴⁵ Na parte introdutória aos comentários técnicos feitos ao MCEUA esclarece-se qual o alcance do “ARTICLE 24 (NON-DISCRIMINATION) This Article ensures that nationals of a Contracting State, in the case of paragraph 1, and residents of a Contracting State, in the case of paragraphs 2 through 5, will not be subject, directly or indirectly, to discriminatory taxation in the other Contracting State”, Vejam-se os UNITED STATES MODEL TECHNICAL EXPLANATION ACCOMPANYING THE UNITED STATES MODEL INCOME TAX CONVENTION OF NOVEMBER 15, 2006.

⁶⁴⁶ Os comentários ao artigo 24.º do MCOCDE, no número referem claramente que “Este número estabelece o princípio de que, em matéria fiscal, as discriminações com base na nacionalidade são interditas e que, com ressalva da reciprocidade, os nacionais de um Estado Contratante, em idêntica situação, não podem ser tratados de modo menos favorável no outro Estado do que os nacionais deste último Estado mencionado” - (sublinhado nosso). Veja-se OCDE, “MCOCDE – Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 197, Lisboa, 2005, pags. 459.

mas sim como uma necessidade imperiosa e inerente às liberdades a que vimos fazendo referência, essencialmente para o que aqui tem interesse, a liberdade de estabelecimento. Significa isto que é absolutamente negado aos Estados-membros invocarem a reciprocidade perante os outros Estados-membros em relação aos seus nacionais e alegarem que tal princípio só será aplicado na justa medida em que os seus nacionais não sejam objecto de discriminação pelos outros Estados-membros.

As Convenções para Eliminação da Dupla Tributação-CDT, têm como premissa proceder à eliminação da dupla tributação entre os Estados que as celebram, isto independentemente de serem ou não Estados-membros da UE, tendo por base os elementos de conexão do direito fiscal que se prendam com a residência dos sujeitos passivos e com o lugar de obtenção de rendimentos, sendo os Estados-membros livres de concluírem CDTs,⁶⁴⁷ quer entre si, quer com países terceiros à União Europeia.

A Comissão reconhece isso mesmo quando refere que “... les Etats membres sont autorisés par le droit communautaire à conclure des conventions de double imposition. Cependant, comme l’a montré l’arrêt de la Cour dans l’affaire Compagnie de Saint-Gobain, ce droit ne signifie pas que les Etats membres peuvent soumettre les ressortissants d’autres Etats membres à des mesures discriminatoires ...”⁶⁴⁸.

Aquele acórdão do TJCE sobre o caso *Saint-Gobain*⁶⁴⁹ a que se refere a Comissão, põe em evidência toda a problemática sobre a capacidade que os Estados-membros têm para celebrar entre si, ou com países terceiros, CDTs, problemática ainda acrescida pela primazia da aplicação do direito comunitário sobre o direito nacional dos Estados-membros, assim como as implicações inerentes à aplicabilidade do direito tributário internacional e até com a complexidade dos casos triangulares. O acórdão em questão volta mais uma vez a colocar a tónica na força da supremacia que o direito comunitário, original ou derivado, tem, não só sobre o direito tributário de

⁶⁴⁷ Estipulava o art.º 293.º do TCE que “Os Estados-Membros entabularão entre si, sempre que necessário, negociações destinadas a garantir, em benefício dos seus nacionais (...) a eliminação da dupla tributação”

⁶⁴⁸ Em *La Fiscalité des entreprises dans le Marché Intérieur*, SEC (2001) 1681 Final, pags. 321.

⁶⁴⁹ Acórdão do TJCE de 21 de Setembro de 1999, no Processo n.º C-307/97.

cada um dos Estados-Membros, mas também sobre as CDTs celebradas entre eles ou com Estados terceiros⁶⁵⁰

O n.º 57 deste acórdão evidência uma vez mais a capacidade que os Estados-membros tinham, nos termos do anterior artigo 293.º do TCE, para celebrar CDTs, tendo presente a falta de unificação ou harmonização comunitária, o que permitia que os Estados-membros eram livres de fixarem nas CDTs que celebram os factores de conexão para eliminação da dupla tributação, mas acrescentando no n.º 58, que no exercício do poder de tributação, assim repartido, os Estados-membros não se podiam alhear da sua obrigação de respeitar a primazia do direito comunitário, clarificando o TJCE no n.º 59 do acórdão em análise que o princípio do tratamento nacional impõe aos Estados-Membros, parte nas CDT, que concedam aos estabelecimentos estáveis das sociedades não residentes (de outros Estados-membros) os benefícios constantes dessas CDTs e nas mesmas condições que são aplicáveis às sociedades não residentes.

Aliás da consulta a este processo podemos analisar a convergência das análises feitas pelo Advogado-geral nas suas conclusões e pelo TJCE no teor do seu acórdão ao referirem que a extensão dos benefícios das CDTs a contribuintes sem qualquer ligação por elementos de conexão com o outro Estado parte na CDT nunca colocam em causa os direitos dos países terceiros, nem lhes impõe qualquer nova obrigação.

A jurisprudência que temos estado a passar em revista clarifica que os estabelecimentos estáveis têm o direito de obter do Estado-membro onde se localizam os mesmos benefícios consagrados nas CDT, independentemente de estas serem celebradas ou não entre Estados-membros ou Estados terceiros, tratando-se assim de um cenário de conflito entre as CDTs e o direito comunitário em relação ao princípio da não discriminação⁶⁵¹.

Estamos assim perante uma interpretação muito ampla feita por aquele Tribunal da UE em relação ao artigo 49.º do TFUE (vide anterior artigo 43.º do TCE), no que se refere à liberdade de estabelecimento, impondo-se por esta via a sua extensão total

⁶⁵⁰ Assim MARTÍN JIMÉNEZ A.J. e CALDERÓN CARRERO J.M., *Imposición Directa y no Discriminación Comunitária*, Edersa, Madrid 2000, pags. 107.

⁶⁵¹ Neste sentido veja-se PATRÍCIA NOIRET CUNHA e SÉRGIO VASQUES, *Jurisprudência Fiscal Comunitária Anotada*, Volume I, Almedina, Coimbra 2002, a pag. 144 e 145.

aos estabelecimentos permanentes das CDTs em que os Estados-membros da sua localização são parte e comparativamente com as sociedades residentes⁶⁵².

Mas este órgão jurisdicional comunitário não esgotou toda a problemática ligada à questão que decidiu, porquanto ficou em aberto conhecer-se a sua posição sobre se o princípio da não discriminação é levado até às últimas consequências, ou seja, saber-se qual a CDT que em concreto se deve aplicar. Isto é, como em regra os Estados-membros têm em vigor no seu ordenamento jurídico uma grande quantidade de CDTs celebradas com outros Estados (membros ou não da UE), é pertinente questionarmo-nos sobre qual será então a CDT que os nacionais dos outros Estados-membros quererão em concreto ver aplicada⁶⁵³, porquanto, como facilmente se imagina há diferenças entre elas e podem resultar para contribuintes exactamente nas mesmas condições objectivas e subjectivas que a final suportem diferenças substanciais na sua tributação em face da CDT que lhes sejam aplicáveis.

A questão que acabamos de levantar prende-se com a aplicabilidade do princípio do tratamento da nação mais favorável, ou seja, coloca-se agora a tónica na eventual, ou não, capacidade que os estabelecimentos permanentes terão de exigir que lhes seja aplicada a CDT mais favorável celebrada pelo Estado-membro onde se localizam, isto na eventualidade de resultar dali um maior benefício fiscal comparativamente com as regras normais de tributação^{654 655}.

Se atendermos ao princípio estruturante das liberdades de movimentação dos factores de produção na União Europeia e consequentemente à proibição de discriminações, então, numa argumentação formalmente coerente poderíamos ser tentados a considerar que a aplicação daquela proibição de discriminação levasse ao extremo de serem aplicadas as regras mais favoráveis das CDT e se respeitasse, assim, o “princípio da nação mais favorável”, e para tanto formalmente sempre

⁶⁵² Neste sentido veja-se MARTÍN JIMÉNEZ A.J. e CALDERÓN CARRERO J.M., *Imposición Directa y No Discriminación Comunitaria*, Cuadernos 3 Fiscales, Edersa, Madrid 2000, pags.118.

⁶⁵³ Sobre esta problemática veja-se MARTÍN JIMÉNEZ A.J. e CALDERÓN CARRERO J.M., *Imposición Directa y No Discriminación Comunitaria*, Cuadernos 3 Fiscales, Edersa, Madrid 2000, pags. 118.

⁶⁵⁴ Sobre esta problemática e a tentativa de combate do *treaty shopping* pelos Estados-Membros, veja-se ANTÓNIO FERNANDES DE OLIVEIRA, “Os artigos 39.º e 43.º do Tratado da Comunidade Europeia e a Tributação Directa – A Jurisprudência do TJCE”, Fisco, n.º 117/118, Dezembro de 2004, Lex, Lisboa, a pags. 66, sob o n.º 49.

⁶⁵⁵ Para uma apreciação detalhada sobre as implicações deste acórdão do TJCE do direito de celebração de CDT pelos Estados-Membros, vide por todos CAAMAÑO ANIDO M.A., CALDERÓN CARRERO J.M. e MARTÍN JIMÉNEZ A.J., *Jurisprudência Tributaria del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Tomo II, 1996-1999, La Ley, Madrid 2000, pags. 169 a 195.

poderíamos argumentar que a aplicação das CDT levariam a situações de discriminação entre os nacionais dos Estados-membros da União Europeia, porquanto não nos podemos esquecer que as CDT são fruto de negociações bilaterais entre Estados.

Mas este argumento era falacioso, uma vez que o anterior artigo 293.º do TCE, previa e incentivava os Estados-membros a negociarem e celebrarem entre si CDT com o intuito de eliminar a dupla tributação, impondo-se assim necessariamente a conjugação deste direito dos Estados-membros com a sua obrigação da não discriminação, contudo, se se perfilhasse a existência de uma cláusula de nação mais favorecida, tal argumentação não era mais do que a imposição de uma autêntica CTD multilateral entre os Estados-membros, com o consequente incentivo ao “*treaty shopping*”, o que provocaria eventuais múltiplas não-tributações, originando por esta via uma maior obscuridade na definição dos contornos do princípio da não discriminação^{656 657}.

A questão da “cláusula de nação mais favorecida” foi indirectamente debatida no caso “D” – processos n.º C-376/03 pelo TJCE, em que não atendeu a pretensão de ser aplicável à situação do interessado uma CDT celebrada com outro Estado-membro e alheio aos outros dois Estados-membros envolvidos, não considerando tal facto uma discriminação contrária à liberdade de movimentação de capitais. Efectivamente, da conjugação dos n.ºs 52 e 57 daquele acórdão fica assente por aquele órgão jurisdicional da UE que os Estados-membros são livres de fixarem nas CDTs, que entre si celebram, os critérios de sujeição para efeitos de repartição da competência tributária, assumindo que tal repartição de tributação entre os Estados-membros, partes nas CDTs, não constitui uma discriminação, assumindo nos n.ºs 61 e 62 que os direitos e obrigações recíprocos constantes de outra CDT, que não integre o Estado-membro em causa na disputa jurisdicional, apenas se aplicam aos contribuintes sujeitos a tributação nesses mesmos Estados-membros e parte dessa CDT, facto que é uma consequência lógica da existência no ordenamento jurídico desses Estados-

⁶⁵⁶ Veja-se KLAUS VOGEL, “Problems of a Most-Favoured-Nation Clause in Intra-EU Treaty Law”, *Ec Tax Review*, 1995, pags. 264 e 265.

⁶⁵⁷ Neste sentido veja-se ANA PAULA DOURADO, “Do Caso Saint-Gobain ao Caso Metallgesellschaft: O Âmbito do Princípio da Não Discriminação do Estabelecimento Estável no TCE e a Cláusula da Nação Mais-Favorecida”, *Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional – Fisco*, Lisboa, 2003, pags. 105 e 106.

membros da CDT entre si celebrada, isto é, o TJCE rejeita assim a assunção da aplicabilidade do “princípio da cláusula de nação mais favorecida”⁶⁵⁸.

Aliás sobre esta temática e inserido na apreciação do mesmo caso “D” pelo TJCE o advogado-geral nas conclusões apresentadas neste sugere ao TJCE que não aprecie a questão suscitada sobre a aplicabilidade do “princípio da cláusula de nação mais favorecida”, ao sublinhar o “...lourd impact sur le réseau complexe de traités bilatéraux de double imposition...” argumentando que “...ne serait pas la première fois qu’une décision de la Cour ébranle le régime juridique des États membres...”, isto é, aquele advogado-geral temia o impacto que teria no espaço comunitário o reconhecimento da existência de um tal princípio, e assim, optou por não criar mais uma fonte de conflitos entre os Estados-membros⁶⁵⁹.

ii. No Modelo de Convenção da OCDE

O art. 24.º do MCOCDE inserido no Capítulo VI – Disposições Especiais – tem como objectivo impedir que os Estados Contratantes de Convenções em Matéria de Impostos pratiquem qualquer discriminação entre os sujeitos passivo dos tributos e que sejam nacionais dos outros Estados Contratantes, tendo como matriz os seus próprios nacionais.

Atenta a dificuldade de interpretação, a OCDE tem publicado regularmente indicadores de interpretação de que os Estados contratantes podem deitar mão no sentido de uma maior uniformidade, quer na celebração das próprias convenções para eliminação da dupla tributação, quer posteriormente sobre a interpretação do conteúdo do próprio clausulado.

⁶⁵⁸ Neste sentido veja-se HERRERA MOLINA, PEDRO MANUEL, “STJCE 5.7.2005 (Gran Sala), caso “D”, As. C-376/03: *Cláusula de nación más favorecida y Derecho comunitario*”, Instituto de Estudios Fiscales, quando em comentário a este acórdão afirma que “...el Tribunal descarta la necesidad de aplicar una “cláusula de nación más favorecida” en beneficio de los demás Estados miembros en el seno de los Convenios de Doble imposición que concluyan los Estados de la Unión Europea...”.

⁶⁵⁹ A Comissão reconhece no seu estudo “*Droit communautaire et conventions fiscales*”, Bruxelles, le 9 juin 2005, Ref.: TAXUD E1/FR DOC (05) 2306, pags. 19, item 53 que “...l’insertion d’une clause NPF dans l’ensemble des conventions bilatérales, en faveur des citoyens communautaires, transformerait de facto ces conventions en un traité multilatéral, sans qu’il ait été nécessaire préalablement de procéder à de longues négociations. Toutefois, l’interdiction des discriminations prévue dans le Traité ne prévoit pas expressément le traitement de la NPF...”. Veja-se a página da Internet http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/personal_tax/double_tax_conventions/ECLawTaxTreaties_fr.pdf.

O n.º 1 do art. 24.º do MCOCDE⁶⁶⁰ vem estabelecer o princípio geral da não discriminação, sendo de salientar que o faz de uma forma negativa e imperativa, ou seja, em vez de afirmar o princípio de igualdade de tratamento entre as partes, intencionalmente formula este princípio de uma forma negativa e com carácter de imperativo para as partes contratantes⁶⁶¹, facto que expressamente é evidenciado nos comentários interpretativos que a OCDE organizou acerca do MCOCDE, quando em relação ao n.º 1 do artigo 24.º da MCOCDE diz que “este número estabelece o princípio de que, em matéria fiscal, as discriminações com base na nacionalidade são interditas e que, com ressalva da reciprocidade, os nacionais de um Estado Contratante, em idêntica situação não podem se tratados de modo menos favorável no outro Estado Contratante do que os nacionais deste último Estado mencionado” (sublinhado nosso)⁶⁶².

A primeira grande observação a retirar da análise ao n.º 1 do artigo 24.º e das orientações interpretativas oriundas da OCDE é que não resulta do conteúdo escrito daquele modelo de norma que seja premissa do cumprimento da CDT a reciprocidade de tratamento, mas tal resulta explicitamente daquelas orientações interpretativas, e assim, se um dos Estados Contratantes discriminar quando o não devia fazer, o outro Estado fica imediatamente autorizado a fazê-lo. São assim as orientações interpretativas oriundas daquela organização internacional que levam ao conhecimento do público-alvo que explicitamente a OCDE quer que o cumprimento das CDTs pelos Estados Contratantes tenha obrigatoriamente como premissa a reciprocidade de tratamento entre as partes⁶⁶³.

⁶⁶⁰ Disciplina o n.º 1 do artigo 24.º do MCOCDE que “...os nacionais de um Estado Contratante não ficarão sujeitos no outro Estado Contratante a nenhuma tributação ou obrigação com ela conexas diferente ou mais gravosa do que aquelas a que estejam ou possam estar sujeitos os nacionais desse outro Estado que se encontrem na mesma situação, em especial ao que se refere à residência. Não obstante o estabelecido no Artigo 1.º, esta disposição aplicar-se-á também às pessoas que não são residentes de um ou de ambos os Estados Contratantes...”. Veja-se OCDE, “MCOCDE – Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL* – n.º 197, Lisboa, 2005, pags. 51.

⁶⁶¹ Neste sentido veja-se TEODORO CORDÓN EZQUERRO e MANUEL GUTIÉRREZ LOUSA, “La Libertad de Movimiento de Factores Productivos en la Unión Europea. Los Principios de Livre Establecimiento y no Discriminación”, Colóquio: Os efeitos da Globalização na Tributação do Rendimento e da Despesa, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL* n.º 188, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa 2000, pags. 395 e 396.

⁶⁶² Veja-se OCDE, “MCOCDE – Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 197, Lisboa, 2005, pags. 459.

⁶⁶³ Neste sentido ver GARCÍA PRATS F.A., *Imposición Directa, no Discriminación y Derecho Comunitario*, Tecnos, Madrid, 1998, a pags. 186 quando afirma que “...sería difícil admitir la validez de la quiebra del principio de no discriminación entre terceros particulares de diferentes Estados miembros en la medida en que los Convenios se formula sobre la base de la reciprocidad...” (sublinhado nosso).

Em nossa opinião, esta interpretação do princípio da não discriminação baseada no princípio da reciprocidade de tratamento entre as partes e que leva a que na sua interpretação enunciativa *a contrario sensu* possamos concluir que o referido princípio da reciprocidade autoriza de imediato os Estados Contratantes ao seu incumprimento quando os outros Estados não o tiverem respeitado, resulta explicitamente do art. 26.º da “Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados”⁶⁶⁴, quando, sob o epígrafe de “*Pacta sunt Servanda*” estabelece que “...todo o tratado em vigor vincula as partes e deve ser por elas executado de boa fé...”, norma jurídica que conjugada com a constante do seu art. 60.º, sob a epígrafe de “*Cessação da vigência de um tratado ou suspensão da sua aplicação como consequência da sua violação*” permite que, “...uma violação substancial de um tratado bilateral, por uma das partes, autoriza a outra parte a invocar a violação como motivo para pôr fim ao tratado ou para suspender a sua aplicação no todo ou em parte...” continuando o mesmo artigo a dizer que “...constitui violação substancial de um tratado a violação de uma disposição essencial para a realização do objecto ou fim do tratado...” – (sublinhado nosso).

É evidente das disposições desta Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre os Estados que estes quando celebram entre si acordos bilaterais, ou multilaterais, auto-impuseram-se ao seu cumprimento de boa fé, e se assim o não fizerem, fica o outro Estado contratante imediatamente auto-dispensado de cumprir o acordado.

Estamos perante um princípio geral da celebração dos acordos entre os Estados em que há uma auto-reciprocidade de vinculação e cumprimento contratual, ou seja, como resumo desta auto-vinculação às CDT podemos dizer que o espírito dos Estados no momento da celebração das CDT se resume no seguinte: *Eu (Estado) vinculo-me porque tu (Estado) te vinculas, logo, se tu não cumprires eu fico imediatamente dispensado do cumprimento.*

A perspectiva que expusemos é uma evidência interpretativa da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre os Estados, e assim, para nós, não teria tido necessidade a OCDE de ser tão clara e precisa nas suas orientações de interpretação às CDT, no sentido de estarmos perante um imposição aos Estados Contratantes da

⁶⁶⁴ Esta Convenção foi assinada em Viena a 23 de Maio de 1969. Veja-se JORGE BACELAR GOUVEIA, *Textos Fundamentais de Direito Internacional*, Aequitas, Editorial Notícias, 1993, pags. 253 a 278.

obrigação de não discriminar os nacionais dos outros Estados contraparte das CDTs segundo as regras da reciprocidade, admitindo-se aquela orientação interpretativa apenas com um carácter de reforço da ideia de auto-vinculação recíproca entre os Estados Contratantes⁶⁶⁵.

A grande evidência que esta interpretação autêntica da OCDE sobre o seu MC tem, comparativamente com o princípio da não discriminação plasmado em vários artigos dos TUE e TFUE (vide anterior TCE), é que aquela organização internacional com clareza e precisão sujeita o “Princípio da não Discriminação” ínsito nos Tratados Internacionais ao “Princípio da Reciprocidade”, ao passo que esta reciprocidade de tratamento está absolutamente arredada do “Princípio da não Discriminação” inserido em vários artigos dos TUE e TFUE (vide anterior TCE), isto é, como o Direito Comunitário está imbuído do “Princípio do seu primado sobre o direito interno” dos Estados-membros, estes quando integraram a UE, quer originariamente, quer pela sua adesão, conheciam que o Direito Comunitário assenta a sua matriz nas amplas liberdades de movimentação dos factores de produção no espaço comunitário.

Como consequência lógica sabiam que não podiam negar a igualdade de tratamento aos nacionais dos outros Estados-Membros, comparativamente com os seus próprios nacionais, com o argumento de falta de reciprocidade, dado que se tal fosse permitido iriam criar obstáculos intransponíveis ao conteúdo matricial do Direito Comunitário pondo em causa essas liberdades de movimentação dos factores de produção, factor integrante da essência da UE.

Todo raciocínio que acabamos de expor é corroborado pela Comissão no seu relatório “*La Fiscalité des entreprises dans le Marche Intérieur*”⁶⁶⁶ ao evidenciar que o “Princípio da reciprocidade de tratamento” não se aplica aos Estados-Membros. Efectivamente aquele órgão da UE assume com clareza que “...de manière générale, aucune discrimination ni double imposition qui résulterait du caractère transnational d’une opération ne peut être tolérée dans le Marche intérieur. C’est ce qui constitue

⁶⁶⁵ Sobre o sentido do princípio da reciprocidade veja-se TEODORO CORDÓN EZQUERRO e MANUEL GUTIÉRREZ LOUSA, “La Libertad de Movimiento de Factores Productivos en la Unión Europea. Los Principios de Libre Establecimiento y no Discriminación”, Colóquio: Os efeitos da Globalização na Tributação do Rendimento e da Despesa, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL* n.º 188, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa 2000, pags. 398, quando afirma que “*En realidad, se está aplicando el principio o beneficio de reciprocidad, en el sentido de que los [...] nacionales, en una situación igual, no pueden ser tratados de forma menos favorable en otro Estado que los nacionales del mismo*”.

⁶⁶⁶ SEC (2001) 1681 Final.

une différence par rapport à des pays qui ne font pas partie d'un marché intégré et qui ont conclu une convention de double imposition...”, acrescentado em seguida que “...les conventions de double imposition sont conçues pour traiter les problèmes de double imposition, mais en cas d'interprétations divergentes ou de problèmes similaires, il n'y a pas de traité d'un rang supérieur qui puisse forcer les pays concernés à trouver une solution. Toutefois, les Etats membres de l'UE doivent en outre respecter les exigences du Marché intérieur relatives à la non-discrimination et les quatre libertés fondamentales dont le Traité de l'UE prévoit le respect...”⁶⁶⁷.

A Comissão nada mais faz do que evidenciar o carácter supranacional e o efeito directo do Direito Comunitário, que impede que haja qualquer discriminação ou dupla tributação originada pela transnacionalidade das operações económicas, reafirmando que cabe aos tribunais nacionais e ao Tribunal Comunitário a aplicação e interpretação do Direito Comunitário, diferentemente do que se passa com as CDTs que apenas tem como mecanismo para a resolução de litígios o “Procedimento Amigável” estabelecido no artigo 25.º da MC OCDE.

É fundamental esta diferença entre o Direito Comunitário (quer original, quer derivado), que não obedece ao princípio da reciprocidade, e as CDTs baseados no MCOCDE para as quais este princípio é estruturante⁶⁶⁸, uma vez que o princípio da não discriminação ínsito no artigo 24.º do MCOCDE está intimamente ligada ao conceito de nacionalidade, isto é, o que aqui se pretende é que haja um reciprocidade de tratamento pelos Estados Contratantes em relação aos nacionais do outro Estado.

A doutrina dominante sobre as normas de direito fiscal internacional que regulamentam a forma de repartição do poder tributário entre o Estado da fonte dos rendimentos e o Estado da residência do beneficiário dos mesmos, regra geral, prevê

⁶⁶⁷ Ver pags 291 sob a epígrafe 6 – LES CONVENTIONS DE DOUBLE IMPOSITION. Ponto 6.1 – L'obligation d'éliminer la double imposition dans le Marché intérieur.

⁶⁶⁸ Afirmam MARTÍN JIMÉNEZ A.J. e CALDERÓN CARRERO J.M., *Imposición Directa y no Discriminación Comunitaria*, Cuadernos 3 Fiscales, Edersa, Madrid 2002, pags. 17 e 18, que “... la prohibición establecida en el artículo 24 de un CDI que siga el MC OCDE (...) la obligación de no discriminación se encuentra condicionada a una cláusula de reciprocidad”, acrescentando logo de seguida que “... no se olvide que, como ha señalado el TJCE en reiterada jurisprudencia, la reciprocidad no resulta aceptable en el ámbito comunitario, dado que hacer depender los derechos de las entidades extranjeras (nacionales de Estados miembros) a que se otorguen derechos correspondientes en otros Estados miembros puede afectar a la libre circulación de bienes, personas y factores de producción en la Comunidad Europea (...) además, la idea de la reciprocidad n el cumplimiento de las obligaciones del TC podría terminar degenerando en una espiral de comportamientos discriminatorios, lo cual no es aceptable en un mercado interior”

duas formas de repartir esse poder de tributar em atenção ao beneficiário dos rendimentos, despesas ou património, a saber:

- Utiliza o “Princípio da Universalidade” ou o “Princípio da Tributação do Rendimento Mundial” – *World wide income principle* – que conduz à tributação de todos os rendimentos obtidos pelos contribuintes residentes, independentemente do local da fonte dos mesmos;
- Utiliza o “Princípio da Territorialidade” – *Source principle* – em relação aos contribuintes não residentes, que assim ficam limitados à tributação dos rendimentos obtidos nesse território⁶⁶⁹.

Resulta desta análise que, regra geral, os Estados alheiam-se da nacionalidade dos sujeitos passivos, atendendo ao conceito de residência para a tributação universal e ao conceito de fonte de rendimentos para a tributação dos não residentes⁶⁷⁰.

Os comentários que a OCDE insere ao n.º 1 do artigo 24.º do seu MC sobre esta temática são elucidativos da sua interpretação, ao afirmarem que os nacionais de cada Estado Contratante devem ser tratados em função desta sua situação, ou seja, os residentes em cada Estado contratante devem ser tributados tendo em atenção este facto, e os rendimentos obtidos em cada Estado por não residentes de ambos devem também ser tributados de igual modo.

Em face desta ampla capacidade de tributação que cada Estado tem podem dali advir situações de dupla tributação⁶⁷¹, facto que levou a OCDE a inserir no seu MC

⁶⁶⁹ Sobre os dois princípios que acabamos de expor veja-se, entre outros, ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, Coimbra, 1993, pags. 198 e seguintes.

⁶⁷⁰ Os Estados Unidos da América têm um sistema diferente, porquanto, tributam os seus nacionais não-residentes pelo seu rendimento universal e, por este facto, foi inserido o comentário sob o n.º 62 ao art.º 24.º da MC OCDE.

⁶⁷¹ Os conflitos de dupla tributação estão ligados aos factores de conexão relativamente a cada tipo de imposto. Deste facto, de duplas conexões com o mesmo tipo de imposto, podemos distinguir, a dupla tributação jurídica, em que aqui está presente a identidade do sujeito passivo, ou seja, o mesmo sujeito passivo é tributado mais que uma vez no mesmo período e pelo mesmo facto, da dupla tributação económica, em que aqui não há identidade de sujeitos passivos, ou seja, o que aqui há é uma sobreposição de impostos, sobre o mesmo facto tributado, em sujeitos passivos distintos.

Sobre esta temática vide JOSÉ CASALTA NABAIS, “A Soberania Fiscal no Actual Quadro de Internacionalização, Integração e Globalização Económicas”, *Temas de Integração n.º 15 e 16*, Almedina, Coimbra 2002, pags. 67;

Ver igualmente ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, Almedina, Coimbra, 1993, pags. 31 e ss e 503 e ss.

regras tendentes à eliminação dessa dupla tributação e que podem ser subdivididas em dois tipos distintos:

- O *Método da Isenção* pelo qual o Estado da Residência isenta os rendimentos que já foram objecto de tributação no Estado da Fonte;
- O *Método da Imputação* pelo qual o Estado da Fonte procede à tributação dos rendimentos obtidos no seu espaço territorial, cabendo ao Estado da Residência, após englobalização daqueles rendimentos na sua liquidação de imposto, conceder uma dedução à colecta que calculou de um montante correspondente ao imposto liquidado e pago no Estado da Fonte, com a premissa que aquele valor não seja superior ao imposto correspondente aos rendimentos que foram tributados no Estado da Residência⁶⁷².

Por sua vez, cada um daqueles métodos ainda é subdivisível em outros dois, a saber:

- O *Método da Isenção* subdivisível em:
 - *Isenção Integral*, quando o rendimento obtido no Estado da Fonte não é considerado para nenhum efeito no Estado da Residência;
 - *Isenção com Progressividade*, quando o Estado da Residência engloba o rendimento obtido no Estado da Fonte apenas para efeitos de determinação da taxa aplicável aos restantes rendimentos ali tributados.
- O *Método da Imputação* subdivisível em:
 - *Imputação integral*, quando o Estado da Residência deduz à colecta ali calculada o montante do imposto calculado e pago no Estado da Fonte;

⁶⁷² É perfeitamente estendível esta limitação ao imposto dedutível no Estado da Residência, uma vez que o que a mesma pretende evitar é que o contribuinte não suporte duas vezes imposto sobre o mesmo rendimento, mas não pretende que o Estado da Residência suporte nos seus Cofres eventuais diferenças de tributação entre os Estados implicados. Imagine que “A” tinha suportado o imposto de 10 no Estado da Fonte pelo rendimento de 100 que ali obteve. Se no Estado da Residência tivesse tido um rendimento de mais 100, englobaria na sua declaração de impostos $(100 + 100) 200$, em face do que iria suportar um imposto total de 16. Então para eliminar a dupla tributação o Estado da Residência não teria que deduzir a totalidade do imposto suportado no Estado da Fonte (10), mas apenas o valor de 8 que era a parte corresponde àquela rendimento ali tributado ($100 \times 16 / 200 = 8$ e sendo $10 > 8$ apenas terá direito à dedução de 8), porquanto se assim não fosse o Estado da Residência estava a suportar nos seus Cofres a tributação levada a cabo pelo outro Estado, quando o que aqui se pretende é apenas e só um efeito de neutralidade fiscal.

- *Imputação Ordinária*, quando o Estado da Residência deduz apenas a parte da colecta liquidada e paga no Estado da Fonte que corresponda proporcionalmente aos rendimentos ali integrados^{673 674 675}.

Debruça-se o mesmo artigo do MCOCDE a aplicar o princípio da não discriminação aos estabelecimentos estáveis que as empresas tenham reciprocamente no outro Estado Contratante, tendo como premissa esta não discriminação na comparabilidade dos estabelecimentos estáveis com as empresas nacionais que estejam no mercado de determinado Estado, isto é, pretendendo que haja uma paridade de tratamento a todos aqueles que se dedicam aos mesmos sectores de actividades, relativamente aos impostos incidentes sobre o rendimento, em especial os impostos sobre os lucros empresariais.

Sobre esta temática realçam-se aqui três aspectos, a saber:

- A MCOCDE vê o estabelecimento estável como uma parte de uma empresa nacional que desenvolve a sua actividade noutro Estado, e assim pretende que os estabelecimentos estáveis como emanção de uma empresa de outro Estado, não sejam por esse facto discriminados em relação às empresas do mesmo país e na qual são desenvolvidas actividades do mesmo sector, ou seja, pretende proteger a concorrência comercial ou industrial transfronteiriça;
- As empresas podem ser detidas por pessoas físicas ou por pessoas jurídicas, pelo que na eventualidade de serem propriedade de pessoas físicas, a MCOCDE não prevê a aplicabilidade das deduções e abatimentos concedidos em função do estado civil e condições familiares, os quais são características intrínsecas aos impostos sobre o rendimento das pessoas singulares, sem que por esta diferenciação de tratamento estejamos perante uma discriminação;

⁶⁷³ Os métodos de eliminação da dupla tributação estão inseridos no MC OCDE, nos art.ºs 23.º-A e 23.º-B.

⁶⁷⁴ Sobre esta temática veja-se MARIA CELESTE CARDONA, *O Papel dos Acordos de Dupla Tributação na Internacionalização da Economia*, Direcção Geral das Contribuições e Impostos, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1993, pags.219 e 220;

⁶⁷⁵ Sobre esta temática veja-se GABRIELA PINHEIRO, *A Fiscalidade Directa na União Europeia*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998, a pags 155 a 157.

- O último aspecto saliente pelo MCOCDE é o facto de ali não serem plasmadas quaisquer noções do conceito de empresa e assim teremos que nos socorrer da doutrina para encontrar o conceito de empresa^{676 677}.

A esta paridade de tratamento entre os estabelecimentos estáveis e as empresas em cada um dos Estados Contratantes, sobressai o tratamento que a OCDE dá ao reporte de prejuízos ou de défices de exploração revelados pelas contabilidades separadas existentes nos estabelecimentos. Ao passarmos em revista a interpretação dada por aquela organização internacional ao art. 24.º do seu MC e vertido nos comentários inseridos sob a alínea c) do n.º 24 – letra “A” da MCOCDE⁶⁷⁸, ficamos com a certeza que aquela organização também defende a aplicabilidade deste princípio da igualdade, no tocante à repercussão dos seus prejuízos fiscais em exercícios posteriores, ou seja, entende que não deve haver qualquer diferenciação entre o tratamento fiscal dado pelos Estados Contratantes das CDT aos estabelecimentos estáveis e às empresas nacionais.

Sobre esta temática trazemos à liça jurisprudência do TJCE que considera uma violação do princípio da não discriminação, ínsito nos TUE e TFUE (vide anterior TCE), a imposição pelos Estados da manutenção de contabilidade separada às empresas do mesmo grupo e plurilocalizadas, como premissa para que haja dedução de prejuízos fiscais, quando semelhante exigência não for feita às empresas de grupos que se localizem todas no mesmo Estado-membro em causa.

O TJCE no acórdão proferida em 15 de Maio de 1997, caso *Futura Participações SA e Singer* – Processo C-250/95, Colect. I-02471, decidiu que um pedido de dedução de perdas fiscais, apresentado por um contribuinte e relacionadas economicamente com os rendimentos obtidos num Estado-membro que ali apenas tem uma sucursal, é compatível com o Direito Comunitário, mas é restritivo da liberdade de estabelecimento o facto de esse Estado-membro exigir que ali seja mantida uma

⁶⁷⁶ Entre os muitos conceitos de empresa que podemos encontrar, destacamos aqui dois:

Um conceito económico de empresa, enquanto “*organização de factores de produção, que produz bens destinados à troca com vista à obtenção de um lucro*”, e um conceito de direito, em sentido subjectivo de empresa, como “*sujeitos jurídicos que exercem um actividade económica*”.

Para um desenvolvimento alargado do conceito de empresa, veja-se JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1998, pags. 175 a 218.

⁶⁷⁷ Sobre o conceito de Empresa e Estabelecimento veja-se também JORGE HENRIQUE PINTO FURTADO, *Curso de Direito das Sociedades*, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra 2001, pags. 353 a 365.

⁶⁷⁸ Veja-se OCDE, “MCOCDE – Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património” *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 197, Lisboa, 2005, pags. 467 e 468.

contabilidade separada, alegando aquele órgão comunitário que o Estado-membro em causa sempre poderia deitar mão da Directiva 77/799/CEE do Conselho, de 19 de Dezembro de 1977 e pedir ao Estado onde está sediada a empresa que lhe fornecesse os valores objectivos (a prova) das perdas sofridas pela sua sucursal. Isto é, para o TJCE é perfeitamente legítimo aos Estados-membros quererem conhecer a realidade económico-fiscal dos seus contribuintes, mas dispondo o Direito Comunitário de mecanismos legais que obrigam os Estados-membros a cooperarem entre si através de troca de informações para efeitos tributários, seria exagero de prova a obrigação da manutenção de contabilidades separadas, entre a sede e a empresa do grupo ali em actividade, quando para as empresas que se situam no seu território o Estado-membro em causa não impõe tal obrigação.

Ao substituir a exigência de contabilidade separada para as empresas plurilocalizadas pela troca de informações entre os Estados-membros, o TJCE fez uma ampla abordagem da obrigação de exigência de contabilidade, ou seja, aquela exigência era desproporcional⁶⁷⁹ ao fim em vista, uma vez que os Estados-membros sempre podiam pelas vias da cooperação entre eles obter o mesmo resultado, isto é, conhecer a real situação do contribuinte⁶⁸⁰.

O risco de evasão fiscal, de perda de receitas fiscais ou a necessidade de controlo fiscal, como fundamentos integrantes de imperioso interesse geral dos Estados-membros e que possam justificar restrições à liberdade de estabelecimento foram também apreciados no caso *Imperial Chemical Industries plc (ICI)* – processo C-264/96, Colect. I-04595, em que um Estado-membro negava a dedução de prejuízos fiscais a sociedades residentes que detinham uma sociedade *holding*, mas dispunham de filiais noutros Estados-membros e países terceiros.

No acórdão proferido em 16 de Julho de 1998, o TJCE veio considerar contrario à liberdade de estabelecimento essa negação de prejuízos, argumentando que aqueles riscos não podiam justificar tal restrição à liberdade de estabelecimento

⁶⁷⁹ Neste Sentido veja-se MARTÍN JIMÉNEZ A.J. e CALDERÓN CARRERO J.M., *Imposición Directa y no Discriminación Comunitaria*, Cuadernos 3 Fiscales, Edersa, Madrid 2000, pags. 103.

⁶⁸⁰ Para uma visão crítica deste acórdão, veja-se por todos, CAAMAÑO ANIDO M.A., CALDERÓN CARRERO J.M e MARTÍN JIMÉNEZ, *Jurisprudência Tributaria del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Tomo II, 1996-1999, La Ley, Madrid 2000, pags.23 a 55.

existente no Direito Comunitário, maximizando assim as liberdades comunitárias na realização do mercado interno⁶⁸¹.

O n.º 5 do artigo 24.º do MCOCDE estatui a movimentação de capitais entre os Países subscritores de CDT, quer o façam através da detenção num dos Estados contratantes de empresas cujos capitais por residentes no outro Estado, quer essa detenção seja directa ou indirectamente, total ou parcialmente, quer seja possuído por esses residentes ou por si controlado. O que está aqui em causa é o princípio de não discriminação ínsito nas CDTs celebradas sob a alçada do MCOCDE, isto é, a proibição de qualquer discriminação das empresas detidas num Estado por residentes num outro Estado, comparativamente com os seus residentes que aí detêm capital nas suas empresas, ou seja, pretende-se não favorecer os detentores de capitais aplicados em empresas nacionais do mesmo Estado em detrimento de detentores de capitais estrangeiros⁶⁸².

A questão final ligada a esta temática e que agora gizamos, embora de forma abreviada, liga-se às chamadas situações triangulares, as quais envolvem os estabelecimentos estáveis implantados num Estado pertencentes a sujeitos passivos residentes no outro Estado contratante da CDT e a obtenção de rendimentos sob a forma de juros, *royalties* dividendos ou outras formas de interesses monetários pagos por Estados terceiros.

O MCOCDE fazendo apelo ao princípio da plena concorrência levanta nos seus comentários a questão do tratamento não discriminatório, as consequências inerentes às retenções na fonte pelo Estado terceiro, à eliminação da dupla tributação a ser intentada entre o Estado da Residência e o Estado do Estabelecimento Estável, aos especiais cuidados a ter na celebração das CDTs entre os Estados Contratantes, ao eventual aproveitamento das CDTs existentes entre o Estado da residência e o Estado terceiro ou entre o Estado do Estabelecimento Estável e a eventual rede de CDTs que tenha com Estados terceiros, de modo que seja possível proceder à eliminação da dupla tributação gerada por esses rendimentos aquando da sua incorporação na

⁶⁸¹ Para uma crítica a este acórdão veja-se PATRÍCIA NOIRET CUNHA e SÉRGIO VASQUES, *Jurisprudência Comunitária Anotada*, Volume I, Almedina, Coimbra 2002, pags. 101 a 116.

⁶⁸² Neste sentido veja-se TEODORO COARDÓN EZQUERDO E MANUEL GUTIÉRREZ LOUSA; "La Libertad de Movimiento de Factores Productivos en la Unión Europea. Los Principios de Livre Establecimiento y no Discriminación", Os Efeitos da Globalização na Tributação do Rendimento e da Despesa, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL* n.º 188, Centro de Estudos Fiscais, Ministério das Finanças, Lisboa 2000, pags. 404 e 405.

matéria colectável quer no Estabelecimento Estável, quer posteriormente quando haja incorporação na do sujeito passivo proprietário da empresa que possui o estabelecimento, ou seja, pretende-se eliminar a dupla tributação nesta relação triangular, mas, salvaguardar o “*treaty shopping*”, a fraude e evasões fiscais através do benefício indevido das redes de CDTs entre os Estados⁶⁸³.

O TJCE teve já ocasião de se pronunciar sobre esta temática no caso *Compagnie de Saint-Gobain* – Processo C-307/97, através do acórdão de 21 de Setembro de 1999, assumindo que feria o princípio da liberdade de estabelecimento insito no artigo 49.º do TFUE (vide anterior artigo 43.º do TCE) a negação ao acesso no Estado-membro da localização do estabelecimento permanente de uma sociedade com sede noutro Estado-membro, a medidas fiscais unilaterais ou convencionais entre Estados-membros ou com Países terceiros, para eliminar a dupla tributação, previstas para as empresas do Estado da localização do estabelecimento permanente.

O Tribunal da UE assumiu neste seu acórdão o direito que os estabelecimentos estáveis têm em obter iguais benefícios àqueles que podem obter as empresas nacionais, e isto independentemente de estarem consagrados na lei fiscal interna ou nas suas redes de CDTs, ainda que celebrados com Países terceiros, ou seja, há aqui um largo distanciar do direito fiscal internacional, sendo gerador de eventuais repensares do artigo 24.º do MCOCDE⁶⁸⁴.

⁶⁸³ Para uma abordagem do tema das situações triangulares, veja-se CAAMAÑO ANIDO M.A., CALDERÓN CARRERO J.M. e MARTÍN JIMÉNEZ A.J., *Jurisprudência Tributaria del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Tomo II, 1996-1999, La Ley, Madrid 2000, pags. 171 a 175, e autores aí citados.

⁶⁸⁴ Para uma crítica a este acórdão veja-se PATRÍCIA NOIRET CUNHA e SÉRGIO VASQUES, *Jurisprudência Fiscal Comunitária Anotada*, Volume I, Almedina, Coimbra 2002, pags. 119 a 145; Veja-se também MARTÍN JIMÉNEZ A.J. e CALDERÓN CARRERO J.M., *Imposición Directa y no Discriminación Comunitaria*, Cuadernos 3 Fiscales, Edersa, Madrid 2000, pags. 106 a 120, especialmente quanto à conclusão que apresenta a pags 117 e 118, e que passamos a citar: “*En cuanto al significado de la sentencia Saint-Gobain,... , debemos señalar que la misma contribuye a solucionar gran parte de los problemas que presenta el tratamiento de los supuestos triangulares en el MC OCDE (véanse los comentarios al art. 24.3, párrs 49 a 54 y el informe de la OCDE sobre los Casos Triangulares, publicado en Model Tax Convention: Four Related Issues, Issues in International Taxation número 4 OCDE, Paris, 1992) al extender a los establecimientos permanentes de sociedades comunitarias situados en outro Estado miembro los métodos para la eliminación de la doble imposición previstos en la legislación interna o en los CDIs firmados, incluso com Estados no comunitários, por el Estado de situación del establecimiento permanente[recuérdese que el MC OCDE unicamente permite al establecimiento permanente el acceso al método de imputación previsto en la legislación mismo ni el método de exención previsto en la legislación interna ni las medidas contenidas en su red de CDIs]*”, e termina o mesmo autor dizendo que “*en nuestra opinión, la interpretación que há hecho el TJCE del artículo 43 TCE impone la extensión total a los establecimientos parmenetes de los CDIs firmados por el Estado de situación para que éstos queden en igualdad de condiciones com respecto a las sociedades residentes en el Estado mencionado. Esta solución, que no admite dudas en el caso de CDIs firmados entre Estados comunitários, puede ser más difícil de trasladar a los CDIs firmados com Estados terceros*”.

III – INTER-RELAÇÃO DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA COM ACÓRDÃOS DO TJCE

Como já várias vezes evidenciamos a UE apenas consegue criar Direito Comunitário no tocante à tributação directa quando para tal obtiver a unanimidade de todos os Estados-membros, e por via disso o papel principal tem sido assumido pelo TJCE que, de forma indirecta, tem marcado uma posição delimitadora do direito fiscal dos Estados-membros através da análise e decisão que toma sobre os casos que lhe são apresentados para apreciação e decisão sobre a configuração desse concreto direito fiscal nacional com o Direito Comunitário, quer este seja originário, quer seja derivado.

Na essência dessa apreciação da conformidade, entre os direitos fiscais nacionais dos Estados-membros com os Direito Comunitário, estão fundamentalmente em causa a conformação daqueles direitos nacionais com as amplas liberdades de movimentação a nível Comunitário e com o Princípio da não discriminação, porquanto, como é sobejamente conhecido, estas são a essência da criação do amplo Mercado Comum Europeu.

É evidente que o que ali está em causa é o permanente conflito entre a liberdade dos Estados-membros criarem os seus sistemas tributários, conformando-os coerentemente com os seus ordenamentos jurídicos vistos na sua globalidade, nomeadamente com os seus suportes constitucionais, função legislativa por excelência que imbrica na sua soberania territorial e que se encontra vertida a nível dos TUE e TFUE (vide anterior TCE) na inserção da obrigação da unanimidade para a criação de direito fiscal comunitário, com a obrigação que esses mesmos Estados-membros têm em respeitar a plena liberdade de movimentação dos factores de produção que se auto-impuseram com a criação dos TUE e TFUE (vide anterior TCE), ou na sua adesão, nomeadamente através da liberdade de estabelecimento, quer de pessoas físicas, quer de pessoas jurídicas.

Também já amiúde evidenciamos que estas amplas liberdades têm como *conditio sine qua non* que os Estados-membros não possam exercer qualquer

discriminação⁶⁸⁵ aos nacionais dos Estados-membros que queiram fazer uso do exercício das mesmas, quer seja dos seus nacionais para se estabelecerem fora do seu território, quer seja para os nacionais dos outros Estados-membros que neles se queiram estabelecer.

O papel principal que o TJCE tem assumido na conformação dos direitos fiscais nacionais com o Direito Comunitário, essencialmente com o princípio da não discriminação no exercício das amplas liberdades constantes dos TUE e TFUE (vide anterior TCE), tem sido levado a cabo pela via negativa, isto é, através da análise de casos concretos submetidos pela Comissão e sobretudo por particulares – pessoas singulares ou jurídicas – que indirectamente, pela via do reenvio prejudicial dos Tribunais Nacionais pretendem conhecer a conformação entre duas realidades jurídicas distintas, a nacional e a comunitária que, como é também conhecido, esta última tem primazia sobre aquelas.

É assim evidente o papel fulcral do TJCE que negativamente tem levado à conformação dos diversos ordenamentos jurídico-fiscais nacionais com Direito Comunitário, interpretando-os de modo a que não violem este último e impondo-lhes a sua conformação. Desta actuação jurisdicional comunitário podemos tirar desde já algumas notas.

Em primeira linha evidenciam-nos as decisões que tem proferido aquele órgão jurisdicional comunitário a uma conformação dos diversos direitos fiscais nacionais com o Direito Comunitário pela via negativa, isto é, o TJCE quando aprecia os casos particulares que lhes são submetidos para apreciação não emite juízos de falta de conformação desses direitos fiscais nacionais com o Direito Comunitário alegando e assumindo uma qualquer falta de legislação nacional, mas apenas assume que aqueles direitos fiscais não se coadunam com as normas e princípios insertos no Direito Comunitário que permitem o pleno exercício das liberdades criadas pelos TUE e TFUE (vide anterior TCE). Ou seja, limita-se a conhecer se há ou não violação do Direito Comunitário por parte desses direitos fiscais nacionais e, na eventualidade de

⁶⁸⁵ As medidas discriminatórias utilizadas pelos Estados-membros só podem ser compatíveis com o direito comunitário quando sejam abrangidas por uma derrogação expressa constante do TCE. Neste sentido veja-se a observação feita pelo Advogado-geral TESAURO, nas suas conclusões apresentadas no Processo C-264/96, caso *Imperial Chemical Industries plc (ICI)*, sob o n.º 20, quando afirma, apoiado em jurisprudência do TJCE, que “... uma medida discriminatória apenas pode ser declarada compatível com o direito comunitário quando seja abrangida por derrogações expressamente previstas pelo Tratado...”.

ela existir limita-se a dar a sua interpretação e assumir essa violação, originando assim que os Tribunais nacionais dos diversos Estados-membros, pela via do reenvio, vão indicando às sociedades dos diversos Estados-membros quando os seus direitos fiscais nacionais violam o Direito Comunitário.

Numa segunda linha retiramos daqueles acórdãos proferidos pelos TJCE que apenas estamos perante decisões judiciais que apreciam e decidem casos concretos, tendo tais decisões apenas força de caso julgado e eficácia *inter partes*, impondo apenas ao Estado-membro em causa que cumpra aquela decisão no caso concreto, ficando contudo sem qualquer obrigação de conformação da sua legislação fiscal, ou seja, aquela concreta decisão esgota-se no seu cumprimento ao caso concreto e não impõe ao Estado-membro qualquer outra obrigação.

É evidente que estas decisões de forma indirecta levam os Estados-membros a conformarem as suas legislações com a interpretação efectuada pelo TJCE nos casos concretos, porquanto, sabendo os contribuintes desses Estados-membros que aquele órgão jurisdicional comunitário interpreta de certa e determinada forma certo e determinado preceito jurídico, de imediato submetem os seus concretos casos à sua apreciação, conseguindo-se por esta via que os Estados-membros sejam levados a modificar a sua legislação fiscal com intuito de evitar conflitos judiciais.

Por último lembramos aqui que esta temática de apreciação da conformação da legislação fiscal existente nos Estados-membros com o Direito Comunitário tem apenas a sua ligação com as movimentações transfronteiriças dos factores de produção, designadamente com a liberdade de movimentação dos estabelecimentos na UE e oriundas da capacidade de exercitação das liberdades constantes dos TUE e TFUE (vide anterior TCE), estando daqui arredadas as querelas puramente internas dos Estados-membros que ao não configurarem qualquer relação com o Direito Comunitário escapam à apreciação do TJCE, isto é, aqui apenas e só estão em causa as movimentações dos factores de produção para além das fronteiras dos Estados-membros.

Assim, colocadas estas premissas iniciais sobre as condições em que o TJCE pode actuar e do conhecimento que as suas decisões têm no direito fiscal interno dos diversos Estados-membros, passamos em revista algumas dessas decisões e que de

alguma forma se podem relacionar com o objecto do nosso estudo, ou seja, com a problemática dos preços de transferência e as operações vinculadas inter-empresas multi-localizadas no espaço comunitário, isto é, analisaremos casos que têm implicações com as trocas comerciais vinculadas daquelas empresas inter-relacionadas e localizadas em mais que um Estado-membro dado que é aqui que aquele órgão jurisdicional comunitário será chamado a intervir para se pronunciar sobre concretas legislações fiscais nacionais no âmbito de decisões concretas tomadas pelas administrações fiscais desses Estados-membros⁶⁸⁶.

Como já evidenciamos, os Estados quando procedem à regulamentação na sua legislação interna dos preços de transferência nas operações vinculadas, e na temática que estudamos originadas por empresas integradas em grupos multinacionais, pretendem evitar a erosão na arrecadação das suas potenciais receitas fiscais, situações que seriam susceptíveis de se produzirem se aquelas operações vinculadas não estivessem de acordo com o *modus operandi* de determinação dos preços de transferência de acordo com o princípio da plena concorrência desenvolvido pelos princípios e directrizes da OCDE e aceite como direito fiscal internacional e “comunitarizado” pela UE.

O que pretendem os Estados com a criação de normas disciplinadoras desta temática é uma integração nos seus ordenamentos jurídicos daquele princípio fiscal internacional numa tentativa de encontrarem mecanismos que levem as empresas multinacionais a utilizarem os preços de transferência para criarem situações de fraude e evasão fiscais, evitando por esta via fazer o mesmo contributo em imposto que seria feito por empresas independentes que levassem a cabo o mesmo tipo de operações.

Se passarmos em revista a legislação fiscal dos Estados-membros sobre a temática dos Preços de Transferência, concluiremos que utilizam como linhas mestras de conformação desse direito interno com os “Princípios aplicáveis em matéria de

⁶⁸⁶ A temática dos Preços de Transferência coloca-se essencialmente nas relações ligadas entre “empresas” do mesmo grupo e localizadas em mais de um Estado, porquanto, neste âmbito, as consequências fiscais relativas a ajustes nos Preços de Transferência e repercutíveis em outras “empresas” do grupo, localizadas em Estado diferente, só serão fiscalmente neutralizadas se houver cooperação entre os Estados envolvidos, ou seja, o grupo em si pode ser fiscalmente prejudicado pela falta de cooperação entre Estados, facto que não acontecerá se o grupo se localizar num só Estado, porquanto, nestas circunstâncias haverá mecanismos administrativo-judiciais susceptíveis de neutralizar eventuais correcções praticadas numa dada “empresa” e repercutidas noutra “empresa” do mesmo grupo.

preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais” criados pela OCDE⁶⁸⁷, sendo estes princípios e directrizes que servem de matriz à celebração pelos Estados-membros, e não só, entre si ou com países terceiros, de Convenções para evitar a Dupla Tributação, mas esta liberdade de conformação pelos Estados da sua legislação fiscal com aqueles princípios e directrizes do MCOCDE não assegura que haja igual conformação com o Direito Comunitário, essencialmente com os TUE e TFUE (vide anterior TCE), uma vez que estamos perante duas organizações internacionais que têm objectivos distintos, isto apesar dos TUE e TFUE (vide anterior TCE) não imponham qualquer entrave aos Estados-membros em relação ao MCOCDE, contudo nunca se pode colocar em causa a efectivação do direito comunitário⁶⁸⁸ e a obrigação de conformação àquele direito do direito interno dos Estados-membros.

Assim, a apreciação de casos concretos ligados à temática dos Preços de Transferência que o TJCE efectua tem sempre em vista a conformação do direito fiscal interno dos Estados-membros com a temática do Princípio da não Discriminação no exercício das amplas liberdades comunitárias, entre outras, com a liberdade de estabelecimento e de capitais.

Se passarmos em revista as querelas jurisdicionais que são submetidas à apreciação e decisão do TJCE, constatamos que os Estados-membros frequentemente argumentam nas suas alegações que a criação de normas anti-abuso nos seus direitos fiscais internos tem em vista estruturar os seus sistemas fiscais de acordo com o princípio da coerência fiscal⁶⁸⁹, tentando por esta via evitar a fraude e evasões fiscais e consequente redução das suas receitas tributárias, introduzindo

⁶⁸⁷ Veja-se “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL* n.º 189, 2002, Centro de Estudos e Apoio às Políticas Tributárias, Ministério das Finanças, Lisboa.

⁶⁸⁸ Neste sentido veja-se as Conclusões do Advogado-geral MISHO, apresentadas no processo C-324/00, *Lankhorst*, sob os n.ºs 79 a 82.

⁶⁸⁹ Este argumento tem sido abundantemente utilizado, quer pelas partes envolvidas nos processos, quer pelos Estados-Membros, quando procedem às suas alegações, mas, tem sido amplamente rebatido pelo TJCE, nomeadamente, entre outros acórdãos, o fez aquele Tribunal no Processo C-168/01, caso *Bosal Holding BV*, quando sob os n.ºs 29 e 30 esclarece que “...quanto ao argumento relativo à necessidade de preservar a coerência do regime fiscal, o Tribunal de Justiça recordou, no acórdão de 6 de Junho de 2000, *Verkooijen* (C-35/98, n.º 57), que, nos processos que deram origem aos acórdãos, já referidos, *Bachmann* e *Comissão/Bélgica*, existia um nexo directo, por estar em causa o mesmo contribuinte, entre a atribuição do benefício fiscal e a compensação deste benefício mediante tributação, as quais tinham sido efectuadas no quadro do mesmo imposto [mas], quando não existe esse nexo directo, por se tratar, por exemplo, de tributações diferentes ou do tratamento fiscal de contribuintes diferentes, o argumento da coerência do sistema fiscal não pode ser invocado (ver neste sentido, o acórdão de 13 de Abril de 2000, *Baars*, C-251/98, n.º 40).

sistemas de controlo fiscal, designadamente, impondo a obrigação de manter contabilidades separadas entre as empresas plurilocalizadas em mais que um Estado-membro, mas sistematicamente aquele órgão jurisdicional da UE interpreta estas normas internas à luz do exercício das liberdades e do princípio da proporcionalidade plasmados nos TUE e TFUE (vide anterior TCE) e da estrita necessidade da criação dessas medidas fiscais pelos Estados-membros, e reiteradamente aquele órgão jurisdicional da UE tem decidido que apesar da “...fiscalidade directa relev[ar] da competência dos Estados-membros, estes últimos devem exercer essa competência no respeito do direito comunitário e abster-se, em particular, de qualquer discriminação em razão da nacionalidade...”, conforme, entre outros, o fez no n.º 26 do acórdão *Lankhorst*.

Nos acórdãos oriundos do TJCE tem sido assumido que o Princípio da não discriminação é violado pelos Estados-membros quando criam desigualdades aos residentes de outros Estados-membros que ali querem exercer as suas liberdades comunitárias, comparativamente com os seus residentes – discriminação directa, mas também tem assumido aquele TJCE que é proibida a discriminação inversa – “*reverse discrimination*” – isto é, tem igualmente assumido aquele Tribunal que se está igualmente perante uma discriminação proibida pelos TUE e TFUE (vide anterior TCE) quando os Estados-membros levantam obstáculos aos seus residentes quando estes querem exercer as suas liberdades noutro Estado comunitário.

O TJCE tem decidido que “...a liberdade de estabelecimento, (...) visa, (...), nos termos do seu teor, assegurar o benefício do tratamento nacional no Estado-membro de acolhimento, [mas] impede igualmente que o Estado-membro de origem levante obstáculos ao estabelecimento noutro Estado-membro de um dos seus nacionais...”, conforme, entre outros, o n.º 28 e 29 do acórdão *Baars*.

Sobre o exercício pelos cidadãos comunitários do direito de estabelecimento das empresas tem o TJCE densificado a sua interpretação através dos seus acórdãos, assumindo que aquela liberdade compreende em si a capacidade de constituição e gestão de empresas, designadamente, a constituição de sociedades ou a detenção de uma participação no capital social que lhe confira ao seu possuidor uma influência decisiva nas suas actividades, conforme, entre outros, os n.ºs 21 e 22 do acórdão *Baars*, e n.º 20 do acórdão *Lankhorst*, assim como o direito das empresas de

exercerem a sua actividade noutro Estado-membro por intermédio de uma filial, sucursal ou agência, n.º s 41 e 42 do acórdão *Metallgesellschaft – Hoechst*.

Como vimos na parte que especificamente dedicamos à problemática da conformação dos Preços de Transferência com os princípios e directrizes da OCDE, as questões que imbricam com a soberania fiscal dos Estados envolvidos nas operações vinculadas praticadas entre empresas plurilocalizadas e que são objecto de correcções por parte desses Estados em face de ajustamentos primários colocam-se ao grupo empresarial multinacional ao nível da eventual eliminação da dupla tributação internacional, à consideração de eventuais ajustamentos em prejuízos fiscais, à obrigação da manutenção de contabilidades separadas em face das soberanias fiscais a que estão ligadas e tudo isto relacionado com as consequências que os restantes Estados possam, ou devam, retirar das implicações dos ajustes primários⁶⁹⁰, o que evidenciaremos através de algumas decisões tomadas pelo TJCE.

A capacidade que os Estados-membros têm para celebrar com outros Estados convenções em vista à eliminação da dupla tributação internacional, tem sido submetida à apreciação daquele órgão jurisdicional da UE que sistematicamente tem assumido que no exercício da sua soberania fiscal têm competência e liberdade para encetarem e concluírem negociações com vista à celebração de CDT que lhes permita, entre outros aspectos, eliminarem a dupla tributação internacional ou fixarem os factores de conexão, quer objectivos, quer subjectivos, com vista à determinação da exercitação do exercício de tributação pelos Estados envolvidos. Contudo aquele órgão jurisdicional entende que a liberdade que os Estados-membros têm para a celebração dessas CDT termina no exacto momento em que haja colisão com o Direito Comunitário, ou seja, assume o TJCE que nas negociações daquelas CDT não podem os Estados-membros deixar de respeitar as regras comunitárias às quais se vincularam por adesão à UE, nomeadamente, não podem aquelas CDT molestar

⁶⁹⁰ No acórdão proferido em 15 de Maio de 1997, no Processo C-250/95, caso *Futura Participações SA e Singer*, o TJCE entendeu que era contrária a liberdade de estabelecimento a manutenção de contabilidade separada e mantida propositadamente num Estado-membro, em relação a uma empresa que integrava um grupo plurilocalizado, quando, em igualdade de circunstâncias, o mesmo não era exigível para igual grupo de empresas que se localizassem apenas e só nesse Estado, porquanto, a administração fiscal, apesar de poder exigir do contribuinte, de forma precisa e clara, as perdas fiscais existentes e relacionadas com a sua actividade, sempre teria possibilidade de recorrer a outras formas objectivas além da exigência da contabilidade separada, ou seja, o TJCE entende que os Estados-membros têm obrigação de entre si encontrar mecanismos de acordo de colaboração e deixar que a economia flua de uma forma ampla, não criando entraves fiscais excessivos, apenas e só, com objectivos de maximizar a arrecadação das suas receitas fiscais.

juridicamente as liberdades estabelecidas nos TUE e TFUE (vide anterior TCE)⁶⁹¹, ou como diz o TJCE nos n.ºs 58 e 59 do acórdão *Saint-Gobain* quando se refere à celebração de CDTs pelos Estados-membros: “...quanto ao exercício do poder de tributação assim repartido [através da celebração de uma CDT] os Estados-membros não podem, no entanto, deixar de respeitar as regras comunitárias (...) e tratando-se de uma convenção sobre dupla tributação (...) o princípio do tratamento nacional exige ao Estado-membro parte na referida convenção que conceda aos estabelecimentos estáveis das sociedades não residentes os benefícios previstos pela convenção, nas mesmas condições das que são aplicáveis às sociedades residentes...”^{692 693}.

Em análises de casos que foram submetidos à apreciação do TJCE acerca da eliminação da dupla tributação internacional regulada por CDT, seremos levados a concluir que este órgão jurisdicional da UE estabeleceu um verdadeiro direito à eliminação da dupla tributação quando proferiu o seu acórdão no caso *Groot*, conforme se pode ver dos n.ºs 93, 94 e 101 e, em nossa opinião assumiu a mesma posição no caso *Lenz*, de acordo com o n.º 49 e conteúdo da decisão final, ou ainda como é evidenciado no acórdão proferido no processo *Manninen*, face ao n.º 54 e conteúdo da decisão final^{694 695}.

⁶⁹¹ Sobre o exercício das liberdades existentes no TCE (actual TUE e TFUE) e as CDT, é apelativa esta passagem das Conclusões do Advogado-geral, SAGGIO, no processo C-200/98, caso *X AB e Y AB*, quando, sob o n.º 24, escreve que “... é irrelevante que as reduções se apliquem quando existem convenções destinadas a evitar a dupla tributação, uma vez que o alcance do artigo 52 (actual 43.º) do Tratado não pode depender da existência de tais convenções; o Tribunal de Justiça especificou mesmo, precisamente com referência a convenções destinadas a evitar a dupla tributação, que «os direitos que resultam do artigo 52 (actual 43) do Tratado para os seus beneficiários são incondicionais e um Estado-Membro não pode fazer depender o seu respeito do conteúdo de uma convenção celebrada com outro Estado-Membro. Em especial, este artigo não permite sujeitar esses direitos a uma condição de reciprocidade, com o fim de obter vantagens correspondentes em outros Estados-Membros», apelando o advogado-geral SAGGIO à jurisprudência vertida pelo TJCE no n.º 26 do processo 270/83, caso *Comissão/França*.”

⁶⁹² Em relação à última parte desta assertação feita pelo TJCE, podemos concluir que este órgão da União Europeia criou aqui um autêntico princípio fiscal de tratamento segundo a nação mais favorável.

⁶⁹³ Sobre a obrigação de conformação das CDTs com o direito comunitário, veja-se PATRÍCIA NOIRET CUNHA e SÉRGIO VASQUES, *Jurisprudência Fiscal Comunitária Anotada*, Volume I, Almedina, Coimbra 2002, pags. 141, em comentários ao acórdão *Saint-Gobain*.

⁶⁹⁴ Sobre a obrigação da eliminação da dupla tributação internacional, por factos fiscais ocorridos entre Estados-membros diferentes, concordamos com CALDERÓN CARRERO, J.M., *Precios de Transferencia e Impuesto sobre Sociedades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, a pags. 50, quando afirma que “... no puede perderse de vista que el TJCE se ha pronunciado en alguna sentencia en el sentido de que los contribuyentes que realicen operaciones intracomunitarias poseen un derecho a la eliminación de la doble imposición internacional; ciertamente, tras la STCCE «De Broot» (C-385/00) cabe afirmar que el TJCE ha creado un auténtico derecho a la eliminación de la doble imposición en sede comunitaria y a que el método elegido por los Estados miembros, sea el de exención o imputación, esté configurado de forma tal que no produzca resultados discriminatorios o restrictivos...”.

⁶⁹⁵ Sobre a problemática da aplicação da cláusula da nação mais favorecida, decorrente da conjugação das liberdades de movimentação constantes do TCE (actual TUE e TFUE) e a repartição do poder tributário face à celebração de CDTs pelo Estados-membros, veja-se PATRÍCIA NOIRET CUNHA e

O TJCE sempre vai dizendo que os Estados-membros são livres de conformarem o seu direito fiscal, contudo compara sempre essa capacidade com as obrigações que os Estados-membros se auto-impuseram de aceitar a primazia do Direito Comunitário, quer o originário, quer o derivado, e por tal, quando é chamado a pronunciar-se sobre as deduções de perdas fiscais entre empresas do mesmo grupo e localizadas em mais que um Estado-membro, e o direito que estes Estados têm em exercer os necessários controlos sobre o exercício por parte das empresas dessas deduções de perdas fiscais, não coloca qualquer entrave ao reconhecimento do direito que esses Estados-membros têm em exigir a demonstração clara e efectiva das perdas sofridas, sem prejuízo dos entraves aos mecanismos criados pelo Estado-membro envolvido ao afirmar que a imposição da obrigação de manutenção da contabilidade separada em relação à actividade desenvolvida apenas e só naquele Estado-membro era imposição exagerada, uma vez que o Direito Comunitário derivado possuía mecanismos de que o Estado-membro se poderia socorrer para pedir a colaboração das autoridades fiscais do outro Estado-membro para que lhe fornecessem todas as informações necessárias ao conhecimento da realidade tributária da empresa em questão e integrada em grupo plurilocalizada ⁶⁹⁶, isto é, sempre poderia a administração fiscal daquele Estado-membro ter-se socorrido da Directiva 77/799/CEE⁶⁹⁷, conforme podemos ver nos n.ºs 31, 41 e parte final do acórdão proferido no processo *Futura Participações*.

Momento esperado por todos em relação à transmissibilidade de perdas fiscais dentro de grupos plurilocalizados era a apreciação pelo TJCE do caso que opôs *Marks & Spencer plc* contra *David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, sobre o qual foi proferido o acórdão em 13 de Dezembro de 2005 e se utilizou uma vez mais o princípio da não discriminação e os direitos criados pela Tratado da UE sobre as suas amplas liberdades, no caso presente, a liberdade de estabelecimento dos artigos 49.º

SÉRGIO VASQUES, *Jurisprudência Fiscal Comunitária Anotada*, Volume I, Almedina, Coimbra 2002, a pags 195 a 198, e autores ali referenciados.

⁶⁹⁶ No âmbito da directiva 77/799/CEE, os Estados-membros têm um autêntico instrumento de cooperação reforçada, através do qual as suas autoridades fiscais podem pedir às dos outros Estados-membros as informações necessárias ao conhecimento da exacta situação dos seus contribuintes, obtendo, por esta via, possibilidades comparáveis às existentes nos seus próprios serviços internos e, inclusive, proceder a controlos simultâneos dos contribuintes localizados nos Estados-membros. Aliás, o preâmbulo da Directiva é claro na definição dos seus objectivos, ao estabelecer que a problemática internacional das “... novas formas de fraude e de evasão fiscais...” impõem que os Estados-membros procedam à troca de “... quaisquer informações (...) que se afigurem úteis para o correcto estabelecimento dos impostos sobre o rendimento (...) especialmente nos casos em que se verifique a transferência fictícia de lucros entre empresas situadas em Estados-membros diferentes ...”.

⁶⁹⁷ Esta Directiva foi recentemente alterada pela Directiva 2004/106/CE do Conselho, de 16 de Novembro de 2004, JO L 359, p. 30 e 31.

e 54.º do TFUE (vide anteriores artigos 43.º e 48.º do TCE) como fundamento para dirimir uma questão de índole fiscal⁶⁹⁸.

Na sua decisão⁶⁹⁹ o TJCE veio admitir a transmissibilidade dos prejuízos fiscais além fronteiras dos Estados-membros, contudo para que tal fosse admissível “impôs regras” muito restritas, senão vejamos como procedeu a essa análise.

⁶⁹⁸ Aquele Tribunal teve que analisar a seguinte questão: A sociedade *Marks & Spencer*, com sede no Reino Unido, tinha filiais noutros Estados-membros da UE através dos quais exercia a sua actividade. Estas filiais entraram em crise e, em face de sucessivos prejuízos acumulados, aquela sociedade encerra as suas filiais da Bélgica e da Alemanha, cedendo a terceiros a sua filial de França.

A *Marks & Spencer* pretendia que a Administração Fiscal do Reino Unido lhe permitisse considerar no ano fiscal de 2001, na tributação a que ali era sujeito pelo regime de *group relief*, as perdas sofridas pelas filiais a que acima fizemos referência em relação aos exercícios fiscais de 1998 a 2001. A sua pretensão não foi aceite pelo Reino Unido com o argumento de que a sua legislação fiscal apenas admitia a dedução das perdas incorridas em filiais ali residentes e não àquelas que fossem residentes no estrangeiro.

⁶⁹⁹ O acórdão do TJCE, proferido em 13 de Dezembro de 2005, veja-se o Processo C-446/2003, *Marks & Spencer* termina com a seguinte decisão: “Os artigos 43.º CE e 48.º CE não se opõem, no estado actual do direito comunitário, a uma legislação de um Estado-Membro que impede de um modo geral uma sociedade-mãe residente de deduzir do seu lucro tributável os prejuízos sofridos noutro Estado-Membro por filiais aí estabelecidas, quando essa dedução é admissível relativamente aos prejuízos sofridos por filiais residentes.

No entanto, é contrário aos artigos 43.º CE e 48.º CE excluir uma sociedade-mãe residente dessa possibilidade nos casos em que, por um lado, a filial não residente esgotou as possibilidades de dedução dos prejuízos existentes no seu Estado de residência para o exercício fiscal relativo ao pedido de dedução bem como para os exercícios fiscais anteriores e, por outro, não haja possibilidade de dedução desses prejuízos no seu Estado de residência a título dos exercícios futuros, nem por si própria nem por um terceiro, nomeadamente no caso de a filial ser cedida a esse terceiro.”

Aqueles artigos 43.º e 48.º do TCE (actuais artigos 49.º e 54.º do TFUE) tinham as seguintes redacções: Artigo 43.º – “No âmbito das disposições seguintes, são proibidas as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro. Esta proibição abrange igualmente as restrições à constituição de agências, sucursais ou filiais pelos nacionais de um Estado-Membro estabelecidos no território de outro Estado-Membro (sublinhado nosso).

A liberdade de estabelecimento compreende tanto o acesso às actividades não assalariadas e o seu exercício, como a constituição e a gestão de empresas e designadamente de sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 48.o, nas condições definidas na legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais, sob reserva do disposto no capítulo relativo aos capitais”.

Artigo 48.º – “As sociedades constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e que tenham a sua sede social, administração central ou estabelecimento principal na Comunidade são, para efeitos do disposto no presente capítulo, equiparadas às pessoas singulares, nacionais dos Estados-Membros.

Por «sociedades» entendem-se as sociedades de direito civil ou comercial, incluindo as sociedades cooperativas, e as outras pessoas colectivas de direito público ou privado, com excepção das que não prossigam fins lucrativos”.

É aqui patente que mais uma vez serviu de matriz para uma tomada de decisão do TJCE em matéria tributária, o reconhecimento expresso do princípio da não discriminação e o direito à inviolabilidade das amplas liberdades em que assenta o TCE e uma vez mais aquele órgão jurisdicional da UE reafirma os princípios orientadores que ao longo dos tempos tem proclamado, isto é que “...embora a fiscalidade directa seja da competência dos Estados-Membros, estes últimos devem exercer essa competência no respeito do direito comunitário (v., nomeadamente, acórdão de 8 de Março de 2001, *Metallgesellschaft e o.*, C-397/98 e C-410/98, *Colect.*, p. I-1727, n.º 37, e jurisprudência aí referida2) ...” – Princípio do primado do direito comunitário sobre o direito interno dos Estados-membros; que “...a liberdade de estabelecimento, [...], inclui, [...], para as sociedades constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e que tenham a sua sede social, administração central ou estabelecimento principal na Comunidade Europeia, o direito de exercer a sua actividade no Estado-Membro em causa através de uma filial, de uma sucursal ou de uma agência (v., nomeadamente, acórdão de 21 de Setembro de 1999, *Saint-Gobain ZN*, C-307/97, *Colect.*, p. I-6161, n.º 35) ...” – Princípio da liberdade de estabelecimento e a forma da sua concretização; e que “...as disposições relativas à liberdade de estabelecimento visem

O TJCE reconhece que o direito à dedução de prejuízos entre sociedades que se integrem no mesmo grupo constitui um “...benefício fiscal para as sociedades em causa, [porquanto] ao acelerar o apuramento dos prejuízos das sociedades deficitárias através da sua imputação imediata nos lucros de outras sociedades do grupo, confere-lhe uma vantagem de tesouraria...” (sublinhados nosso), e assim constatada esta realidade e da existência de um tratamento diferente entre as filiais residentes e não residentes, aquele Tribunal passa em seguida a analisar se essa discriminação, entre as filiais residentes e não residentes, é justificável, ou seja, se essa restrição é compatível com o Tratado, se se justifica por razões de interesse geral, se há adequabilidade entre as medidas restritivas e o fim prosseguido, e por último, se é proporcional ao fim em vista.

Após responder às questões por si levantadas termina por concluir que há desproporção nas medidas antielisivas criadas pelo Reino Unido, passando a dar a sua solução ao eventual mercado de transferência de perdas para os Estados-Membros em que as taxas fossem mais altas, solução aliás sugerida, em parte, pela *Marks & Spencer* e pela Comissão.

O TJCE termina este caso admitindo a transferência de perdas das filiais para as sociedades-mães com sede noutros Estados, mas balizando tal possibilidade sob a verificação cumulativa de três pressupostos:

- i. Que “...a filial não residente tive[sse] esgotado as possibilidades de dedução dos prejuízos existentes no seu Estado de residência para o exercício fiscal relativo ao pedido de dedução bem como para os exercícios fiscais anteriores, eventualmente através da transferência desses prejuízos para um terceiro ou da imputação dos referidos prejuízos nos lucros obtidos pela filial no decurso de exercícios anteriores...”;
- ii. Que “...não haja possibilidade de dedução dos prejuízos da filial estrangeira no seu Estado de residência a título dos exercícios futuros, nem por si própria nem por um terceiro, nomeadamente no caso de a filial ser cedida a esse terceiro...”;
- iii. Que “...a sociedade-mãe residente prov[e] às autoridades fiscais que esses pressupostos se encontram reunidos...”.

nomeadamente assegurar o benefício do tratamento nacional no Estado-Membro de acolhimento, impedem igualmente que o Estado de origem levante obstáculos ao estabelecimento noutro Estado-Membro dos seus nacionais ou de uma sociedade constituída em conformidade com a sua legislação (v., nomeadamente, acórdão ICI, já referido, n.º 21)” – Princípio da não discriminação;

A falta de harmonização fiscal sobre tributação directa a nível União Europeia, leva a que mais uma vez seja chamado o TJCE, de forma indirecta, a proceder a essa tentativa de harmonização, embora no caso em apreço as expectativas criadas sobre a prolação daquela decisão tivessem ficado um tanto ou quanto goradas⁷⁰⁰.

Quase de imediato à tomada de decisão pelo TJCE, em 13 de Dezembro de 2005, sobre este caso *Marks & Spencer*, a Comissão publicou o seu estudo sobre “O tratamento fiscal dos prejuízos num contexto transfronteiras”⁷⁰¹ em que aproveitando alguma abertura deste acórdão sobre a temática da transmissibilidade dos prejuízos fiscais entre empresas do mesmo grupo e plurilocalizadas no Espaço Comunitário, veio tentar incentivar os Estados-membros a criarem legislação interna que permitisse a dedutibilidade dos prejuízos fiscais obtidos além fronteiras, quer se tratasse de sociedades plurilocalizadas, quer se tratasse de grupos societários inseridos no Espaço Comunitário⁷⁰², lembrando que as sociedades e os grupos societários na ausência de tal regime fiscal sentem mais atracção por fazer os seus investimentos nos Estados-membros de maiores dimensões em detrimento dos outros, prejudicando por esta via a sua internacionalização, sendo inclusive as PME as mais prejudicadas em face da sua menor capacidade económico-financeira, e por tal facto, apela para que os Estados-membros alterem a sua legislação nesse sentido, apesar de reconhecer que o impedimento fiscal à internacionalização apenas será abolido

⁷⁰⁰ Para análises de estudos sobre este acórdão proferido no Processo C-446/2003, *Marks & Spencer*, vejam-se entre outros RAVENTOS CALVOS, STELLA, “La sentencia Marks & Spencer: una ocasión perdida”, *Quincena Fiscal – Revista de Actualidad Fiscal* Número 6, Marzo de 2006; ZAPF, HERVÉ e DU PASQUIER, JAMES (2006), “L’Arrêt Marks & Spencer: Une victoire à la Pyrrhus?”, *Petites Affiches*, N.º 78 – 19 de Abril de 2006, pags. 5 a 9; e HERRERA MOLINA, PEDRO MANUEL, “STJCE 13.12.2005 (Gran Sala), Marks & Spencer – As. C-446/03: El principio del fin?: un giro radical sobre la incidencia de las libertades comunitarias en la fiscalidad internacional”, na página da Internet www.ief.es.

⁷⁰¹ Vide “Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu – O tratamento fiscal dos prejuízos num contexto transfronteiras”, COM (2006) 824 final, Bruxelas 19.12.2006.

⁷⁰² Na análise que a Comissão faz às consequências da não dedutibilidade dos prejuízos fiscais obtidos além fronteiras, assume no item 1.3 sob a epígrafe “O mercado interno e as suas consequências nas decisões das empresas”, que “...a inexistência de dedução dos prejuízos transfronteiras ou o facto de esta só ser possível em casos limitados: (i) favorece os investimentos nacionais e desincentiva os investimentos noutros Estados-Membros; (ii) favorece os investimentos transfronteiras nos Estados-Membros maiores; (iii) favorece as grandes sociedades em relação às PME quando se trata de investimentos transfronteiras, e (iv) influencia a escolha entre um estabelecimento estável e uma filial no momento de se decidir a forma de estabelecimento...”. Este estado de coisas provoca “...distorções [que] dão lugar a preços mais altos, tanto para as empresas como para os consumidores, com uma consequente diminuição do bem-estar...”, acrescentando em seguida que esta “...possibilidade limitada de deduzir os prejuízos provoca uma diminuição da concorrência nos mercados de um Estado-Membro, as sociedades dominantes acabarão por ser prejudicadas a longo prazo, dado que estarão menos motivadas para inovar e se tornarem mais eficientes...”. Veja-se COM (2006) 824 final, Bruxelas, 19.12.2006, págs. 3 e 4.

quando estiver em vigor a MCCC IS⁷⁰³ e que adiante analisaremos. Este estudo foi objecto de apreciação pelo Parlamento Europeu, em 15 de Janeiro de 2008, que exortou os Estados-membros à adopção daquelas medidas e incentivou a Comissão a prosseguir o curso ali traçado designadamente, a prossecução do seu caminho no sentido de criar aquela MCCC IS⁷⁰⁴.

A aplicação das regras fiscais instituídas com o intuito de combater o regime da subcapitalização – *thin capitalization* – nas relações existentes entre empresas do mesmo grupo e plurilocalizadas em mais que um Estado-membro, e em que uma administração fiscal queria tributar pelo sistema de presunção de rendimentos a ocorrência de dividendos ocultos, já foi objecto de discussão e apreciação no TJCE. Assim, o TJCE foi chamado a pronunciar-se sobre uma norma Alemã no caso

⁷⁰³ A Comissão assume que tal solução será sempre provisória até que seja adoptada a nível comunitário a MCCC IS, ao afirmar que “...qualquer medida especificamente destinada a instaurar uma dedução dos prejuízos transfronteiras representa uma solução provisória até que seja adoptada uma matéria colectável comum do imposto sobre o rendimento das sociedades...” apesar de reconhecer que “...uma medida deste tipo seria mais simples de desenvolver e aplicar, mas teria um alcance necessariamente mais limitado do que a referida matéria colectável comum consolidada que se aplicaria em toda a UE. Não requereria harmonização dos sistemas fiscais nem da base tributável...”. Veja-se COM (2006) 824 final, Bruxelas, 19.12.2006, págs. 8, item 3.3.1., a págs. 9, sob a epígrafe “Diferenciação em relação a uma matéria colectável comum consolidada do imposto sobre as sociedades (ACCIS)”. Perante tal quadro este órgão da UE propõe que a adopção de tais medidas fossem balizadas de modo a não se permitirem abusos do direito ou práticas evasivas, e assim sugere no item 3.3.3, sob a epígrafe *Quadro conceptual: princípios directores de uma medida específica*, que a adopção de tais medidas legislativas deveriam conseguir a (i) possibilitar a dedução “una tantum”, eficaz e imediata, dos prejuízos, (ii) permitir, no mínimo, que os prejuízos sejam tidos em conta a nível da sociedade-mãe (dedução “vertical ascendente”), (iii) não dar origem, de um modo geral, à transferência definitiva de rendimentos de um Estado-Membro para outro, a menos que os prejuízos sejam definitivos e não exista possibilidade de dedução no Estado onde se registaram, (iv) esgotar primeiramente a nível nacional todas as possibilidades de dedução dos prejuízos, e (v) não deixar margem para abusos. Em face deste seu estudo a Comissão termina incentivando os Estados-membros a (i) reexaminar os sistemas fiscais nacionais em vigor para permitir a dedução dos prejuízos dentro de uma sociedade num contexto transfronteiras, (ii) aplicar rapidamente uma ou várias soluções propostas na presente comunicação para tratar os prejuízos sofridos por grupos de sociedades, e (iii) considerar de que modo podem ser aplicadas as sugestões contidas na presente comunicação tanto num âmbito nacional como num contexto transfronteiras, aperfeiçoando os sistemas de dedução de prejuízos existentes e introduzindo novos sistemas.”, veja-se págs. 12.

⁷⁰⁴ Veja-se a “Resolução do Parlamento Europeu, de 15 de Janeiro de 2008, sobre o tratamento fiscal dos prejuízos num contexto transfronteiras (2007/2144 (INI))”, publicado no Jornal Oficial da União Europeia C 41 de 19.2.2009, págs. E/10 a E/14, em que “...acolhe favoravelmente as três alternativas propostas na comunicação da Comissão sobre o tratamento fiscal dos prejuízos num contexto transfronteiriço...” e, entre outros aspectos, recomenda que “...estas propostas possam ser aplicadas de modo a evitar a evasão fiscal, seja estudada a oportunidade de estabelecer um sistema automático de intercâmbio de informação, análogo ao VIES existente para o IVA...” e que “...apoia os esforços da Comissão para estabelecer uma MCCCIS pan-europeia e uniforme...”, realçando que “...a MCCCIS conduzirá a uma maior transparência e eficiência, permitindo que as empresas operem com as mesmas regras, tanto no plano nacional como no estrangeiro, criando condições equitativas e reforçando a competitividade das empresas da UE, aumentando o comércio e o investimento transfronteiras e criando, desse modo, condições para aproveitar plenamente os benefícios do mercado interno em termos de investimento e de crescimento, bem como reduzindo significativamente os custos administrativos e de conformação normativa e a possibilidade de evasão e fraude fiscal...”. Vejam-se itens 19, 20 e 25.

Lankhorst,⁷⁰⁵ e decidiu que a mesma possuía um carácter discriminatório e juridicamente ofensivo do Direito Comunitário, designadamente ofendia o direito à liberdade de estabelecimento⁷⁰⁶, conforme n.º 27, 29, 32 e decisão final do acórdão. Isto é, apesar daquele Tribunal ter reconhecido que as orientações em matéria de subcapitalização até estavam previstas a nível internacional pela OCDE, contudo a legislação em causa que permitia a tributação por presunção, de rendimentos tributáveis gerados por hipotéticos dividendos ocultos, entendeu que tal legislação sempre colidia com o Direito Comunitário que permite o exercício da liberdade do direito de estabelecimento^{707 708} e, como este sempre se sobrepõe ao direito interno dos Estados-membros, tal facto obriga à sua prevalência.

O TJCE foi mais uma vez chamado a pronunciar-se sobre o regime da subcapitalização – *thin capitalization* – nas relações existentes entre empresas do mesmo grupo e plurilocalizadas em mais de um Estado-membro no caso *Thin Cap*⁷⁰⁹
^{710 711}. A questão em análise mais não é do que uma norma anti abuso existente no

⁷⁰⁵ Ao tempo, e relativa ao imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas, a lei alemã em vigor relativamente ao financiamento efectuado pelos sócios, considerava que a remuneração dos empréstimos que uma sociedade, sujeita a tributação, tivesse recebido de um sócio, sem direito a crédito de imposto, que no decurso do exercício em causa detivesse uma participação substancial, constituía uma distribuição oculta de dividendos quando este financiamento em capital alheio ultrapassasse mais de três vezes o capital próprio correspondente à participação do referido sócio, a não ser que a sociedade tivesse podido obter o mesmo empréstimo de uma terceira entidade em semelhantes condições.

⁷⁰⁶ A incompatibilidade entre uma norma geral de previsão de subcapitalização com o direito comunitário só se colocará na medida em que a norma em questão seja discriminatória ou restritiva, seja injustificada ou não seja proporcional ao fim que pretende atingir logo, a criação de normas anti-abuso baseadas num risco geral de evasão fiscal, leva a que sejam submetidas a este crivo pelo TJCE.

⁷⁰⁷ Sobre a compatibilidade do princípio internacional de plena concorrência com a liberdade de estabelecimento, em comentário ao acórdão *Lankhorst*, concordamos com CALDERÓN CARRERO, J.M., *Precios de Transferencia e Impuesto sobre Sociedades*, Tirant lo Blanch, Valência, 2005, quando na nota de rodapé 82, pags. 58 e 59 diz que “... el significado y funcionalidad del principio internacional de plena concurrencia como instrumento que permite a los Estados miembros someter a imposición los beneficios generados en sus territorios resulta compatible con el artículo 43 del TCE (libertad de establecimiento); lo que no resulta compatible con el Derecho Comunitario es una norma nacional que articula tal principio de forma discriminatoria o desproporcionada...”.

⁷⁰⁸ Consideramos que, se a legislação fiscal alemã fosse indistintamente aplicável às relações intra empresas do mesmo grupo, quer se localizassem integralmente naquele Estado-membro, quer fossem plurilocalizadas em vários Estados, então o TJCE já não consideraria que a mesma era contrária ao exercício das liberdades do TCE, logo, não discriminatória, e por via disto, partilhamos a opinião de João Pedro Santos em *Jurisprudência Comunitária – anotação ao acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades de 12 de Dezembro de 2002 – Processo Lankhorst-Hohorst* – Ciência e Técnica Fiscal – ano de 2002 – N.º 408 – Centro de Estudos Fiscais – Lisboa – pags.185.

⁷⁰⁹ Processo C-524/04, caso *Thin Cap Group Litigation*, Acórdão de 13 de Março de 2007.

⁷¹⁰ A questão aqui em análise traduzia-se no conhecimento da compatibilidade do direito fiscal do Reino Unido, no tocante às normas anti-abuso e cujo objectivo estava ligado à capacidade de actuação da Administração Tributária Inglesa em relação à subcapitalização, com o direito comunitário, mais propriamente com a liberdade de estabelecimento. Efectivamente a norma Inglesa sobre subcapitalização permita que, em determinadas circunstâncias, os juros pagos por uma sociedade a outra que estivesse integrada no mesmo grupo, para pagamento da remuneração devida por um empréstimo obtido junta desta, fossem qualificados como lucros distribuídos, facto imediatamente impeditivo pela sociedade mutuária da dedução dos juros pagos ao lucro tributável, facto este que tinha possibilidades de impor uma maior carga tributária à sociedade mutuária em virtude de, através da qualificação dos referidos juros

Reino Unido que trata de forma diversa os juros dos empréstimos obtidos por uma sociedade junto de outra sociedade do mesmo grupo, consoante ambas sejam ou não residentes naquele Estado-membro, ou seja, impõe tratamento fiscal mais oneroso no caso da sociedade que concede o empréstimo ser residente noutro Estado-membro⁷¹².

O TJCE entende que aquelas disposições nacionais britânicas ao imporem tratamentos disformes consoante estejam em causa sociedades integradas em grupos ali residentes ou não, cria uma diferença objectiva de tratamento contrária ao artigo 49.º do TFUE (vide anterior artigo 43.º do TCE).

Contudo, agora este órgão jurisdicional introduz aqui a susceptibilidade de serem admitidas cláusulas anti abuso desde que haja a possibilidade de se demonstrar que se está perante esquemas puramente artificiais e com fins exclusivamente fiscais de obtenção de resultados fiscais indevidos, mas esta possibilidade do exercício do contraditório pelos contribuintes visados não lhes pode impor encargos administrativos excessivos. Isto é, para provar que efectivamente se está perante uma operação puramente comercial, e na eventualidade dessa demonstração não ser cabalmente feita, apenas os juros considerados excessivos, quantificáveis à luz das condições normais da livre concorrência, devem ser integráveis dentro da esfera da sujeição a tributação.

como lucros distribuídos, essa sociedade poder ser considerada devedora antecipado do imposto sobre as sociedades no momento dessa operação, factos estes que apenas seriam aplicáveis quando as sociedades mutuárias não fossem residentes no Reino Unido, contrariamente ao regime fiscal aplicável quando ambas as sociedades intervenientes fossem naquele Estado-membro, ou seja, havia uma disparidade de tratamento consoante o Estado de residência do mutuário.

⁷¹¹ Para um comentário crítico sobre este acórdão do TJCE veja-se, entre outros, CALDERÓN CARRERO, J.M., *STJCE 13.3.2.007, C-524/04, Asunto Test Claimants in the Thin Cap Group: las Condiciones de compatibilidad comunitaria de las cláusulas de subcapitalización (y de precios de transferencia)*, na página da Internet http://www.ief.es/Publicaciones/FiscInternac/Comentarios/2007_13Mar_Calderon.pdf.

⁷¹² O TJCE neste Processo C-524/04 proferiu o seguinte acórdão: “1) O artigo 43.º CE opõe-se à legislação de um Estado-membro que restringe a possibilidade de uma sociedade residente deduzir, para efeitos fiscais, os juros pagos para remunerar fundos emprestados por uma sociedade-mãe, directa ou indirecta, residente noutro Estado-membro, ou por uma sociedade residente noutro Estado-membro, controlada por essa sociedade-mãe, não sujeitando a essa restrição uma sociedade residente que tenha tomado de empréstimo fundos a uma sociedade também ela residente, salvo se, por um lado, essa legislação se basear numa análise de elementos objectivos e verificáveis que permitam identificar a existência de um expediente puramente artificial com meras finalidades fiscais, prevendo a possibilidade de o sujeito passivo apresentar, se for o caso e sem que seja sujeito a exigências administrativas excessivas, elementos relativos às motivações comerciais subjacentes à transacção em causa e, por outro lado, quando a existência desse expediente estiver demonstrada, a referida legislação só qualificar esses juros como lucros distribuídos na medida em que excedam o que teria sido convencionado em condições de plena concorrência.

A admissibilidade daquelas cláusulas anti abuso no regime da subcapitalização, e a sua aplicação entre relações de grupo plurilocalizadas no espaço comunitário, apenas podem ser presunções *iuris tantum* e nunca *iuris et de jure*, isto é, ao interessado tem sempre que lhe ser dada a possibilidade de demonstrar que os seus objectivos foram apenas e só comerciais, para além do que, mesmo na ausência de tal prova, aquela tributação por aplicação da cláusula anti abuso nunca deve superar o que seria devido por aplicabilidade das condições normais ínsitas no princípio *at arm's length* oriundo da OCDE⁷¹³.

No seguimento das decisões do TJCE e suportando-se nelas, a Comissão apresentou uma comunicação em que analisa “A aplicação de medidas antiabuso na área da tributação directa – na UE e em relação a países terceiros”⁷¹⁴, pretendendo com esta comunicação alcançar um equilíbrio entre o interesse público no combate ao abuso e a necessidade de se evitarem restrições desproporcionadas às actividades no espaço comunitário através da utilização das amplas liberdades, designadamente da liberdade de estabelecimento, assim como encetarem-se medidas coordenadas na aplicabilidade das medidas antiabuso relativamente a países terceiros, com intuito claro de protecção das bases tributáveis dos Estados-membros⁷¹⁵.

⁷¹³ Sobre o cumprimento do princípio da proporcionalidade imposto pelo TJCE às administrações fiscais dos Estados-membros, afirma CALDERÓN CARRERO, J.M., *STJCE 13.3.2.007, C-524/04, Asunto Test Claimants in the Thin Cap Group: las Condiciones de compatibilidad comunitaria de las cláusulas de subcapitalización (y de precios de transferencia)*, na página da Internet http://www.ief.es/Publicaciones/FiscInternac/Comentarios/2007_13Mar_Calderon.pdf, pags. 12, que “...el contribuyente puede oponerse a la aplicación de la norma antiabuso aportando, sin estar sujeto a restricciones administrativas excesivas, elementos relativos a los posibles motivos comerciales por los que se celebró dicha transacción, esto es, el TJCE parece posicionarse a favor de la tesis o concepción de la “razonabilidad objetiva” a la hora de considerar la adecuación de una operación a principio de plena competencia, lo cual es perfectamente coherente con las Directrices OCDE de Precios de Transferencia de 1995. A su vez, el TJCE admitió, siguiendo la sugerencia del AG, que allí donde no existan condiciones de mercado en las operaciones entre partes vinculadas deba concederse al contribuyente la oportunidad de probar que las transacciones responden a motivos económicos válidos a pesar de apartarse del principio de imposición a precios de mercado...”, acrescentando em seguida que “...la norma antiabuso debe aplicarse de tal forma que la Administración acredite que el examen de los elementos objetivos de la operación revelan que la misma corresponde a un montaje puramente artificial carente de motivos económicos reales; en este sentido, el TJCE parece posicionarse a favor de que la carga de la prueba sobre la concurrencia de los presupuestos de la cláusula antiabuso recaiga principalmente sobre las autoridades fiscales...”, e que “...la norma antiabuso solo debe afectar a la parte de la operación (y renta) que no se ajusta al principio de plena competencia (v.g., el exceso de intereses sobre los de mercado)...”.

⁷¹⁴ Veja-se a “Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu”, sob a epígrafe “A aplicação de medidas antiabuso na área da tributação directa – na UE e em relação a países terceiros”, COM (2007) 785 final, Bruxelas, 10.12.2007.

⁷¹⁵ Sobre a manifestação destas intenções e a sua base de apoio na jurisprudência do TJCE, veja-se aquele documento COM (2007) 785 final, Bruxelas, 10.12.2007, pags. 2, no seu N.º 1 sob a epígrafe “Introdução”.

A Comissão lembra aqui que se está perante uma situação de abuso quando, apesar do cumprimento formal de todas as condições legalmente impostas no direito comunitário, o único objectivo que se pretende alcançar mais não é do que a obtenção de vantagens fiscais por meios artificiais, abusos estes que podem conduzir assim à evasão e fraude fiscais, as quais são então susceptíveis de constituírem uma razão imperiosa de interesse público, por parte dos Estados-membros, de justificarem a criação, e manutenção, de restrições àquelas liberdades, designadamente a liberdade de estabelecimento, mas, como aqui estão em causa expedientes puramente artificiais que apenas têm como mote a fuga fiscal nos Estados-membros, então podem ser legitimadas medidas que estes tomem no sentido de combaterem essa fuga fiscal, desde que esteja plenamente integrado no primado do princípio da proporcionalidade e sirva apenas para travar esses esquemas puramente artificiais.

Evidentemente que a Comissão alerta, aliás na senda das decisões do TJCE, que as empresas têm o legítimo direito à minimização da sua carga fiscal, e tal atitude nunca, só por si, pode ser vista como uma evasão ou fraude fiscal, porquanto, para tal é necessário demonstrar que os esquemas utilizados foram artificialmente criados para se transferirem lucros entre os Estados-membros, conseguindo-se por esta via a minimização fraudulenta da carga tributária, assumindo aquele órgão da UE que o princípio da proporcionalidade impõe que seja dada ao contribuinte o direito ao contraditório através da apresentação de provas que sustentem a sua opção empresarial⁷¹⁶.

Porém, como aquele órgão da UE reconhece, nas relações inter grupos plurilocalizados nos Estados-membros há alguma dificuldade acrescida ao conhecimento do nível de presença económica, e por tal, deixa ali algumas sugestões que possam orientar os Estados-membros nessa busca, como sejam, o conhecimento do local efectivo da gestão, a presença tangível do estabelecimento, os riscos assumidos, contudo de imediato reconhece que não há certezas absolutas quanto à forma como esses critérios podem ser respeitados, facto que leva a que essas

⁷¹⁶ A Comissão chama a atenção para este aspecto, aliás de extrema importância, de que “...é imperativo que, quando se presumir a existência de um expediente puramente artificial, o contribuinte tenha a oportunidade, sem ser sujeito a restrições administrativas indevidas, a apresentar provas de qualquer justificação comercial que possa existir para essa disposição...”. Veja-se o documento COM (2007) 785 final, Bruxelas, 10.12.2007, pags. 5, sob a epígrafe “*Proporcionalidade*”, lembrando a Comissão que todas os actos administrativos são susceptíveis de serem sindicáveis através dos Tribunais nacionais, pelo também ali escreve que “...é igualmente vital, no sentido da proporcionalidade, que o resultado da respectiva avaliação pela administração fiscal possa ser submetido a um controlo jurisdicional independente...”.

análises tenham que ser sempre sujeitas a crivos de muita razoabilidade na sua apreciação, ou seja, analisadas *cum grano salis* ⁷¹⁷, e sob a óptica da máxima prudência, nunca devendo, quanto a nós, ser questionadas as opções empresariais, as quais estão na esfera subjectiva do empresário como motor impulsionador da economia, quer intra Estados-membros, quer a nível mundial.

No que à temática do nosso estudo nos interessa, não podemos deixar de exprimir aqui a posição da Comissão naquela sua comunicação ao afirmar com clareza que “...considera que os princípios estabelecidos pelo TJCE quanto às regras relativas à subcapitalização se aplicam igualmente às regras relativas ao estabelecimento dos preços de transferências...”, regras estas que aquele órgão da União Europeia entende “...que são essenciais à continuidade da existência de cada sistema fiscal nacional...”, assumindo contudo que “...os EM só poderão operar sistemas fiscais eficazes se puderem impedir que as suas bases tributárias sofram qualquer erosão em resultado de disposições não comerciais entre empresas associadas...”. Ou seja, o que a Comissão aqui expressamente assume é que, quer em relação às regras da subcapitalização, quer em relação à temática dos preços de transferência, e na senda dos trilhos criados pela jurisprudência do TJCE, apenas quando se esteja perante esquemas puramente artificiais é que os Estados-membros estão autorizados a utilizarem medidas anti evasão fiscal. ^{718 719}

⁷¹⁷ Veja-se o documento COM (2007) 785 final, Bruxelas, 10.12.2007, pags. 5, quando a Comissão assume que “...incluem-se critérios passíveis de verificação, como o local efectivo da gestão e a presença tangível do estabelecimento, assim como o risco comercial real por este assumido...”, alertando em seguida que “...contudo, não há certeza quanto à forma como esses critérios [se] podem aplicar (...)” (sublinhado nosso).

⁷¹⁸ Veja-se o documento COM (2007) 785 final, Bruxelas, 10.12.2007, pags. 8, como nota final à temática tratada no item 3. sob a epígrafe de “Aplicação de Regras Antiabuso na UE/EEE”.

⁷¹⁹ CALDERÓN CARRERO, J.M., STJCE 13.3.2.007, C-524/04, Asunto Test Claimants in the Thin Cap Group: las Condiciones de compatibilidad comunitaria de las cláusulas de subcapitalización (y de precios de transferencia), na página da Internet http://www.ief.es/Publicaciones/FiscInternac/Comentarios/2007_13Mar_Calderon.pdf, pags. 14 chama a atenção de “...que claro y explícito es el AG Geelhoed, quien expresamente afirma lo siguiente: “tampoco pienso que, a los efectos de la conformidad con el art. 43 CE, los Estados miembros estén necesariamente obligados a extender su legislación sobre la subcapitalización a las situaciones puramente internas en las que no existe riesgo de abuso. Considero sumamente lamentable que la falta de claridad acerca del alcance de la justificación por motivos de abuso respecto al artículo 43 CE haya conducido a una situación en la que los Estados miembros, en la duda sobre la amplitud de la legislación contra el abuso, prima facie discriminatoria, que están facultados para adoptar, se hayan considerado obligados a ‘jugar sobre seguro’ mediante la ampliación del alcance de sus normas a situaciones puramente internas en las que no existe riesgo posible de abuso. Tal aplicación de la legislación a situaciones totalmente ajenas a su razón de ser, con fines puramente formalistas y con el resultado de una considerable carga administrativa añadida para las sociedades residentes y para las autoridades fiscales, es del todo carente de sentido, y contraproducente en realidad para la eficiencia económica. Como tal, está en conflicto con el mercado interior”. De imediato assume que “...la Comisión UE ha enfatizado este misma idea en su reciente Comunicación: Communication from the Commission to the

Se passarmos em revista os argumentos utilizados pelos Estados-membros para justificarem perante o TJCE as normas fiscais que introduzem nos seus ordenamentos jurídicos reparamos com alguns argumentos que são frequentemente utilizados como justificativos de tais medidas, e que como tal recorrem às figuras da coerência dos seus sistemas fiscais^{720 721}, da necessidade de protecção das suas receitas fiscais⁷²², da necessidade de criarem medidas eficazes para combaterem a fuga e evasão fiscal, à necessidade geral de preverem os abusos por parte dos contribuintes com intuítos de fraude e evasão fiscal.

Se se atentar nas decisões que o TJCE verte nos seus acórdãos constatamos que sistematicamente não aceite e rebate essa argumentação e tem entendido que a apresentação das mesmas de uma forma geral e abstracta e não objectivamente concretizadas é contrária ao direito comunitário, nomeadamente, entende que tais argumentos são contrários ao Princípio de Não Discriminação no uso das liberdades constantes dos TUE e TFUE (vide anterior TCE)⁷²³.

Council, em “*The application of antiabuse measures in the area of direct taxation-within the EU and in relation to third countries*, COM(2007) 785 final, 10.12.2007, p.5...”.

⁷²⁰ Sobre a evocação feita pelos Estados-membros da coerência dos sistemas fiscais, é interessante a afirmação feita pelo Advogado-geral MISHO, nas suas conclusões no Processo C-436/00 – caso X e Y – quando no n.º 69 afirma que “*Convém igualmente recordar a jurisprudência do Tribunal de Justiça segundo a qual a coerência do sistema fiscal não deve ser necessariamente assegurada num contexto puramente nacional. De facto, convém ter igualmente em conta eventuais acordos sobre dupla tributação*”. Ressalta, com evidência da afirmação aqui feita, que não é só o direito fiscal emanado dos órgãos competentes dos Estados-membros que tem que estar em consonância com o direito comunitário, mas que também as CDTs não escapam a esta marca comunitária.

⁷²¹ Sobre os parâmetros a que deve obedecer a princípio da coerência fiscal, veja-se PATRÍCIA NOIRET CUNHA e SÉRGIO VASQUES *Jurisprudência Fiscal Comunitária Anotada*, Volume I, Almedina, Coimbra, 2002, pags. 63 e 64 em comentários ao acórdão *Bachmann*.11

⁷²² O TJCE tem assumido que “... a perda de receitas fiscais nunca pode constituir uma justificação de uma restrição ao exercício de uma liberdade fundamental...”, designadamente no n.º 103 do acórdão proferido no Processo C-385/00, caso *Groot* e jurisprudência aí citada referente ao caso *ICI* e *Saint-Gobain ZN*.

⁷²³ Apelamos aqui, como exemplo de jurisprudência nesta temática, à decisão tomada pelo TJCE no Processo C-436/00, caso X e Y, em que é assumido por aquele Tribunal que, a necessidade de garantir a coerência do regime fiscal, a luta contra a evasão fiscal ou a eficácia dos controlos fiscais não podem justificar restrições gerais à liberdade de estabelecimento, sendo sempre de se analisarem pelo princípio da proporcionalidade as eventuais restrições que essas medidas provoquem e, apenas são de admitir medidas passíveis de se analisarem objectivamente tendo em conta os fins concretos a que se destinam – veja-se neste acórdão do TJCE os n.ºs 36, 38, 48, 65, 75 e disposição final sob o n.º 1.

III – B – DESENVOLVIMENTO DAS SOLUÇÕES TRADICIONAIS PELA UNIÃO EUROPEIA COMO RESPOSTA AOS PROBLEMAS DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

i. Nota Introdutória

A União Europeia, através da Comissão, como seu órgão executivo, tem procedido à elaboração de variados estudos e desenvolvido vários mecanismos legais com intenção de encontrar uma solução que tenda a resolver, ou pelo menos diminuir, toda a problemática juridico-fiscal havida em redor dos Preços de Transferência. Assim, iremos em seguida analisar as formas que aquele órgão da UE tem encontrado para encetar a reacção a que aludimos, trazendo também à liça as decisões tomadas pelo TJCE através dos seus acórdãos, pelo que iremos fazer um sobrevoo sobre as seguintes temáticas que, de forma directa ou indirecta, estão ligadas aos tema objecto do nosso estudo, a saber:

- O Código de Conduta no Domínio da Fiscalidade das Empresas;
- Decisões tomadas no âmbito do n.º 2 do art.º 88.º do TCE (actual artigo 108.º do TFUE) para dar início ao procedimento de aplicação das regras de Auxílios de Estado a vários Estados-Membros em relação às regras de tributação das empresas existentes nesses Estados;
- O Fórum Conjunto em Matéria de Preços de Transferência;
- A Convenção relativa à eliminação da dupla tributação em caso de correcção de lucros entre empresas associadas, (Convenção 90/436/CEE, também conhecida como a “Convenção de Arbitragem”)⁷²⁴;
- As Directrizes relativas aos Acordos Prévios sobre os Preços de Transferência (APP) na União Europeia;
- A Documentação dos Preços de Transferência da União Europeia – DPT UE;

⁷²⁴ Veja-se o documento da Comissão Europeia em COM (2004) 297 Final, sob a epígrafe da “Comunicação sobre os Trabalhos Efectuados pelo Fórum Conjunto da EU em Matéria de Preços de Transferência no domínio da Tributação das Empresas entre Outubro de 2002 e Dezembro de 2003 e da Proposta para um Código de Conduta para a Efectiva Implementação da Convenção de Arbitragem (90/436/CEE de 23 de Julho de 1990)”.

ii . Código de Conduta no Domínio da Fiscalidade das Empresas

a. Introdução

Como já expusemos, estamos perante um mercado único em que os TUE e TFUE (vide anterior TCE) impõem a liberdade de circulação dos factores de produção, nomeadamente bens e serviços, de modo a que os Estados-membros tenham pela sua frente um autêntico mercado interno, e como tal, se analisarmos os artigos 110.º a 113.º do TFUE (vide anteriores artigos 90 a 93.º do TCE) apercebemo-nos de que as partes contratantes – originárias ou posteriormente aderentes, se auto impuseram a uma total neutralidade das disposições fiscais internas para que haja a plena liberdade de circulação de mercadorias, isto independentemente da sua origem comunitária.

Assim, estas transacções intracomunitárias de bens têm na sua essência a proibição aos Estados-membros de imporem impostos superiores aos produtos oriundos de outros Estados-membros comparativamente com aqueles que fazem incidir sobre os produtos nacionais similares, isto é, estamos perante uma verdade inquestionável, o TFUE (vide anterior TCE) disciplina com certa precisão a tributação indirecta sobre mercadorias e serviços com o evidente objectivo de permitir a sua livre circulação no autêntico mercado interno que é o amplo espaço comunitário.

Há assim uma perfeita estabilidade no Direito Comunitário sobre a tributação indirecta, que no TFUE (vide anterior TCE) tem um capítulo próprio dedicado a esta temática, quer ainda na doutrina ou na jurisprudência do TJCE.

Mas, como já tivemos oportunidade de mais de uma vez frisar, os TUE e TFUE (vide anterior TCE) assentam noutras amplas liberdades além da liberdade de circulação de mercadorias aliás, como resulta expressamente do n.º 2 do artigo 26.º do TFUE (vide anterior n.º 2 do artigo 14.º do TCE), o mercado interno compreende um amplo espaço sem fronteiras em que há livre circulação de pessoas, quer singulares, quer jurídicas ou morais, de serviço e capitais, e estes independentemente de serem analisados debaixo da perspectiva de capitais de investimento, aforro, meios de pagamento, ou de qualquer outro tipo, e no tocante à liberdade do direito de estabelecimento, inserto no artigo 49.º do TFUE (vide anterior artigo 43.º do TCE), tal permite às pessoas singulares ou jurídicas de nacionais dos Estados-membros a

possibilidade de se estabelecerem nos restantes Estados-membros em igualdade de condições impostas aos próprios nacionais.

A economia universal que hoje vivemos permite, e obriga as empresas – aqui analisadas essencialmente sob a forma de sociedades, independentemente de serem vistas numa óptica unitária ou de grupo – à deslocalização para qualquer parte do mundo numa busca constante da melhor obtenção do lucro, isto é, na tentativa de optimização dos proveitos e diminuição dos custos, ou seja, de maximização do proveito em contrapartida da minimização dos custos.

Daqui resulta que as decisões de localização que são tomadas pelas empresas multinacionais têm como pressupostos essa rendibilidade empresarial e por tal as suas decisões de localização tomam em atenção, entre outros aspectos, a sua viabilidade comercial, a disponibilidade de mão-de-obra especializada ao menor custo possível, a localização geográfica e as facilidades de acesso, as boas infra-estruturas comerciais, as potencialidades do mercado e a acessibilidade ao mesmo, os potenciais concorrentes, a estabilidade económica, política e as garantias e facilidades concedidas pelos órgãos do poder, contudo também não descuraram os sistemas fiscais, ou seja, a possibilidade de obtenção do máximo lucro com o menor custo fiscal

725 726

Os Estados têm nos seus sistemas fiscais a sua principal fonte geradora de rendimentos para fazerem face aos seus encargos, nomeadamente de índole social, mas também têm nas empresas a sua principal fonte geradora das suas economias

⁷²⁵ Neste sentido veja-se o documento da Comissão Europeia, *“A Política Fiscal da União Europeia – Prioridades para os Próximos Anos”*, COM (2001) 260 Final, Bruxelas, 23.05.2001, quando a pags. 18 e sob o ponto 3.2.2, *Fiscalidade das Empresas*, nos diz que “... a fiscalidade é um factor importante que as empresas tomam em consideração antes de escolherem uma implantação geográfica, mas constitui um entre muitos factores. A acessibilidade geográfica dos mercados, as infra-estruturas existentes, os custos de transporte, as normas ambientais, a disponibilidade e a quantidade de mão-de-obra, os níveis salariais, os regimes de segurança social e a atitude dos poderes públicos desempenham igualmente um papel importante. A questão de saber qual destes factores é preponderante depende evidentemente de cada tipo de investimento”.

⁷²⁶ Sobre esta temática e abordando o prisma do *“Planeamento fiscal internacional”* diz-nos ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, *“A Posição Portuguesa Face à Regulação Comunitária da Concorrência Fiscal – Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional”*, Fisco, Lex, Lisboa, 2003, pags. 159, que *“Existe (...) uma concorrência fiscal entre empresas, em particular entre empresas internacionais, entre empresas que desenvolvem a sua actividade em diversas jurisdições fiscais. Este fenómeno tem várias facetas, entre as quais releva a do planeamento fiscal, que se baseia na capacidade que estas empresas têm de tirar proveito de lacunas ou imperfeições da lei ou disparidades fiscais nacionais, diminuindo assim os custos de produção. A regulação deste fenómeno é efectuada, a título de exemplo, através de convenções de dupla tributação, de cooperação administrativa e de troca de informações, de aproximação dos regimes de preços de transferência ou de utilização de cláusulas anti-abuso”*.

nacionais, resultando desta dicotomia, entre as necessidades de arrecadação das receitas fiscais e a necessidade de atracção e fixação do tecido empresarial, uma concorrência a nível internacional levada a cabo pelos Estados no intuito de atraírem capital de investimento e fixarem esse capital societário reprodutor de riqueza nacional, utilizando para tanto, e na medida do necessário, a concorrência fiscal com os outros Países. Esta concorrência fiscal sã ou benévola não é confundível com a chamada concorrência fiscal prejudicial, ou seja, aquela que se pode considerar desleal entre os países, isto é, aquele que tem como único objectivo a atracção de capital societário a qualquer custo, ou seja, a abdicação total (ou quase) de receitas fiscais^{727 728}.

b. A Tributação Directa e os TUE e TFUE

Como já frisamos a tributação indirecta está regulamentada no TFUE (vide anterior TCE) e impõe aos Estados Membros regras disciplinadoras na criação dos seus tributos internos em vista à liberdade de circulação de bens, mas no tocante à tributação directa apenas nos podemos apoiar no artigo 18.º do TFUE (vide anterior artigo 12.º do TCE), que impõe aos Estados Membros a proibição de toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade e, no seu 352.º do TFUE (vide anterior artigo 308.º do TCE) que obriga o Conselho a adoptar as medidas que considere adequadas ao bom funcionamento do mercado comum. Temos assim que admitir que na elaboração do TFUE (vide anterior TCE) houve uma preocupação de disciplinização da tributação indirecta, enquanto que no tocante à directa foi deixada a sua

⁷²⁷ Sobre esta temática e abordando o prisma do “Planeamento fiscal internacional” diz-nos ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, “A Posição Portuguesa Face à Regulação Comunitária da Concorrência Fiscal – Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional”, Fisco, Lex, Lisboa, 2003, pags. 166 e 167, que “...dentro de certos limites, (a concorrência fiscal boa ou sã) permite estabelecer uma certa pressão sobre os Estados no sentido de estes terem mais rigor e cuidado na cobrança e na gestão dos seus impostos, impede que os níveis de fiscalidade assumam proporções negativas para a actividade económica, conduz a uma gestão mais criteriosa da despesa pública e obriga a melhorar outros factores de competitividade...”, afirmando de seguida que “... o que legitima a regulação da concorrência fiscal (má ou prejudicial) no plano internacional será, a exemplo da regulação do mercado e da concorrência interempresarial, a necessidade de manter a concorrência fiscal dentro de limites aceitáveis que não ponham em causa nem a concorrência interempresarial, nem a existência das funções essenciais do Estado nos dias de hoje, nem, no plano da União Europeia, a realização dos fins próprios desta ...”.

⁷²⁸ Neste sentido veja-se a documento da Comissão Europeia, “A Política Fiscal da União Europeia – Prioridades para os Próximos Anos”, COM (2001) 260 Final, Bruxelas, 23.05.2001, quando a pags. 7 e sob o ponto 2.3, A política fiscal da UE – Objectivos gerias, nos diz que “... é importante reconhecer que, embora a concorrência fiscal prejudicial deva ser tratada tanto a nível da UE como a nível internacional mais vasto, nomeadamente no âmbito da OCDE, e que as regras sobre auxílios estatais do Tratado devam ser respeitadas, um certo grau de concorrência fiscal na UE pode ser inevitável, podendo mesmo contribuir para diminuir a pressão fiscal...”, ou seja, a própria Comissão Europeia põe aqui em evidência que há dois tipos diferentes de concorrência fiscal internacional, aquela que é prejudicial e outra que apelidamos de benéfica ou útil ou como uma concorrência fiscal internacional saudável e necessária ao mantimento de um nível de tributação relativamente baixo.

concretização ao Conselho, ou seja, este órgão sempre pode tomar as decisões (por unanimidade) sobre a tributação directa que entenda adequadas e necessárias ao bom funcionamento do mercado comum, embora esta obrigação seja vista como uma competência subsidiária.

Atente-se no facto de em matéria tributária – quer directa quer indirecta – os Estados-membros terem acautelado, no TFUE (vide anterior TCE), que a decisão competia sempre ao Conselho deliberando por unanimidade, o que se traduz na prática que os Estados-membros tenham um autêntico direito de veto sobre esta temática.

c. O Código de Conduta no Domínio da Fiscalidade das Empresas

Como já amplamente referimos a existência deste amplo espaço comunitário, o qual tem sucessivamente crescido pela adesão à UE de novos Estados-membros, não esquecendo que a apetência por novas adesões continua em crescimento, constituindo um Mercado Interno cada vez maior no qual há uma ampla movimentação dos factores de produção, mercadorias, serviços e capitais, ao que acresce a livre circulação de pessoas e a liberdade de estabelecimento em todo espaço da UE, que conjugados com a liberdade que os Estados-membros têm para criar e delimitar os seus sistemas de tributação directa e com a mundialização da economia em que as empresas estão incessantemente na busca de novos mercados e de novas formas de rentabilizar ao máximo os seus investimentos de capitais, impôs que os Estados-membros criassem linhas orientadoras vertidas em princípios de auto-limitação das formas de tributação das empresas com o fim último de não praticarem entre eles uma concorrência fiscal ilimitada e que se traduzisse numa concorrência fiscal daninha, maliciosa ou prejudicial. Ou seja, era um imperativo que a concorrência fiscal inerente à fixação do capital empresarial e captação de novo investimento não fosse feito com tal agressividade que levasse a práticas fiscais desleais entre Estados integrados num mesmo espaço de mercado interno, mas que se pautasse por uma concorrência sã ou leal, e assim, os Estados-membros acordaram na criação de princípios mínimos de coexistência pacífica e civilizada em relação à tributação directa dos lucros societários, não descurando a qualquer preço das receitas potenciais que daí adviessem.

Tendo em vista tal desiderato, os Estados-membros criaram pela mão do Conselho, em 1 de Dezembro de 1997, o “*Código de Conduta no Domínio da Fiscalidade das Empresas*”, integrado numa ideia mais ampla numa “acção coordenada a nível europeu para lutar contra a concorrência fiscal prejudicial em matéria fiscal”, com objectivos predefinidos de “reduzir as distorções existentes no mercado único”, de “evitar importantes perdas de receita” e de “orientar as estruturas fiscais num sentido mais favorável ao emprego”⁷²⁹, Código de Conduta este que apenas e só pode ser visto como um compromisso político dos Estados-membros, assumindo-se assim como um “*gentlemen’s agreement*”⁷³⁰, uma autêntica “*soft-law*”⁷³¹ porquanto o mesmo nunca poderá ser objecto de querelas entre os Estados-membros ou outras quaisquer partes perante o TJCE uma vez que o seu incumprimento não

⁷²⁹ O “*Código de Conduta no domínio da fiscalidade das empresas*” foi publicado como anexo I às Conclusões do Conselho Ecofin de 1 de Dezembro de 1997, JOC de 6/01/1998.

⁷³⁰ Neste sentido veja-se JOSÉ CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra 2003, pags. 498.

⁷³¹ Após o surgimento de normas superiores à vontade dos Estados “*jus cogens*”, emerge outro tipo de normas que ainda está em fase de compreensão a que se dá a designação de “*soft-law*”, que aparece à luz do dia num momento de mudança que atravessa o Direito Internacional Público e que se origina no século XX a partir da crescente actuação da diplomacia multilateral. A flexibilidade destas “normas” tem como consequência imediata que a falta de cumprimento às mesmas não acarrete para o seu “infractor” nenhuma sanção, e como tal, estamos assim perante um conceito e seus limites em construção e cuja compreensão desta “norma” não obrigatória possa vir a servir como inspiração para que um ramo do direito evolua e cresça normativamente através da sua incorporação e adaptabilidade dos seus “preceitos”.

É evidente hoje em dia, através de uma análise à relação entre a “*soft-law*” e as fontes de Direito Internacional é possível perceber que a mesma ainda não possui as condições necessárias que a considerem como fonte autónoma do Direito Internacional Público, mas tem a vantagem de a pouco e pouco servir de inspiração a esse mesmo ramo do direito e, através da sua evolução, gradualmente de transforme de “*soft-law*” em “*hard-law*”, ou seja, que as “normas” que ali se integraram e cujo cumprimento não é judicialmente questionável, se transforme com o passar dos tempos num conjunto de regras jurídicas com todas as “direitos” e “obrigações” inerentes aos sistemas legais, isto é que passe de uma “*law*” “*soft*” em “*hard*”.

Não podemos esquecer que a “*soft-law*” desempenha um papel crescente na evolução do Direito Internacional Público, de forma que os Estados a utilizam como uma plataforma de entendimento no desenvolvimento das múltiplas temáticas de nível internacional, como é por exemplo o Direito Ambiental Internacional, e que é utilizada em crescendo por organizações internacionais em que os Estados apenas querem alcançar “compromissos políticos”, como sejam as oriundas das Conferências da ONU, dos Estados que integram o Mercosul ou a nossa União Europeia.

É assim evidente que a “*soft-law*” se traduz num mecanismo utilizado pelos Estados no avanço de soluções para compromissos em temas complicados e polémicos, preferindo por esta via fazer uma antecâmara de aprendizagem antes de se abalçarem na criação de autênticas regras de direito com a sua imposição coerciva e obrigatória, inserindo-se assim numa evolução gradativa e necessária para que determinado tema possa ser juridicamente construído de forma impositiva.

Através deste conceito apercebemo-nos da importância que a diplomacia multilateral dá a outras fontes “normativas” que trazem para o debate a ideia de que o direito deve corresponder aos anseios das sociedades integradas na globalização de temas que não podem ser vistos cada vez mais na perspectiva individualista de cada uma das sociedades enquanto Estados autónomos e independentes, encontrando nos instrumentos oriundos da “*soft-law*” a possibilidade de se efectivar tais fins. Mas a final não se trata porém numa mera transformação dos instrumentos de “*soft-law*” em “*hard-law*”, dado que a criação de novas normas impõe que também se cumpra aquilo que já se conquistou. Tenha sempre em atenção que não é pelo simples facto de estamos perante “regulamentações” criadas dentro do âmbito de Organizações Internacionais e vertidas sob a forma de “*soft*” ou “*hard*” seja por si só capaz de garantir que uma norma venha ou não a ser aplicada.

afecta quaisquer direitos, obrigações, ou competências dos Estados Membros decorrentes do Tratado⁷³².

Para melhor conhecermos este “*gentlemen’s agreement*” passamo-lo em revista através de uma breve análise:

- (i) Ao seu âmbito pessoal;
- (ii) Ao conjunto das medidas que ali se integraram;
- (iii) Ao seu espaço geográfico de acção;
- (iv) Às medidas fiscais de carácter prejudicial que identificou;
- (v) À avaliação que fez das mesmas;
- (vi) À análise que faz sobre os auxílios que os Estados proporcionam as empresas; e,
- (vii) Finalizando-se com umas breves conclusões.

○ **Âmbito Pessoal**

O âmbito de incidência pessoal deste Código de Conduta incorpora todas as empresas que se integrem no espaço da UE e que nele pretendam usar o seu direito à liberdade de estabelecimento, independentemente dessas empresas se deslocarem “*per se*”, ou de se aglutinarem em grupos empresariais, isto é em empresas inter-relacionadas, objectivando-se por esta via que o factor fiscal prejudicial não seja um incentivo à sua deslocalização no espaço comunitário;

○ **Âmbito das Medidas Abrangidas**

O Grupo de Trabalho encarregue da elaboração deste Código de Conduta teve a preocupação de incorporar nele todas aquelas medidas que os Estados-membros tomassem, ou viessem a tomar, com o único objectivo de a qualquer preço captar a deslocalização das empresas para o seu espaço territorial, e que pudessem ser vistas como perniciosas do ponto de vista fiscal, tudo isto independentemente como essas

⁷³² Neste sentido veja-se ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS e CLOTILDE CELORICO PALMA, “A Regulamentação Internacional da Concorrência Fiscal Prejudicial”, *Ciência e Técnica Fiscal* – n.º 395, Boletim da Direcção-Geral dos Impostos, Lisboa – Julho-Setembro de 1999, pags. 16 e 17, afirmando designadamente que o Código de Conduta, embora “... não sendo um instrumento jurídico, poderá razoavelmente duvidar-se da sua eficácia. No entanto, na prática, tal não significa necessariamente que seja dotado de menor vinculatividade. De facto, os mecanismos de troca de informações e os juízos de censura política podem funcionar como forma eficaz de pressão. O risco é o de tais mecanismos funcionarem sobretudo em relação aos Estados com menor peso político ou económico...”.

medidas eram criadas e aplicadas, ou seja, quer as mesmas constassem de disposições legislativas ou regulamentares, quer fossem oriundas de práticas administrativas. Aquela “*soft-law*” considera como potencialmente prejudiciais as medidas fiscais que prevejam uma tributação efectiva significativamente inferior aquela que habitualmente os Estados-membros aplicam em resultado da tributação efectiva, incluindo-se nele a tributação à taxa zero, independentemente desta tributação significativamente inferior advir de uma taxa nominal baixa, das regras de cálculo da matéria colectável ou de qualquer outro factor amplamente influenciador de uma baixa tributação⁷³³, inserindo-se no Código de Conduta 5 (cinco) tipos de indicadores, a título meramente exemplificativo, que permitem avaliar se a tributação praticada pelos Estados-membros é ou não prejudicial, a saber:

- As vantagens fiscais destinarem-se exclusivamente aos não-residentes, ou apenas terem como fim as transacções realizadas com eles;
- As vantagens concedidas estarem totalmente desligadas da economia interna, isto é, não terem incidência na base fiscal nacional;
- O Estado-membro conceder vantagens fiscais perante a ausência de qualquer actividade económica real ou qualquer presença económica substancial que as possam originar;
- O Estado-membro conceder vantagens fiscais mesmo quando o método de determinação dos lucros fiscais do grupo multinacional se afasta dos princípios internacionalmente aceites, designadamente, os aprovados no âmbito da OCDE;
- Quando o Estado-membro utilizar uma total falta de transparência das suas medidas fiscais, quer estas advenham de um menor cuidado na aplicação das leis fiscais, quer sejam originadas pela falta de transparência da administração.

O que acabamos de expor evidencia-nos que o “Código de Conduta” apenas exemplifica alguns indicadores de avaliação das medidas fiscais existentes em cada um dos Estados-membros.

⁷³³ Neste sentido veja-se FREITAS PEREIRA M.H., “Concorrência Fiscal Prejudicial – O Código de Conduta da União Europeia” *Ciência e Técnica Fiscal* – n.º 390, Boletim da Direcção-Geral dos Impostos – Lisboa – Abril-Junho de 1998, pags. 210 e 211.

○ Âmbito Geográfico

A elaboração de quaisquer “normas jurídicas” tem sempre como *conditio sine qua non* que o “legislador” expressamente indique qual o espaço territorial inerente ao seu âmbito de incidência, e por tal, também esta “*soft-law*” integra nela a assunção pelos Estados-membros de que a actuação na detecção, paragem de criação e retirada da prática fiscal, de medidas vistas como perniciosas do ponto de vista fiscal fosse o mais amplo possível. Isto é, que além de serem aplicáveis nos territórios dos Estados Membros, também incidissem naqueles espaços territoriais deles dependentes ou associados, ou em que tenham responsabilidades especiais ou prerrogativas fiscais, além de terem ainda a preocupação de estenderem a sua observação a países terceiros, ou seja, de observarem este Código a feitura das Convenções para eliminar a dupla tributação, o que nos leva a concluir por uma pretensão de “*mundializar*” a “caça” à concorrência fiscal prejudicial⁷³⁴.

Como bem se entende, qualquer conjunto de regras comporta em si um conjunto maior ou menor de excepções e que têm em vista ressalvar situações excepcionais, pelo que o Código de Conduta ressalva a possibilidade excepcional de utilização de medidas fiscais prejudiciais aplicáveis ao desenvolvimento económico de regiões específicas, periféricas ou de pequenas ilhas, contrapondo como limite que a sua aplicabilidade seja proporcional e orientada aos objectivos de desenvolvimento concreto dos lugares onde são aplicadas e impondo-lhe como limite a observância da coerência da ordem jurídica comunitária, designadamente, o mercado interno e as políticas comuns⁷³⁵.

○ Medidas Fiscais Prejudiciais Existentes

Os Estados-membros acordaram nas formas de reacção que deviam ser tomadas com vista à eliminação da concorrência fiscal prejudicial em relação às medidas fiscais que fossem detectadas nos diversos sistemas fiscais dos Estados

⁷³⁴ Neste sentido veja-se FREITAS PEREIRA M.H. “Concorrência Fiscal Prejudicial – O Código de Conduta da União Europeia”, *Ciência e Técnica Fiscal* – n.º 390, Boletim da Direcção-Geral dos Impostos – Lisboa – Abril-Junho de 1998, pags. 210 e 211 quando afirma designadamente que “... tudo isto se insere na vocação universal do problema da concorrência fiscal prejudicial e nos esforços paralelos que estão a ser desenvolvidos em várias instâncias, com destaque para a OCDE, para diminuir ou mesmo eliminar os seus efeitos ...”.

⁷³⁵ Neste sentido veja-se FREITAS PEREIRA M.H. “Concorrência Fiscal Prejudicial – O Código de Conduta da União Europeia”, *Ciência e Técnica Fiscal* – n.º 390, Boletim da Direcção-Geral dos Impostos – Lisboa – Abril-Junho de 1998, pags. 212 e 213.

comunitários e que assumissem um carácter pernicioso e assim decidiram estabelecer duas cláusulas, a saber:

- Cláusula de congelamento ou de *standstill* – Com esta cláusula impõe-se aos Estados-membros a proibição de criarem novas medidas fiscais prejudiciais, obrigando-os a que futuramente respeitem este Código ao elaborarem novas políticas fiscais;
- Cláusula de desmantelamento ou de “*roll-over*” – Com a introdução de tal cláusula os Estados-membros acordaram em retirar dos seus sistemas fiscais todas as medidas ou práticas que na aceção deste Código fossem consideradas perniciosas.

○ **Avaliação das medidas existentes**

A criação do “Código de Conduta” impunha aos Estados-membros que o levassem à prática e para tanto foram ali introduzidos os mecanismos de “*soft-law*” que permitiam conhecer-se com exactidão os entorses fiscais existentes com intuito de os retirar da prática pelos Estados-membros e que compreendiam:

- A imposição aos Estados-membros de mutuamente se darem a conhecer das medidas existentes nos seus territórios;
- A criação de um “*Grupo do Código de Conduta*” cuja finalidade consistia num trabalho de selecção, análise e inventariação de todas as medidas existentes nos vários Estados-membros;
- O Código de Conduta impunha à Comissão que acompanhasse e apoiasse o “*Grupo do Código de Conduta*” que viesse a ser criado, impondo-lhe que anualmente apresentasse um relatório sobre toda esta temática;
- Por último estabelecia que todos os Estados Membros deviam cooperar plenamente e por todas as formas, na luta contra a evasão e a fraude fiscais.

○ **Auxílios de Estado**

Este Código de Conduta faz uma análise dos “*Auxílios de Estado*” previstos nos artigos 107.º a 109.º do TFUE (vide anteriores artigos 87.º a 89.º do TCE) e conclui que há medidas nele incorporadas que podem também ser analisadas sob a óptica

daqueles “*Auxílios de Estado*”. Se se atentar naquele Tratado encontramos nele mecanismos legais que prevêem a possibilidade de falseamento do mercado interno através da concessão pelos Estados-membros de auxílios estatais, independentemente de serem concedidos a certas empresas ou a certos produtos. Em vista ao controle destes Auxílios de Estado susceptíveis de gerarem no mercado interno uma concorrência que não seja sã, o TFUE (vide anterior TCE) conferiu à Comissão um conjunto de amplos poderes de controlo efectivo dos mesmos. Em vista desse controlo efectivo a Comissão pode recorrer ao TJCE para obrigar os Estados-membros infractores a pararem a sua concessão, mas igualmente está aquele órgão da UE legalmente habilitada a autorizar a sua criação ou manutenção, pelo que nestes casos, em que as medidas fiscais possam ser analisadas sob as duas ópticas, do Código de Conduta e dos “*Auxílios de Estado*”, estas cláusulas seriam dispensáveis em face do regime já instituído dos “*Auxílios de Estado*” no TFUE (vide anterior TCE) e plenamente controlos pela Comissão.

○ **Conclusões**

O sobrevoo que fizemos sobre o “*Código de Conduta*” permite-nos retirar dele dois aspectos relevantes, a saber:

- Os Estados-membros assumiram, através do Conselho da UE, um acordo de cavalheiros – *gentlemen’s agreement* – cuja primeira consequência imediata é a sua insindicabilidade perante o TJCE no caso de incumprimento por qualquer das partes subscritoras mas, face à diferente relação do “*peso político*” entre os diversos Estados-membros da UE haverá tendência para que os Estados mais influentes pressionem os restantes ao seu cumprimento na exacta medida em que tal lhes interesse;
- Era (e continua a ser) necessário que os Estados-membros demonstrassem uma atitude actuante na tributação directa das empresas e que fosse directamente influenciadora na formação dos preços de bens e serviços de modo a que não se desvirtuasse a sã concorrência que o TFUE (vide anterior TCE) impõe sobre a circulação das mercadorias independentemente da sua origem, mas tal atitude que é também influenciadora da localização das empresas, tenta-se por esta via prevenir a não desvirtualização da ampla liberdade de estabelecimento no espaço comunitário e com ele a localização dos factores de produção.

Em jeito de nota final chama-se à atenção para o facto de este “*Código de Conduta*” não ser algo inédito no mundo globalizante da economia, porquanto também os países que formavam ao tempo o grupo dos “G7” – depois “G8” – tomaram semelhante atitude na cimeira que realizaram em Lyon no ano de 1996. A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico – OCDE aprovou também dentro deste âmbito, em 9 de Abril de 1998, o seu “*Relatório sobre Práticas da Concorrência Fiscal Prejudicial*” através de um projecto lançado pelo respectivo Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE⁷³⁶. É assim claro que este “*Código de Conduta*” não aparece isolado no mundo globalizante da economia, inserindo-se num amplo movimento de luta contra a concorrência fiscal prejudicial ou perniciosa.

iii. Grupo do Código de Conduta

Como vimos o “*Código de Conduta*” impunha a criação de um “*Grupo do Código de Conduta*” e cuja finalidade consistia num trabalho de selecção, análise e inventariação de todas as medidas existentes nos vários Estados-membros, e assim para cumprir tal desiderato o Conselho criou, em 9 Março de 1998, o “*Grupo do Código de Conduta*”, em que a presidência esteve a cargo de Dawn Primarolo. Este Grupo apresentou o seu Relatório Final de avaliação das medidas que eram susceptíveis de enquadramento no “*Código de Conduta*” ao Conselho “ECOFIN” de 29 de Novembro de 1999⁷³⁷.

⁷³⁶ A OCDE publicou o seu “Projet de ‘OCDE les Pratiques Fiscales Dommageables: Mise a Jour 2006 sur le progrès dans les Pays Membres”, em que conclui que apenas o “Luxemburgo” tinha ainda em vigor o seu regime de “*Sociétés de gestion ne gérant qu’un seul fonds de placement (sociétés holding de 1929)*”, considerando-o ainda como “Dommageable”, contudo em nota de rodapé trazia à liça o contencioso que aquele Estado-membro da UE tinha com a Comissão, ao indicar na nota de rodapé n.º 7, pags. 4 que “...le Luxembourg déclare que, concernant l’évaluation de son régime des sociétés holding 1929, la Commission Européenne est d’avis que le régime semble constituer une aide d’état qui n’est pas compatible avec le marché commun, alors que le Conseil ECOFIN et la Commission européenne avaient convenu que le régime, sous sa forme amendée, était en conformité avec le Code de conduite et donc il n’était plus considéré comme dommageable dans le cadre d’une analyse politique. Dès lors que le Luxembourg est engagé dans un différend juridique avec la Commission européenne, il exprime son désaccord avec le présent Rapport qui considère que le régime luxembourgeois est dommageable, sous la forme d’une abstention...”. Veja-se tabela a pags. 5 daquele relatório na página da Internet da OCDE. Em conclusão diremos que a OCDE assume naquela sua publicação que entre os regimes fiscais que deixou de considerar como “non dommageable”, “aboli” ou “modifié”, à excepção do Luxemburgo, todos os restantes 41 tinham deixado de ser considerados prejudiciais.

⁷³⁷ Objectivo semelhante pretendeu a OCDE ao criar o *Fórum da OCDE para as Práticas da Concorrência Fiscal Prejudicial*, cuja primeira reunião ocorreu entre os dias 13 a 15 de Outubro de 1998, em que igualmente neste fórum de discussão e análise foram apresentados programas de desmantelamento dos aspectos das práticas da concorrência fiscal prejudicial que os regimes fiscais pudessem conter no tocante à localização das empresas multinacionais – *Clausula roll-over*, assim como se sugeria que os Estados se abstivessem de introduzir novos aspectos prejudiciais – *clausula standstill* –, devendo os Estados eliminar os aspectos nocivos dos seus regimes fiscais até 31 de Dezembro de 2005. Atente-se na grande semelhança entre os trabalhos desenvolvidos na OCDE em relação as práticas fiscais nocivas e os desenvolvimentos ocorridos no seio da União Europeia. – Sobre esta temática veja-se CLOTILDE

No tocante à temática que é o objecto do nosso estudo – Preços de Transferência – a análise do “*Código de Conduta*” no domínio da fiscalidade das empresas e do Relatório Final do *Grupo Primarolo* traz-nos à liça pontos importantes, quais sejam:

Há uma assunção clara no ponto B.4 daquele “*Código de Conduta*” de os Princípios e as Directrizes que integram as orientações emitidas pela OCDE ⁷³⁸, relativamente à determinação dos preços de transferência inter-empresarias dos grupos multinacionais, constituírem os métodos que os Estados-membros devem utilizar no seu direito fiscal, ou seja, há aqui uma transposição para o “*Direito Comunitário*” dos Princípios e Directrizes da OCDE sobre o Princípio da Plena Concorrência criado por aquela organização internacional.

No Relatório Final de avaliação das medidas que eram susceptíveis de enquadramento no “*Código de Conduta*” o *Grupo Primarolo* assumiu nos pontos 33 e 34 que existiam problemas concretos em medidas fiscais que integravam o direito fiscal dos Estados-membros que levantavam questões de conformidade das operações vinculadas com o “*Princípio da Plena Concorrência*”, pedra de toque na determinação dos preços de transferência.

Este *Grupo Primarolo* assume que as medidas nocivas que encontrou no estudo que efectuou ao Direito Fiscal de vários Estados-Membros são desconformes ao “*Princípio da Plena Concorrência*” ínsito nos Princípios e Directrizes oriundas da OCDE sobre a problemática dos Preços de Transferência, os quais, como já dissemos, são a pedra basilar para a determinação dos factos juridico-tributários em sede de tributação por cada um dos Estados-membros, ou seja, tal e qual o “*Código de Conduta*” impunha, os Estados-membros devem adaptar o seu direito fiscal interno às orientações da OCDE relativamente às operações vinculadas realizadas pelos grupos económicos plurilocalizados no espaço da União Europeia.

CELORICO PALMA, “A OCDE, a Concorrência Fiscal Prejudicial e os Paraísos Fiscais: Novas Formas de Discriminação Fiscal?”, *Ciência e Técnica Fiscal* – n.º 403, Centro de Estudos e Apoio à Políticas Tributárias, Julho-Setembro 2001, pags.149 a 171.

⁷³⁸ Os Princípios e Directrizes da OCDE sobre o Princípio da Plena Concorrência na determinação dos Preços de Transferência, assim como o MCOCDE, foram-se transformando de “*Soft-law*” em “*Hard-law*”, ao vermos como lentamente se foram integrando no Direito Internacional Fiscal e daí para os sistemas fiscais nacionais dos diversos Estados, de modo que, a sua assunção como integrando o direito fiscal internacional, apenas passou a possibilitar que os legisladores nacionais se limitassem a balizar o conteúdo e alcance das suas normas fiscais pelas regras da OCDE. Neste sentido veja-se CALDERÓN CARRERO J.M., *Precios de Transferencia e Impuesto sobre Sociedades*, Tirant lo Blanch, Valência, 2005, pags 21 e 22.

O Grupo *Primarolo* escarpelizou nos pontos 41 a 44 do seu Relatório Final um conjunto de medidas relacionadas com a determinação dos Preços de Transferência praticados em operações entre empresas inter-relacionadas e que foram positivamente consideradas como potencialmente prejudiciais e por tal facto susceptíveis de afectarem a localização das actividades empresariais nos Estados-membros, assumindo que seriam desconformes com os Princípios e Directrizes da OCDE para a determinação dos Preços de Transferência, ou seja, não estariam alinhadas com o Princípio da Plena Concorrência e plasmado como “*soft-law*” nas orientações constantes dos documentos oriundos da OCDE⁷³⁹.

É assim evidente que o Grupo *Primarolo* analisou os regimes fiscais dos Estados-membros à face do que lhes era imposto pelo Código de Conduta de Fiscalidade Empresarial e por tal teve que utilizar os Princípios, Directrizes e Critérios da OCDE sobre a problemática dos Preços de Transferência como um dos parâmetros a ter em linha de conta na determinação, ou não, da existência de práticas fiscais prejudiciais, perniciosas, malévolas ou desleais.

Aquele Grupo *Primarolo* afirmou concretamente que os Princípios internacionalmente reconhecidos em relação à tributação de operações internas de grupos de empresas multinacionais eram as Directrizes sobre Preços de Transferência oriundas da OCDE em 1995, e que qualquer desvio às mesmas que permita ou articule uma “*tax base shifting*” às empresas multinacionais, traduzindo-se numa permissão de sobrevalorização ou desvalorização de bens ou serviços intra-grupo, pode ser considerada uma prática fiscal prejudicial, perniciosa ou desleal, podendo até ser analisada à lupa das Ajudas de Estado na eventualidade de terem um carácter selectivo.

Da análise que fizemos ao “*Código de Conduta*” e ao Relatório Final do Grupo *Primarolo* há uma assunção plena de que os Princípios e Directrizes emanados da OCDE e orientadoras da determinação do Princípio da Plena Concorrência nos preços de transferência para as actividades inter-relacionadas das empresas plurilocalizadas

⁷³⁹ O Relatório Sobre as Práticas da Concorrência Fiscal Prejudicial da OCDE, *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, Paris, France, 1998, na sua recomendação n.º 6, recomenda que os Estados sigam os princípios constantes das Directrizes emanadas por aquela organização internacional, constituindo, este alinhamento, como um factor indicativo da não existência de práticas fiscais prejudiciais – Neste sentido veja-se CALDERÓN CARRERO J.M., *Precios de Transferencia e Impuesto sobre Sociedades*, Tirant lo Blanch, Valência, 2005, pags 26.

e integradas em grupos multinacionais são as orientações que os Estados-membros devem ter em conta no seu direito fiscal, permitindo-nos concluir assim pela transformação de um regime de direito tributário internacional em regras que devem ser seguidas pelos Estados-membros para não desvirtuarem a sã concorrência que entre eles tem que existir, “*comunitarizando-se*” por esta via as regras de uma organização internacional que é a OCDE^{740 741}, ou seja, mais uma vez pela via de uma “*soft-law*”, o “*Código de Conduta*”, se integra no direito internos dos Estados-membros outra “*soft-law*” e que se traduz no conjunto de “*Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais*” oriundos de uma organização internacional que é a OCDE.

A globalização dos Princípios e Directrizes da OCDE sobre o Princípio da Plena Concorrência nos Preços de Transferência aplicáveis às relações entre empresas inter-relacionadas e plurilocalizadas e integradas nos grupos multinacionais transforma-os, nos dias de hoje, numa “*international tax transfer pricing regime*” e integrado no designado “*international tax regime*”, observado tanto por países pertencentes àquela organização internacional como por países que não a integram. Neste sentido podemos observar que Países como o Chile, a Argentina, o Peru, a Venezuela⁷⁴², a Colômbia⁷⁴³ ou a Malásia⁷⁴⁴ passaram a utilizar aquelas orientações para conformarem a repartição da tributação internacional nos Preços de

⁷⁴⁰ Neste sentido veja-se CALDERÓN CARRERO J.M., *Precios de Transferencia e Impuesto sobre Sociedades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pags 29, quando afirma que “... el Grupo Primarolo «comunitarizó» las Directrices OCDE 1995 de precios de transferencia convirtiéndolas en el parámetro para determinar cuándo una regulación fiscal sobre operaciones vinculadas o intragrupo resulta admisible desde la perspectiva del proyecto UE de competencia fiscal pernicioso...”, acrescentando de seguida que “... Igualmente, las Directrices elaboradas por el Grupo Primarolo Y confirmadas por el propio ECOFIN, de 27 de noviembre de 2000, sobre headquarter company regime consideran pernicioso toda fórmula de determinación de beneficios que se desvíe significativamente de las OECD Transfer Pricing Guidelines...”

⁷⁴¹ No mesmo sentido veja-se RUIBAL PEREIRA, *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los CDIs y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*, IEF, Madrid, 2002, pags. 228, quando afirma que “... la compatibilidad de los regímenes fiscales privilegiados en la UE con los criterios contenidos en el código de conducta y las normas sobre ayudas de estado...” – apud CALDERÓN CARRERO J.M., *Precios de Transferencia e Impuesto sobre Sociedades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pags 29.

⁷⁴² Neste sentido veja-se sobre o Chile, Argentina, Peru e Venezuela – STACK/DEL CASTILLO/LEYVA, “Transfer Pricing in the US and Latin America”, *Tax Management Int’l Journal*, 2002, pags 24 e ss. - apud CALDERÓN CARRERO J.M. *Precios de Transferencia e Impuesto sobre Sociedades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pags 63.

⁷⁴³ Neste sentido veja-se JARAMILLO/SALINAS/CASTELLON, “Latin American Tax Review: Colombia’s Transfer Pricing Rules Struck Balance between competitiveness, Legality”, *Tax Notes International* – n.º 32, n.º 1, ano de 2003, pags. 53 e ss., apud CALDERÓN CARRERO J.M., *Precios de Transferencia e Impuesto sobre Sociedades*, Tirant lo Blanch, Valencia 2005, pags 63 e 64.

⁷⁴⁴ Neste sentido veja-se KASIPILLAI, “Malaysia Releases Transfer Pricing Guidelines”, *Tax Notes International* – n.º 31 – n.º 4, ano de 2003, a pags. 304 e 305, apud CALDERÓN CARRERO J.M., *Precios de Transferencia e Impuesto sobre Sociedades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pags 64.

Transferência, demonstrando-se inequivocamente que as orientações, princípios e directrizes da OCDE passaram de “*soft-law*” a “*hard-law*” com a sua integração no direito fiscal internacional e daí para o direito fiscal dos mais diversos países, independentemente de integrarem ou não a OCDE.

iv. Os Auxílios de Estado e a sua interligação com os Preços de Transferência

Como vimos o ponto “J” ⁷⁴⁵ do Código de Conduta no Domínio da Fiscalidade das Empresas, sob a epígrafe de Auxílios Estatais, assume que estão ali elencadas medidas fiscais que são susceptíveis de se enquadrarem nos artigos 107.º a 109.º do TFUE (vide anteriores artigos 87 a 89.º do TCE), sob a epígrafe de “ Os Auxílios Concedidos pelos Estados”, tendo-se então assumido que a Comissão iria disciplinar juridicamente as directrizes de aplicabilidade das regras dos Auxílios de Estado em matéria fiscal directa das empresas às medidas existentes nos Estados-membros sobre esta temática.

Há já aqui uma primeira conclusão que se deve retirar deste “Código de Conduta no Domínio da Fiscalidade das Empresas”. Uma “*soft-law*” consegue que um órgão da UE, a Comissão, crie uma “*hard-law*” para disciplinar medidas de carácter fiscal que fossem consideradas, ou viessem a ser consideradas, de natureza prejudicial, isto é, o Código de Conduta impõe com este ponto “J” uma clara articulação entre a concorrência fiscal nefasta ou prejudicial e o regime dos auxílios públicos dos Estados-membros ⁷⁴⁶.

A Comissão aceita assim claramente levar a cabo uma análise das medidas tributárias existentes nos vários ordenamentos jurídicos dos Estados-membros à luz

⁷⁴⁵ Pela importância do texto em questão, transcrevemos o teor da alínea “J”, sob a epígrafe de “*Auxílios de Estado*”, do Código de Conduta no Domínio da Fiscalidade das Empresas: “O Conselho constata que partes das medidas fiscais abrangidas pelo Código é susceptível de cair dentro do âmbito de aplicação das disposições contidas nos artigos 92.º a 94.º [actuais 87.º a 89.º] do Tratado CE relativas aos auxílios de estatais. Sem prejuízo da legislação comunitária e dos objectivos do Tratado, o Conselho regista que a Comissão se compromete a publicar, até meados de 1998, as directrizes para a aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas que respeitem à fiscalidade directa das empresas, depois de submeter o correspondente projecto à apreciação dos peritos dos Estados-membros no âmbito de uma reunião multilateral, e a zelar escrupulosamente pela rigorosa aplicação das regras relativas aos auxílios em questão, tendo nomeadamente em conta os efeitos negativos desses auxílios que venham a ser detectados na sequência da aplicação do presente código. O conselho regista igualmente a intenção da Comissão de analisar ou reanalisar caso a caso os regimes em vigor e os novos projectos dos Estados-Membros, garantindo coerência e igualdade de tratamento na aplicação das normas e dos objectivos do Tratado”.

⁷⁴⁶ Neste sentido veja-se ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS *Auxílios de Estado e Fiscalidade*, Almedina, Coimbra, 2003, pags. 484 e 485.

daquele “*Código de Conduta*”, incluindo ali aquelas medidas insertas no âmbito dos Auxílios de Estado e por via disso inseridas sob a temática da concorrência fiscal prejudicial ou nefasta.

É assim evidente que o regime jurídico comunitário sobre os Auxílios de Estado passa agora a ser utilizado sancionatoriamente para aquelas medidas fiscais insertas nos ordenamentos tributários dos Estados-membros e que à luz daquele “*Código de Conduta*” se integrem no conceito de prejudiciais ou nefastas, ganhando esta “*soft-law*” uma força jurídica que seria à partida susceptível de inaceitabilidade pelo compromisso político criador daquele “*Código de Conduta*”, e por esta via indirecta consegue-se transformar uma “*soft-law*” em “*hard-law*”. Ou seja, indirectamente consegue-se com o regime dos Auxílios de Estado o desmantelamento das medidas que sejam consideradas fiscalmente prejudiciais ou nefastas ⁷⁴⁷ e consequentemente incompatíveis com aquele regime, isto é, impõe-se uma clara primazia do direito comunitário dos Auxílios de Estado através do “*Código de Conduta*”.

Pela via daquela inclusão, quando estejam em causa recursos financeiros públicos dos Estados-membros e que sejam afectos às empresas, independentemente da forma jurídica utilizada pelos Estados da UE para consumir essa afectação, designadamente através de normas jurídicas que concedam selectivamente reduções à matéria colectável, reduções ao imposto que a final deveriam suportar, deferimento especiais ao tempo de pagamento dos impostos ou de práticas administrativas com diferenciações favoráveis, e independentemente de quem for a entidade pública que as concede, designadamente o poder central, regional ou local, e essas medidas tenham um carácter selectivo e sejam cumulativamente capazes de afectar, ou susceptíveis de o fazer, o comércio intracomunitário e consequentemente de trazerem consigo o falseamento, ou a sua ameaça, da livre concorrência dentro do espaço comunitário, passam, por vias de tais premissas, a ser assim analisadas à luz deste regime juridico-comunitário.

O “*Grupo do Código de Conduta*”, através dos trabalhos de desenvolvimento e avaliação que faz das medidas fiscais existentes nos Estados-membros, elabora um trabalho preparatório para a Comissão posteriormente as submeter ao crivo jurídico do

⁷⁴⁷ Veja-se sobre este aspecto ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, *Auxílios de Estado e Fiscalidade*, Almedina, Coimbra, 2003, pags. 487 e 488.

regime jurídico comunitário sobre os Auxílios de Estado, isto é, aquele órgão da UE utiliza o “*Código de Conduta*”, e a análise do “*Grupo do Código de Conduta*” das medidas fiscais ínsitas nos diversos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros, como um instrumento para conseguir a sua análise e possível sancionamento sob a óptica do regime jurídico-comunitário dos Auxílios de Estado, e por tal via o “*Grupo Primarolo*” mais não é do que um “instrumento” de recolha dessas medidas fiscais prejudiciais para a Comissão as analisar à luz deste regime jurídico-comunitário dos Auxílios de Estado⁷⁴⁸.

Nesse seguimento, e de acordo com as orientações do Conselho à Comissão suportadas no ponto “J” do “*Código de Conduta*”, este órgão da UE elaborou um conjunto de regras jurídicas sobre os Auxílios de Estado equacionadas sob o prisma da sua relação com a fiscalidade directa das empresas⁷⁴⁹, e por esta via caminha-se ao encontro das intenções daquele “*Código de Conduta*” na transformação das medidas fiscais prejudiciais, ou potencialmente prejudiciais, em situações susceptíveis de enquadramento nos Auxílios de Estado⁷⁵⁰.

Atente-se que a Comissão na argumentação que elaborou para a nota introdutória àquela Comunicação afirma que “...os auxílios de carácter fiscal insere[m]-se no objectivo (...) de reduzir as distorções da concorrência no mercado único [em que] o princípio da incompatibilidade com o mercado comum [se] aplica aos auxílios independentemente da forma que assumam e nomeadamente a certas medidas fiscais [pelo que se] ir[á] exigir um controlo ainda mais rigoroso dos auxílios estatais sob todas as suas formas [e] neste contexto exige-se igualmente, no interesse comum, que sejam considerados os efeitos importantes de certos auxílios fiscais sobre as receitas dos outros Estados-membros [e] a Comissão tenciona, como se refere no

⁷⁴⁸ Veja-se sobre este aspecto ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, *Auxílios de Estado e Fiscalidade*, Almedina, Coimbra, 2003, pags. 492, quando afirma que “...os trabalhos de avaliação do Código arriscam-se a transformarem-se em trabalhos preparatórios para a aplicação por parte da Comissão da disciplina, numa óptica cada vez mais restritiva, dos auxílios de Estado...”.

⁷⁴⁹ Veja-se a “*Comunicação da Comissão sobre a aplicabilidade das regras relativas aos auxílios estatais às medidas que respeitem à fiscalidade directa das empresas*”, publicado no Jornal Oficial n.º C 384 de 10/12/1998 p. 0003 a 0009.

⁷⁵⁰ Na sua Comunicação a Comissão faz apelo ao n.º 1 do artigo 87.º do TCE, que tem o seguinte teor: “Salvo disposição em contrário do presente Tratado, são incompatíveis com o mercado comum, na medida em que afectem 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” – (o sublinhado é nosso) – afirmando claramente que a expressão, “...independentemente da forma que assumam...”, permite integrar aqui, entre outros, eventuais diminuições das cargas fiscais dadas de forma selectiva ou parcial que beneficiem certas empresas em detrimento de outras, logo, falseadoras, ou susceptíveis de os ser, da sã concorrência a nível da União Europeia.

código de conduta, analisar ou reanalisar caso a caso, com base na presente comunicação, os regimes fiscais em vigor nos Estados-membros ...”.

É assim muito bem frisado por aquele órgão da UE que os ordenamentos jurídico-tributários dos Estados-membros contêm em si, e entre si, disposições que têm a possibilidade de provocarem distorções entre as suas trocas comerciais, isto é, de serem capazes de falsear as regras da sã concorrência integrada no Direito Comunitário e, por tal via, terem o condão de afectar as amplas liberdades do mercado comum integrado no espaço da UE, designadamente a afectação do exercício da liberdade de estabelecimento, e por via deste aspecto tais medidas fiscais têm que ser analisadas tendo em conta os seus efeitos.

Qualquer medida inserida num qualquer ordenamento jurídico dos Estados-membros que traga consigo um carácter selectivo e cuja concessão acarrete perdas de receitas fiscais deverá ser analisada sob o prisma dos Auxílios de Estado. Como muito bem se compreende mais não são do que vantagens concedidas selectivamente a certas e determinadas empresas em detrimento do erário público e por via delas aquelas conseguem vantagens com a diminuição dos seus custos fiscais, independentemente de serem concedidos através de uma diminuição da matéria colectável, de taxas ou de qualquer outra forma benéfica em relação ao tributo final a entregar ao Estado⁷⁵¹, isto é, sempre que a Comissão esteja perante a selectividade de medidas fiscais deverá analisá-las à luz da sua integração no Direito Comunitário regulamentador dos Auxílios de Estado^{752 753}.

Atente-se que a Comissão deita mão de uma vasta jurisprudência criada por acórdãos do TJCE, e que cita, para justificar as regras por si criadas, isto é, aquele

⁷⁵¹ Ao dissertar sobre esta Comunicação da Comissão MARTÍN JIMÉNEZ A.J. e CALDERÓN CARRERO J.M., *Imposición Directa y no Discriminación Comunitaria*, Edersa, Madrid, 2000, pags. 193, afirmam que “... en ella se indica que determinados medidas tributarias (la reducción de la base imponible por vía de deducciones excepcionales, amortizaciones extraordinarias o aceleradas, reservas etc.; la reducción de la cuota por medio de exenciones, crédito fiscales etc.; el aplazamiento, la anulación o incluso reescalonamiento excepcional de la deuda fiscal) pueden ser ayudas de estado en el sentido del artículo 87 TCE...” , com a qual concordamos.

⁷⁵² Na doutrina há quem partilhe a opinião de que o princípio da plena concorrência, praticado pelos Estados-membros, se não obedecer às orientações da OCDE sobre esta temática, será susceptível de integrar o conceito de Ajudas de Estado – Veja-se, nomeadamente, DE HOSSON, “Codification of the Arm’s Length Principle in the Netherlands Corporate Income Tax Act”, *Intertax – Volume 30 – n.º 5*, 2002, pags 191.

⁷⁵³ Sobre as premissas que as normas tributarias devem ter, para serem consideradas com probabilidades de integrarem o conceito de ajudas de Estado, veja-se MARTÍN JIMÉNEZ A.J. e CALDERÓN CARRERO J.M., *Imposición Directa y no Discriminación Comunitaria*, Edersa, Madrid, 2000, pags. 194 e 195.

órgão da UE apoia-se nas decisões judiciais de um órgão judicial Comunitário, e que merecem sempre uma aceitação muito especial a nível de opinião, quer pública, quer dos Estados-Membros, para dar uma maior força à sua própria tomada de decisão.

O Conselho da UE aprovou em 23 de Novembro de 1999 o Relatório elaborado pelo “*Grupo do Código de Conduta*”, onde estavam devidamente enumeradas 66 (sessenta e seis) medidas que aquele “*Grupo Primarolo*” entendeu que preenchiam as condições para serem consideradas potencialmente prejudiciais e por tal via terem potencialidades para afectarem significativamente a localização das actividades empresariais no espaço da União Europeia, logo com grande possibilidade de afectarem a liberdade de estabelecimento e por inerência a liberdade de movimentação de capitais.

Após a publicação pela Comissão das regras jurídicas disciplinadoras dos Auxílios de Estado, a publicação do Regulamento (CE) n.º 659/1999, do Conselho de 22 de Março de 1999, que estabelece as regras de execução do artigo 109.º do TFUE (vide anterior artigo 89.º do TCE – ex-artigo 93.º –) e a aprovação do Relatório do Código de Conduta pelo “*Grupo Primarolo*”, a Comissão encetou procedimentos conducentes à análise das medidas fiscais em vigor em determinados Estados-Membros, designadamente a Alemanha (sobre os centros de controlo e coordenação)⁷⁵⁴, Espanha (sobre centros de coordenação de Biscaia)⁷⁵⁵, França (sobre centros de operações e dos centros logísticos)⁷⁵⁶, Luxemburgo (sobre centros de coordenação)⁷⁵⁷ e Bélgica (sobre o regime fiscal de *ruling* aplicável às sociedades de vendas americanas «US Foreign Sales Corporations»)⁷⁵⁸ e (sobre os centros de coordenação estabelecidos neste país)^{759 760 761}.

⁷⁵⁴ Decisão da Comissão, de 5 de Setembro de 2002, publicada no Jornal Oficial n.º L 177, de 16/07/2003, pags. 0017 a 0021.

⁷⁵⁵ Decisão da Comissão, de 22 de Agosto de 2002, publicada no Jornal Oficial n.º L 031, de 06/02/2003, pags. 0026 a 0031.

⁷⁵⁶ Decisão da Comissão, de 13 de Maio de 2003, publicada no Jornal Oficial n.º L 023, de 28/01/2004, pags. 0001 a 0013.

⁷⁵⁷ Decisão da Comissão, de 16 de Outubro de 2002, publicada no Jornal Oficial n.º L 170, de 09/07/2003, pags. 0020 a 0028.

⁷⁵⁸ Decisão da Comissão, de 24 de Agosto de 2003, publicada no Jornal Oficial n.º L 023, de 28/01/2004, p. 0014 a 0026.

⁷⁵⁹ Decisão da Comissão, de 17 de Fevereiro de 2003, publicada no Jornal Oficial n.º L 282, de 30/10/2003, pags. 0025 a 0045.

⁷⁶⁰ Sobre o número de procedimentos de análise iniciados pela Comissão em 2001, sob a alçada dos Auxílios de Estado, de regimes que potencialmente pudessem ser qualificados de prejudiciais, após a sua qualificação como tal no Relatório do Grupo “Primarolo”, veja-se ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, *Auxílios de Estado e Fiscalidade*, Almedina, Coimbra, 2003, a pags. 492, sob a nota de rodapé n.º 375.

Se compaginarmos as 66 (sessenta e seis) medidas que aquele “Grupo Primarolo” entendeu que preenchiam as condições para serem consideradas potencialmente prejudiciais com aqueles procedimentos encetados pela Comissão, concluímos que os regimes fiscais constantes destes procedimentos integram-se nas medidas que aquele grupo considerou como prejudiciais, designadamente sob a epígrafe iii) Serviços intragrupo, sob os n.º 41 a 44 e sob a epígrafe iv) Sociedades holding, sob os n.º 45 a 51 ⁷⁶².

Se passarmos em revista os procedimentos encetados pela Comissão e as medidas fiscais consideradas de carácter prejudicial, verificamos que têm como ponto comum a apreciação que fazem sobre a determinação dos preços de transferência com a aplicação do método *Cost-plus*, baseado em rácios fixos ou *safe harbors* e resultante de acordos alcançados entre empresas multinacionais e Administrações Fiscais de Estados-membros, acordos estes que numa primeira análise se poderiam subsumirem sob uma qualquer modalidade do conceito de APP mas aquele órgão da UE entendeu que tais regimes fiscais continham em si regras prejudiciais ao bom funcionamento do mercado comunitário e às suas amplas liberdades, designadamente a liberdade de estabelecimento, pelo que configuravam um desvio das regras internacionais emanadas pela OCDE sobre Preços de Transferência ^{763 764}.

Este órgão comunitário sustenta as suas análises quer no “Código de Conduta”, quer no Relatório do “Grupo Primarolo”, para concluir que tais regimes configuram vantagens fiscais concedidas pelos Estados-membros que caem na alçada do regime dos Auxílios de Estado inserido no n.º 1 do artigo 107.º do TFUE (vide n.º 1 do anterior artigo 87.º do TCE), e consequentemente não cumprem as regras jurídicas emanadas dos Princípios e Directrizes sobre Preços de Transferência da OCDE, isto é, a

⁷⁶¹ Sobre esta temática veja-se JOSÉ MANUEL CALDERÓN CARRERO, *Precios de Transferencia e Impuesto sobre sociedades*, Tirant lo Blanch, Valência, 2005, pags. 42.

⁷⁶² A título exemplificativo, vejam-se as medidas inventariadas de A001 a A010, sob o título de, *centros de coordenação, centros de distribuição, centros de serviços, métodos de custos majorados, ruling sobre o método do preço de revenda (com redução) (resale minus)*, ou em E001 e E003 sobre *ruling aplicável às sociedades norte-americanas de vendas no mercado internacional (FSC)* ou sobre *ruling aplicável às sociedades norte-americanas de vendas no mercado internacional (US FSC)*.

⁷⁶³ Como já foi por nós referido, esta posição do Grupo “Primarolo”, a posição Conselho que aprovou o Relatório deste Grupo e por fim a posição da Comissão que, ao analisar as medidas consideradas potencialmente prejudiciais à luz dos princípios e das directrizes da OCDE sobre preços de transferência, mais não fazem do que transformar em “direito comunitário derivado” aquelas normas internacionais de direito fiscal.

⁷⁶⁴ Sobre a temática da “comunitarização” das orientações da OCDE sobre preços de transferência, veja-se a nota de rodapé n.º 51 de CALDERÓN CARRERO J.M., *Precios de Transferencia e Impuesto sobre sociedades*, Tirant lo Blanch, Valência, 2005, pags. 42.

“comunitarização” das regras emitidas pela OCDE sobre os Preços de Transferência tem como consequência lógica que qualquer normativo existente nos ordenamentos tributários dos Estados-membros que não esteja alinhado com semelhante direito fiscal internacional tem como potencialidade gerar um conflito com o Regime Comunitário das Ajudas de Estado, ou seja, desde que haja um desvio das regras juridico-fiscais emanadas pelos Estados da UE com as orientações oriundas da OCDE e por tal não se permita a determinação dos Preços de Transferência segundo o Princípio da Plena Concorrência, é provável que aquele órgão comunitário ao proceder à sua análise considere que elas são susceptíveis de conferir um vantagem fiscal às empresas que as utilizem e por esta via criar-se uma falsa concorrência na União Europeia. Ou seja, incorporam em si elementos jurídicos que são susceptíveis de provocarem distorções às amplas liberdades Europeias^{765 766}, nomeadamente, afectar o direito à ampla liberdade de estabelecimento no espaço Comunitário.

É evidente que toda esta actuação, interpretação e aplicação do direito pela Comissão deve ser feita *cum grano salis* para nunca se ser tentado a tirar conclusões e consequências extremas do Regime Jurídico das Ajudas de Estado porquanto, se houver um extremar de posições por parte daquele órgão da UE, seríamos tentados a concluir que qualquer configuração nos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros que indiciassem um pequeno desvio que tivesse a susceptibilidade de reflectir uma pequena vantagem fiscal às empresas, seria passível de se deduzir que aquelas regras não permitiam uma plena integração dos preços praticados nas operações vinculadas ao Princípio da Plena Concorrência, definido e densificado pela OCDE, logo, teriam tais regras a susceptibilidade de levar a Comissão a abrir um procedimento de injunção aos Estados visados com intuito de apurar se eram ou não promotores de Auxílios de Estado indevidos e por conseguinte não autorizados⁷⁶⁷.

⁷⁶⁵ Realçamos aqui a afirmação feita por JOSÉ MANUEL CALDERÓN CARRERO, *Precios de Transferencia e Impuesto sobre sociedades*, Tirant lo Blanch, Valência, 2005, quando, a pags 45, se refere a VANISTENDAEL, “Janus with two faces, or many faces of taxation”, *Liber Aicorum Sven-Olof Lodin*, Kluwer, The Hague, 2001, pags. 300 e segs. para afirmar que há autores que ao descreverem “... sobre los efectos que se derivan del Derecho Comunitario en este ámbito (...). han puesto de manifesto cómo la combinación del Código de Conducta de Fiscalidad Empresarial con las disposiciones del TCE sobre Ayudas de Estado ha terminado objetivando y ampliando el alcance de la prohibición de competencia fiscal a nivel comunitario...”.

⁷⁶⁶ Concordamos integralmente com ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, *Auxílios de Estado e Fiscalidade*, Almedina, Coimbra, 2003, pags. 487, quando afirma que, “...dadas as dificuldades de serem estabelecidas linhas divisórias nítidas relativas à aplicabilidade dos dois institutos, o regime dos auxílios pode ser brandida como uma ameaça de sanção e o Código ganha agora uma vocação jurídica que parecia arredada das intenções iniciais dos Estados membros...”.

⁷⁶⁷ Concordamos com JOSÉ MANUEL CALDERÓN CARRERO, *Precios de Transferencia e Impuesto sobre sociedades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, quando afirma a pags 45 que “... debe destacarse que

Do que expusemos temos que tirar importantes conclusões, designadamente, a obrigação dos Estados-membros eliminarem a legislação fiscal que seja contrária aos “Auxílios de Estado”, isto é, que não esteja alinhada com os princípios e directrizes da OCDE orientadores em matéria de preços de transferência e agora integrados no Direito Comunitário pela “comunitarização” que a UE levou a cabo, pelo que na eventualidade de terem sido concedidos benefícios às empresas com aquele suporte legal têm aqueles Estados-membros infractores a obrigação de impor às empresas a sua reposição, ou seja, a recuperação do “Auxílio de Estado” indevidamente concedido, a sua sujeição a juros, o alargamento do prazo de caducidade do direito de exigir a restituição do auxílio para 10 (dez) anos⁷⁶⁸.

Evidentemente que toda esta situação jurídica tem ainda outra consequência deveras interessante que se traduziu em que, pela via dos Regime Jurídico Comunitário dos Auxílios de Estado, a Comissão concretizou um conjunto de normas juridico-tributárias unificadoras e impô-las aos Estados-membros. É assim algo surpreendente este abrir mão do poder dos Estados-membros de criarem, por unanimidade, regras tributárias, a favor da Comissão que, através da análise sob a capa jurídica do Regime dos Auxílios de Estado, pode fazer às normas para vigorarem na União Europeia, com o argumento de que as mesmas devem obedecer às orientações emanadas pela OCDE⁷⁶⁹.

É evidente que se toda esta temática fosse levada às suas últimas consequências, isto é, se se extremassem interpretações jurídicas e que tudo não fosse feito *cum grano salis*, no máximo dos rigores, teríamos até que admitir a proibição da celebração pelos Estados-membros de APP, uma vez que através dos mesmos os Estados-membros e as empresas envolvidas sempre contratualizam uma

*actualmente parece aceptarse que el alineamiento de las normas nacionales sobre determinación Y valoración de la base imponible en el impuesto sobre sociedades con las Directrices OCDE sobre precios de transferencia excluye tal efecto distorsionador y, con ello, la incompatibilidad de tal normativa con el Derecho comunitario; **no obstante, tal compatibilidad con el ordenamiento comunitario se obtiene por los Estados cediendo importantes parcelas de «soberanía fiscal» (poder tributario) a la hora de configurar su sistema tributario...**” (sublinhado nosso).*

⁷⁶⁸ Sobre as consequências da declaração de ilegalidade dos auxílios de Estado veja-se MARTÍN JIMÉNEZ A.J. e CALDERÓN CARRERO J.M., *Imposición Directa y no Discriminación Comunitaria*, Edersa, Madrid, 2000, pags. 197.

⁷⁶⁹ Concordamos com MARTÍN JIMÉNEZ A.J. e CALDERÓN CARRERO J.M., *Imposición Directa y no Discriminación Comunitaria*, Edersa, Madrid, 2000, quando afirma a pags. 196 que “... los problemas que hemos apuntado pueden llevar a una expansión de las competencias de la Comisión en relación con las normas tributarias que restrinja de forma indebida las competencias de los Estados miembros (...) con el efecto de que el artículo 87.1 TCE se convierta en el instrumento lucha contra la competencia fiscal perniciosa, es decir, de ejecución del Código de Conducta, algo que, probablemente, nunca pensaron los Estados miembros cuando aprobaron esta norma «soft-law» ...”

pré-definição da forma de determinação dos Preços de Transferência que, apesar de trazerem consigo a certeza e segurança jurídica, não é contudo certo que no máximo dos rigores os preços deles resultantes fossem exactamente iguais aos que se obteriam, se se utilizasse em cada momento que se pratica uma operação vinculada, com a aplicação rigorosa do Princípio da Plena Concorrência, isto é, no absurdo do máximo dos rigores sempre poderíamos alegar que os APP celebrados pelos Estados-Membros teriam potencialidades passíveis de falsear, ou ameaçar falsear, a concorrência e serem susceptíveis de favorecerem estas empresas em relação às suas concorrentes, logo, seriam também passíveis de serem analisados à lupa do Regime Jurídico dos Auxílios de Estado⁷⁷⁰.

v. O Fórum Conjunto em Matéria de Preços de Transferência

A Comissão da UE veio no seu estudo “*La Fiscalité des entreprises dans le Marché Intérieur*”⁷⁷¹ referir a páginas 263 que “...Le rapport Ruding de 1992 considèrait que les prix de transfert était un des domaines les plus importants pour l’avenir en matière de fiscalité international et pour de Marché intérieur et émettait quelques recommandations dont notamment, mais elle n’était pas la seule, celle de ratifier la Convention d’Arbitrage de l’EU...”, isto é, apela, no seguimento do que já era feito no relatório Ruding, à necessidade em se utilizar a Convenção de Arbitragem⁷⁷² da UE como instrumento para os Estados-membros procederem à eliminação dos problemas inerentes à dupla tributação internacional no âmbito das correcções originadas pela prática dos preços de transferência. Nesse mesmo estudo a Comissão Europeia lembra a páginas 276 que “...la cause principale est que les entreprises ne recourent pas aux procédures amiables parce qu’elles considèrent qu’elles sont trop longues et mobilisent trop de ressources par rapport aux enjeux...”, mas também ali refere a páginas 282 que “...la Convention d’Arbitrage de l’UE qui est un mécanisme de règlement des litiges spécifique à l’UE. Elle ne porte que sur les prix de transfert,

⁷⁷⁰ Partilhamos da análise feita por ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, *Auxílios de Estado e Fiscalidade*, Almedina, Coimbra, 2003, pags. 510, sob o n.º 76, quando afirma que “...tendo por pano de fundo a luta contra a concorrência fiscal prejudicial, as medidas ligadas à tributação directa passam assim a ser objecto de uma dupla avaliação, em sede do Código e em sede de auxílios de Estado. Com isso, estas medidas passam a ser submetidas a um controlo mais exigente do que aquele de que são objecto muitas das restantes formas de auxílio, ficando ferido o princípio de igualdade de tratamento que deveria nortear o controlo das várias formas de auxílio...”.

⁷⁷¹ SEC (2001) 1681 Final.

⁷⁷² Convenção relativa à eliminação da dupla tributação em caso de correcção de lucros entre empresas associadas, 90/436/CEE, JO L 225 de 20/08/1990 pags. 0010-0024.

c'est-à-dire sur les litiges relatifs au respect ou non du principe de pleine concurrence dans les échanges intra-groupes...”.

A Comissão, e no seguimento dos estudos que têm sido levados a cabo no seio da UE, reconheceu, mais uma vez, na sua Comunicação intitulada *“Para um mercado interno sem obstáculos fiscais – Estratégia destinada a proporcionar às empresas uma matéria colectável consolidada do imposto sobre as sociedades para as suas actividades a nível da EU”*⁷⁷³, a necessidade que havia de se proceder à eliminação da dupla tributação internacional originada pelas correcções levadas a cabo em função da aplicabilidade do “Princípio da Plena Concorrência” aos Preços de Transferência praticados nas relações vinculadas entre empresas relacionadas no seio dos grupos multinacionais, declarando expressamente que aquela “...convenção de arbitragem deve ser melhorada e transformada num instrumento de direito comunitário...”, apesar de também assumir que a mesma deve ser trabalhada no sentido de eliminar as suas imperfeições, uma vez que em sua opinião este instrumento jurídico de raiz comunitária é fundamental para conseguir aquele desiderato e, em vista a esse objectivo criou o *“Fórum Conjunto em Matéria de Preços de Transferência”*⁷⁷⁴ – *FCPT*, incumbindo-o de levar a cabo um estudo em que fossem desenvolvidas tarefas no sentido de se assegurar que os Estados-membros da UE aplicassem uniformizadamente as directrizes e princípios da OCDE em matéria de preços de transferência, entre outros, tentativa de uma uniformização da interpretação do princípio da plena concorrência e dos diferentes métodos de comparação dos preços praticados e dos requisitos da documentação exigida, incentivo e uniformização de toda a temática ligada à utilização dos Acordos Prévios de Preços de Transferência como mecanismo de eliminação destes problemas, que todos os procedimentos em vista à utilização da Convenção 90/436/CEE e ao procedimento amigável no âmbito da CDTs sejam uniformes em todos os Estados-membros^{775 776 777 778}.

⁷⁷³ COM (2001) 582 Final.

⁷⁷⁴ A Comissão, na sua Comunicação de 23 de Outubro de 2001 recomendou a criação do FCPT, facto que foi assumido pelo Conselho em 11 de Março de 2002 e que considerou aquela proposta da válida e, por tal, foi criado este Fórum.

⁷⁷⁵ No sítio da Internet da “Commission européenne – Prix de transfert – Forum sur les prix de transfert” – http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/transfer_pricing/forum/index_fr.htm – veja-se a página do FCPT em que se assumem os métodos de trabalho que devem ser utilizados assim como os objectivos que se devem alcançar, ao indicar que “...comme indiqué également dans les conclusions du Conseil, le FCPT, dont les méthodes de travail doivent reposer sur le principe du consensus, a pour tâche d'identifier des solutions pragmatiques non législatives aux problèmes pratiques posés par les règles en vigueur dans l'UE dans le domaine des prix de transfert, en respectant le cadre fixé par les principes de l'OCDE applicables en la matière...”.

⁷⁷⁶ Neste sentido vide CALDERÓN CARRERO J.M., *Precios de Transferencia e Impuesto sobre Sociedades*, Tirant lo Blanch, Valência, 2005, pags.27 e 28.

Integram este Fórum um perito de cada Estado-membro e peritos que representam as empresas, e ainda têm assento nas reuniões, como assistentes, observadores do secretariado da OCDE⁷⁷⁹. A sua primeira reunião já foi realizada no passado dia 3 de Outubro de 2002⁷⁸⁰ e o seu primeiro resultado visível traduziu-se na concepção de um “Código de Conduta respeitante à aplicação da Convenção 90/436/CEE”, relativa à eliminação da dupla tributação em caso de correcção de lucros entre empresas associadas e a determinadas questões conexas com o procedimento amigável previsto nas convenções de dupla tributação celebradas entre Estados-Membros”, que foi integrado na Comunicação que a Comissão fez sobre os “Trabalhos efectuados pelo fórum conjunto de EU em matéria de preços de transferência no

⁷⁷⁷ Sobre os objectivos do FCPT veja-se GARCIA PRATS, F.A., “Los Precios de Transferencia: su Tratamiento Tributario desde una Perspectiva Europea”, *Cronica Tributaria* – N.º 117, 2005, pags. 76, quando afirma que “...el Forum tiene como principales objetivos la consecución de una aplicación más uniforme de las reglas tributarias sobre precios de transferencia en el seno de la Unión Europea, resolver las dificultades derivadas de la aplicación concreta del Convenio sobre Arbitraje, así como la proposición de mejoras no legislativas a la aplicación práctica de la normativa tributaria sobre precios de transferencia, a efectos de reducir la litigiosidad y sus costes...”

⁷⁷⁸ O conteúdo e alcance dos mandatos do FCPT foram amplamente esclarecidos pela Comissão em COM (2004) 297 final -Bruxelas, 23.04.2004, pags.5, item 10, quando ali esclarece que “...a Comissão deseja dissipar qualquer equívoco que tenha podido surgir a respeito do mandato do fórum para encontrar eventuais soluções não legislativas para determinados problemas práticos. Este aspecto do mandato tinha por objectivo evitar que as competências respectivas das instituições da UE e dos Estados-Membros fossem prejudicadas de alguma forma, dizendo por conseguinte respeito à legislação comunitária. Não se procurou de modo algum impedir que o FCPT proponha melhorias práticas que possam implicar alterações legislativas em certos Estados-Membros. Na medida em que o FCPT é um grupo de peritos meramente consultivo, qualquer decisão sobre uma eventual alteração legislativa será sempre em qualquer caso e exclusivamente da competência dos Estados-Membros em causa...”, sendo assim evidente que os trabalhos do FCPT em nada afectam as competências exclusivas em matéria de tributação directa dos Estados-membros.

⁷⁷⁹ No sítio da Internet da “Commission européenne, Prix de transfert – Forum sur les prix de transfert, http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/transfer_pricing/forum/index_fr.htm, estão publicitados os nomes do presidente e dos membros do sector empresarial que integram o FCPT, que, para o mandato de 2007 e 2008. Assim indica-se ali que “...la Commission (...) faisant suite à l'appel à candidature du 22 décembre 2006 se rapportant à la nomination des 15 membres représentant le secteur privé et du Président du FCPT (...) a adopté le 17 avril 2007 la liste des personnes désignées: Président : Bruno GIBERT; Liste des membres: Dirk VAN STAPPEN; Isabel VERLINDEN; Svetla MARINOVA; Werner STUFFER; Heinz-Klaus KROPPE; Kennet PETTERSSON; Sabine WAHL; Guglielmo MAISTO; Guy KERSCH; Theo KEIJZER; Monique VAN HERKSEN; Håkan ANDREASSON; Eduardo GRACIA; Michael SUFRIN; Nicholas DEE. (...) Il s'agit d'un mandat pour deux ans, renouvelable...”. Em 4 de Fevereiro de 2009 a Comissão desigou uma nova lista de pessoas que integram o FCPT, que em tudo é igual à anterior com excepção de “Håkan ANDREASSON” que foi substituída por Andrea BONZANO.

O mandato do FCPT foi renovado pela Comissão até ao fim de Março de 2011.

⁷⁸⁰ No sítio da Internet da “Commission européenne – Prix de transfert – Forum sur les prix de transfert” – http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/transfer_pricing/forum/index_fr.htm – estão publicitadas as reuniões havidas pelo FCPT até ao início do ano de 2010, que inserimos em seguida:

Reunião	Data	Reunião	Data	Reunião	Data	Reunião	Data
		21	1/02/2008	14	12 & 13/12/2005	7	18/03/2004
27	04/02/2010	20	3/10/2007	13	20/09/2005	6	11/12/2003
26	27/10/2009	19	8/06/2007	12	21/06/2005	5	11/09/2003
25	03/06/2009	18	7/12/2006	11	6/03/2005	4	19/06/2003
24	24/03/2009	17	4/09/2006	10	4/12/2004	3	02/04/2003
23	27/11/2008	16	20/06/2006	9	6/09/2004	2	04/12/2002
22	05/06/2008	15	21/03/2006	8	0/06/2004	1	03/10/2002

QUADRO N.º 17

domínio da tributação das empresas entre Outubro de 2002 e Dezembro de 2003 e da proposta de um Código de Conduta para efectiva implementação da Convenção de Arbitragem (90/436/CEE, de 23 de Julho de 1990) ”⁷⁸¹. Este “Código de Conduta” foi aprovado pelo Conselho de Ministros de Novembro de 2004⁷⁸².

O segundo resultado visível do labor deste FCPT traduziu-se na aprovação do “Código de Conduta Relativo à Documentação dos Preços de Transferência para as Empresas Associadas na União Europeia” – (DPT UE), cujo objectivo se traduziu numa tentativa de uniformização da documentação que as empresas associadas deveriam apresentar junto dos Estados-membros em face da prática de operações vinculadas, pretendendo-se por esta via reduzir significativamente as dificuldades ligadas à demonstração da aplicabilidade do princípio *at arm's length* por aquelas operações vinculadas e ocorridas nos Estados-membros, tentando-se assim determinar-se o conjunto mínimo de informações que aquelas empresa vinculadas deviam possuir^{783 784 785}.

O terceiro facto com interesse tratado pelo FCPT relaciona-se com os “Acordos Prévios sobre os Preços de Transferência (APP) ”⁷⁸⁶ na União Europeia”, apresentado

⁷⁸¹ Veja-se COM(2004) 297 final, Bruxelas, 23.04.2004.

⁷⁸² No sítio da Internet da *Commission européenne – Prix de transfert – Forum sur les prix de transfert*, http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/transfer_pricing/forum/index_fr.htm – sob o ponto 1 está indicada este Código de Conduta como sendo o primeiro trabalho com visibilidade originado pelo FCPT.

⁷⁸³ Com base no Relatório do FCPT a Comissão apresentou em 7 de Novembro de 2005, ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu uma “Proposta de Código de Conduta relativo à documentação dos preços de transferência para as empresas associadas na UE”, proposta esta que foi aceite e, por tal, aprovada através da “Resolução do Conselho e dos Representantes dos Governos dos Estados-membros”, reunidos no Conselho, de 27 de Junho de 2006. O referido documento foi publicado no Jornal Oficial da União Europeia com o n.º C 176/1 a C 176/7, de 28 de Julho de 2008.

⁷⁸⁴ No sítio da Internet da *Commission européenne – Prix de transfert – Forum sur les prix de transfert*, http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/transfer_pricing/forum/index_fr.htm, sob o ponto 2 está indicada este Código de Conduta como sendo o segundo trabalho com visibilidade originado pelo FCPT.

⁷⁸⁵ Veja-se o “Rapport sur les activités du forum conjoint de l’UE sur les prix de transfert dans le domaine des exigences en matière de documentation (COM (2005)543final)”, SEC (2005) 1477, Bruxelles, 11/11/2005, sobre os trabalhos desenvolvidos pelo FCPT que levaram à apresentação da proposta do “Código de Conduta Relativo à Documentação dos Preços de Transferência para as Empresas Associadas na União Europeia” – (DPT UE), nomeadamente que o seu estudo decorreu das 5 (cinco) reuniões que aquele Fórum teve entre 18 de Março de 2004 e 16 e 17 de Março de 2005, veja-se ponto 1, e por tal, “...en mai 2005, le forum a adopté par consensus le présent rapport et les conclusions qui y sont annexées...”, veja-se o ponto 10, que integra a sua proposta daquele “Código de Conduta”, cujas justificações para a sua proposta estão resumidamente ali integradas sob os pontos 4 a 8.

⁷⁸⁶ O FCPT dá-nos a sua noção de APP no “Rapport préparé par le Forum Conjoint de l’UE sur les Prix de Transfert (...) concernant les activités du forum conjoint de l’UE sur les prix de transfert dans le domaine de la prévention et du règlement des différends et concernant des lignes directrices relatives aux accords préalables sur les prix dans l’UE”, SEC(2007) 246, Bruxelles, 26.2.2007, pags. 11, pontos 43 – *in fine*, ao esclarecer que « ...un APP est un accord qui fixe, préalablement à des transactions entre entreprises associées, un ensemble approprié de critères (concernant, par exemple, la méthode de calcul, les

à Comissão e que esta, por sua vez, introduziu no espaço comunitário as “Directrizes relativas aos Acordos Prévios sobre os Preços de Transferência (APP) na União Europeia”⁷⁸⁷, facto que tem em vista criar e incentivar os Estados-membros a utilizarem um guião comum na elaboração de APP multilaterais, como boa política fiscal, no sentido de preventivamente eliminarem os eventuais conflitos que pudessem surgir entre as Administrações Fiscais e as empresas associadas e plurilocalizadas em diversos Estados-membros relativamente à aplicabilidade do *arm’s length principle* às operações vinculadas^{788 789 790}.

Na sua reunião de 28 de Junho de 2007⁷⁹¹ o FCPT aprovou o seu programa para os anos de 2007 e 2008⁷⁹², em que perspectivava tratar dos seguintes assuntos:

éléments de comparaison, les correctifs à y apporter et les hypothèses de base relatives à l'évolution future) pour la détermination des prix de transfert appliqués à ces transactions au cours d'une certaine période... ».

⁷⁸⁷ As “Directrizes relativas aos Acordos Prévios sobre os Preços de Transferência (APP) na União Europeia” integram o “Anexo” da “Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu relativa às actividades do Fórum Conjunto da UE sobre Preços de Transferência no domínio da prevenção e resolução de litígios e às directrizes para os acordos prévios em matéria de preços de transferência na UE”, COM(2007) 71 final, Bruxelas, 26.2.2007, pags, 9 a 25.

⁷⁸⁸ A Comissão assume que “...no âmbito da prevenção e resolução de litígios, o Fórum estudou várias possibilidades de reduzir o ónus que os preços de transferência representam para os contribuintes. São elas: verificações fiscais simultâneas; parecer de especialista ou mediação; notificação, consulta ou acordo prévios; APP...”, ou seja, aquele FCPT colocou como última possibilidade de análise os APP, contudo foi esta que a sua opção como claramente é assumido ao escrever-se que “...o FCPT concluiu que, embora todas essas possibilidades fossem viáveis com os instrumentos existentes, a criação de mecanismos eficazes levaria muito tempo e poderia mesmo exigir alterações fundamentais na legislação nacional. O Fórum considera que tal tarefa estaria fora da sua esfera de competências, devendo o seu tempo e recursos ser consagrados à definição de procedimentos de APP...” de acordo com a sua Comunicação, COM(2007) 71 final, Bruxelas, 26.2.2007, pags, 4, ponto 7 e 11.

⁷⁸⁹ Conforme afirma a Comissão na sua Comunicação, COM(2007) 71 final, Bruxelas, 26.2.2007, pags. 3, ponto 3, que “...os litígios entre um contribuinte e uma administração fiscal motivados pelos preços de transferência conduzem frequentemente a uma dupla tributação (...)seria da maior conveniência evitar à partida a ocorrência de tais conflitos entre administrações fiscais...”, acrescentando no ponto 4 que “...esta terceira comunicação tem, portanto, como finalidade principal prevenir conflitos a respeito dos preços de transferência e a concomitante dupla tributação, introduzindo directrizes para acordos prévios sobre os preços de transferência (a seguir, “APP”) na UE...”.

⁷⁹⁰ Veja-se o “Rapport préparé par le Forum Joint de l'UE sur les Prix de Transfert (...) concernant les activités du forum conjoint de l'UE sur les prix de transfert dans le domaine de la prévention et du règlement des différends et concernant des lignes directrices relatives aux accords préalables sur les prix dans l'UE”, SEC(2007) 246, Bruxelles, 26.2.2007, pags. 5 e 6, pontos 7 e 11, em que se demonstra que a propositura à comissão das linhas orientadoras para a celebração dos APP resultaram das 7 (sete) reuniões havidas pelo FCPT entre 16 e 17 de Março de 2005 a 14 de Setembro de 2006, e em que aquele forum esclarece que “...à l'heure actuelle, les travaux du forum se focalisent essentiellement sur la prévention des différends, c'est-à-dire sur les moyens d'éviter que des différends ne surviennent entre administrations fiscales. Le forum tente aussi d'identifier des mécanismes supplémentaires ou alternatifs de règlement des différends en cours...”, acrescentando em seguida que “...le forum a estimé, (...) que la solution la plus intéressante était d'élaborer de meilleures pratiques en matière d'APP au sein de l'Union européenne...”.

⁷⁹¹ Veja-se sobre esta temática o ponto 6, “Examen et adoption du programme de travail 2007-2009 du JTPF (Doc JTPF/009/BACK/2006/EN)”, na sua acta intitulada “Forum conjoint de l'UE sur les prix de transfert Réunion du 28 juin 2007 Ordre du jour”, DOC JTPF/004/REV1/2007/EN.

⁷⁹² Este programa teve seguimento nos exercícios seguintes, ou seja, a partir de 2009 – inclusivé, conforme ressalta dos itens 36 a 38 do ponto 4. “Programa de trabalho actual e futuro do FCPT”, inserido na “COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO AO CONSELHO, AO PARLAMENTO EUROPEU E AO COMITÉ

(i) Acompanhamento dos dois Códigos de Conduta – respeitante à aplicação da Convenção 90/436/CEE e Relativo à Documentação dos Preços de Transferência para as Empresas Associadas na União Europeia – (DPT UE) - e da eficácia na sua implementação pelos Estados-membros;

(ii) Troca de experiências práticas e discussões técnicas sobre os Procedimentos amigáveis multilaterais, sobre os Procedimentos arbitrais e de casos triangulares, assim como a aplicabilidade na UE dos *Cost Contribution Arrangements* (CCAs);

(iii) Efectuar um estudo sobre a aplicabilidade às Pequenas e Médias Empresas (PME) de orientações e práticas específicas relativamente a todas as práticas relacionadas com os preços de transferência tendo em vista diminuir-lhes os custos de conformidade;

(iv) Prosseguir o acompanhamento da Convenção de Arbitragem à luz dos trabalhos desenvolvidos pela OCDE, assim como efectuar um estudo sobre a experiência prática de casos específicos da sua aplicação⁷⁹³.

Se passarmos em revista o tempo que já decorreu desde a constituição deste FCPT e prestarmos atenção às suas reuniões, cuja primeira já ocorreu em três de Outubro de 2002, e ao conteúdos dos documentos que ali já foram produzidos, e que acima evidenciamos, tendo-se em atenção que os representantes dos Estados-

ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU relativa aos trabalhos efectuados pelo Fórum Conjunto da UE sobre Preços de Transferência entre Março de 2007 e Março de 2009 e a uma proposta de Código de Conduta revisto para a efectiva implementação da Convenção de Arbitragem (90/436/CEE de 23 de Julho de 1990)", COM(2009) 472 final, Bruxelas, 14.9.2009. No item 36 afirma aquele órgão da UE que "*No futuro, o Fórum prosseguirá o processo de acompanhamento, nomeadamente ao examinar a aplicação do Código de Conduta relativo à documentação dos preços de transferência e das directrizes para os acordos prévios sobre preços de transferência. O objectivo pretendido é que os Estados-Membros e os operadores apresentem relatórios sobre a aplicação dos diferentes instrumentos e os problemas práticos que ela suscita. O próximo exercício de acompanhamento incidirá no Código de Conduta relativo à documentação dos preços de transferência e os trabalhos serão iniciados em 2009*". acrescentando no item 38 que "*No que se refere à Convenção de Arbitragem, a Comissão toma nota da necessidade de debater mais aprofundadamente a possibilidade de criação de um secretariado independente permanente e a interacção entre a Convenção de Arbitragem e o n.º 5 do artigo 25.º do Modelo de Convenção Fiscal da OCDE*".

⁷⁹³ O programa para os anos de 2007 e 2008 foi aprovado pelo FCPT e encontra-se descrito no seu documento intitulado "EU JOINT TRANSFER PRICING FORUM – CONSOLIDATED DOCUMENT ON SUGGESTIONS RECEIVED FOR THE JTPF 2007-2008 WORK PROGRAMME", DOC: JTPF/009/BACK/2007/EN, Brussels, June, 2007, pags. 13 a 15., sob a epígrafe de "...Possible future work programme- In order to decide whether a renewal of the JTPF would be useful, all Forum Members were requested to send written contributions and these suggestions were discussed during the meeting of March 2006. These suggestions are outlined below...", assumindo este FCPT que "...the above work may well represent a work load that is ambitious considering the length of any possible new mandate...", ou seja, reconhecem expressamente que a duração de mais um mandato de dois anos é insuficiente para esgotar toda a temática relacionada com os problemas que se equacionam com a aplicabilidade do *arm's length principle* às operações vinculadas entre empresas associadas e plurilocalizadas no espaço comunitário.

membros mais não são do que *longa manus* dos mesmos, evidenciam-se dali alguns pontos que merecem alguma reflexão.

Em primeira linha evidencia-se o conjunto de reuniões que este Fórum já levou a cabo denotando-se delas uma lentidão no desenrolar dos trabalhos, na busca de soluções concretas e na apresentação de conclusões sobre as temáticas que lhes foram propostas, factos que nos evidenciam o arreigo que os Estados-membros têm sobre os seus sistemas fiscais e sobre as suas soluções internas para resolução dos seus problemas tributários e demonstrativa que os mesmos não querem abrir mão das suas prerrogativas sobre as suas soluções tributárias em favor de soluções globais a nível da UE, como um espaço integrado de movimentação dos factores de produção, ou seja, patenteia-se nesta demora da busca de soluções o conflito que acarreta para a UE o direito de veto em que se traduz a necessidade de unanimidade dos Estados-membros⁷⁹⁴.

Outro aspecto que salientamos da análise aos trabalhos desenvolvidos pelo FCPT é o facto de a sua primeira intervenção se inserir na tentativa de uniformização dos procedimentos conducentes à aplicação da Convenção de Arbitragem 90/436/CEE e do Procedimento Amigável previsto no artigo 25.º do MCOCDE. Isto é, a sua primeira actuação caminhou no sentido de se darem respostas às consequências geradas a nível da dupla tributação internacional motivada pelas correcções nos Preços de Transferência às operações vinculadas internacionais, tendo assim em vista criar uniformidades nos mecanismos procedimentais que possibilitem a eliminação, ou pelo menos minoração, dos efeitos daquela dupla tributação internacional, e tudo isto apesar de estarmos perante dois procedimentos com suportes legais distintos e de poderem levar a consequências distintas face aos mecanismos que cada um integra, mas evidencia em última análise uma preocupação de uniformização de tratamento a nível comunitário e de eliminação de obstáculos à livre circulação de estabelecimentos e dos factores de produção.

Em terceiro lugar lembramos que todo o trabalho ali desenvolvido evidência a “comunitarização” das Directrizes e os Princípios da OCDE sobre Preços de

⁷⁹⁴ Neste sentido veja-se GARCIA PRATS, F.A., “Los Precios de Transferencia: su Tratamiento Tributario desde una Perspectiva Europea”, *Cronica Tributaria* – N.º 117, 2005, pags. 76, quando afirma que “...es evidente que el *mantenimiento* de la competencia en manos de los Estados miembros sigue constituyendo el principal *escollo* al desarrollo efectivo de las propuestas que formule el Foro...”.

Transferência, que como já vimos se transformaram em Direito Fiscal Internacional e assim absorvidos pelo direito interno dos diversos Estados, quer através da celebração de CDT, quer pela integração nos seus direitos tributários internos como normas disciplinadoras da problemática dos Preços de Transferência, sendo também agora assumidos como matrizes fiscais pela União Europeia ⁷⁹⁵.

Se passarmos em revista o mandato da Comissão sobre o decurso dos trabalhos que o FCPT deveria imprimir e a sequência de temas que ali deveriam ser tratados apercebemo-nos que era sua intenção iniciar a sua actividade pela apreciação e desenvolvimento dos APP, facto que como vimos passou para terceiro plano. Mas se passarmos em revista os trabalhos que desde a sua primeira reunião, em 3 de Outubro de 2003, que este FCPT realizou, apercebemo-nos que a sua primeira análise vai para a Convenção de Arbitragem, que como bem sabemos vivia num autêntico estado de letargia, facto que terá levado o Fórum a aglutinar e a desenvolver aqui as suas ideias, incentivando assim a utilização deste mecanismo que tem um grande paralelismo com o que já existe entre os Estados aquando da celebração das CDT, ou seja, abordou em primeiro lugar o que a Comissão colocava em último ⁷⁹⁶.

Atente-se que mais uma vez a UE demonstrou a sua fraca capacidade de se impor relativamente aos Estados-membros e à protecção que cada um deles dá ao seu sistema fiscal em detrimento da criação de um autêntico Direito Comunitário Tributário ⁷⁹⁷, conseguindo-se apenas a instituição de mais duas “*soft-law*” e não verdadeiras “*hard-law*” porque, como bem se compreende, os “Códigos de Conduta constituem compromissos políticos e não afectam os direitos e os deveres dos

⁷⁹⁵ Neste sentido veja-se CALDERÓN CARRERO J.M., *Precios de Transferencia e Impuesto sobre Sociedades*, Tirant lo Blanch, Valência, 2005, pags. 30, em especial a nota de rodapé n.º 15.

⁷⁹⁶ Vide Comunicação da Comissão “Para um Mercado Interno sem Obstáculos Fiscais”, COM (2001) 582 final, pags. 14.

⁷⁹⁷ Sobre a ausência de consensos entre os Estados-membros e a sua influência na tributação, veja-se a afirmação feita sobre a sugestão de criação do “Código de Conduta para aplicação da Convenção de Arbitragem” por GARCIA PRATS, F.A., “Los Precios de Transferencia: su Tratamiento Tributario desde una Perspectiva Europea”, *Cronica Tributaria* – N.º 117, 2005, pags. 77, quando ali refere que “...la ausencia de un criterio comunitario para la interpretación y aplicación de dicho Convenio genera importantes disfunciones y agravios comparativos entre diferentes Estados (...). Asimismo, dicha limitación comporta la transformación del Foro en un mero órgano de debate de presupuestas, tal como ocurre en relación con las medidas relativas a la documentación exigible para el cumplimiento de la normativa tributaria relativa a los precios de transferencia...”.

Estados-Membros nem os respectivos âmbitos de competência dos Estados-Membros e da Comunidade que decorrem do Tratado”⁷⁹⁸.

Assim, chegados aqui vamos analisar o conjunto de trabalhos desenvolvidos por este FCPT e que, como acima evidenciamos, até agora se traduziram em documentos inseridos na Convenção de Arbitragem, nos APP – Acordos Prévios sobre Preços de Transferência e finalmente sobre a Documentação dos Preços de Transferência na União Europeia – DPT UE.

vi. A Convenção de Arbitragem

o Introdução

Aquando da análise que fizemos sob a temática de “*o procedimento amigável como meio de concretização do ajuste correlativo*”, inserido sob a óptica da análise que a OCDE faz acerca da problemática gerada pelas duplas tributações internacionais inseridas nos preços de transferência, terminamos com um conjunto de interrogações sobre as incapacidades de resposta que aquele procedimento comportava para dar uma solução eficaz à eliminação da dupla tributação internacional gerada pela prática de um ajuste primário ou inicial de um Estado interveniente nas relações fiscais entre empresas vinculadas e plurilocalizadas a nível internacional, quer estas empresas sejam multinacionais, quer estejam integradas em grupos empresariais espalhados por diversos Países⁷⁹⁹ e terminamos com a afirmação que OCDE faz nas suas «observações finais» ao artigo 25.º da MC, ao reconhecer

⁷⁹⁸ Este aspecto é sublinhado, entre outros, no Anexo II – Código de Conduta, integrado na Comunicação da Comissão sobre os “Trabalhos efectuados pelo fórum conjunto da UE em matéria de preços de transferência”, COM (2004) 297 final.

⁷⁹⁹ Efectivamente dizíamos ali que, apesar de os Estados partes numa CDT terem incluído nela o procedimento amigável constante do artigo 25.º do MCOCDE, tal atitude não era sinónimo de uma eliminação total (ou parcial) da dupla tributação internacional gerada pela prática de operações vinculadas internacionais, o que a final nos permitia concluir que: “...Não está garantido que o procedimento se inicie; Não está garantido que mesmo que seja iniciado os Estados o venham a finalizar; Não está garantida uma qualquer forma de ultrapassagem de um impasse nas negociações, de modo que sempre haja uma solução final que seja alcançada, nomeadamente através da imposição aos Estados negociadores de uma mediação de conflitos, por exemplo uma comissão arbitral que chegue a uma solução *supra partes*; Não está garantido que mesmo que o procedimento amigável seja finalizado que os Estados acordem numa solução que minimamente satisfaça a eliminação da dupla tributação internacional; Não está garantido um prazo máximo para a finalização do acordo amigável; Não estão garantidas uma colaboração e intervenção efectiva das empresas vinculadas de modo a proporcionar todos os esclarecimentos necessários à obtenção de um resultado final que lhes seja minimamente favorável; Não está garantido que, na eventualidade de os Estados chegarem a acordo sobre a existência de uma dupla tributação e a sua quantificação, que os Estados venham a efectivar a sua aplicação, ou seja, que seja levado à prática a eliminação da dupla tributação económica internacional, com o fundamento que o direito interno já não permitir qualquer modificação nos exercícios fiscais que foram objecto de análise...”

que “...o procedimento amigável (...) representa, de um modo geral, o máximo que os Estados Contratantes estão dispostos a aceitar (...) [e que] às autoridades competentes apenas é pedido que procurem uma solução e não lhes é exigido que a encontrem...”^{800 801 802}.

Consciente de toda esta problemática e das implicações que acarretam para o mercado interior da UE as questões dos preços de transferência ligados às operações vinculadas praticadas por empresas inter-relacionadas e plurilocalizadas no Espaço Comunitário, e tendo em vista a plena utilização das amplas liberdades insertas nos TUE e TFUE (vide anterior TCE), nomeadamente da liberdade de estabelecimento e dos factores de produção, a Comissão desde há longa data que batalhava pela inserção no Direito Comunitário Derivado de legislação que permitisse encontrar soluções para todas as questões inerentes àquela temática, nomeadamente, conseguir uma efectiva eliminação da dupla tributação internacional originada pelas operações vinculadas transfronteiriças, facto que assume pela primeira vez a forma de letra no “pacote fiscal” que a Comissão tentou implementar na UE⁸⁰³.

Assim, no ano de 1990, e no seguimento do esforço que há longos anos a Comissão vinha a desenvolver, foram finalmente aprovados pelo Conselho, de 23 de Julho de 1990, duas Directivas e uma Convenção relativa à eliminação da dupla

⁸⁰⁰ Veja-se MCOCDE, “MODELO DE CONVENÇÃO FISCAL SOBRE O RENDIMENTO E O PATRIMÓNIO – OCDE”, Lisboa, 2005, pags. 505, item 45.

⁸⁰¹ Como já tínhamos afirmado aquando daquela análise sobre esta temática, o que a OCDE consegue na máximo propor é que os Estados partes das CDTs sempre levem a cabo uma acção de meios e não de resultados, aliás como também assume GHARBI, N., *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L’Harmattan, 2005, pags. 424, ao afirmar que “...dans cette procédure [amiable] tout est laissé à la discrétion des autorités compétentes. Ce sont elles seules qui décident de la recevabilité de la demande. Aussi, rien ne les oblige à rechercher une conciliation avec l’administration étrangère et «a fortiori» à trouver une solution. En definitive, les autorités compétentes sont tenues seulement à une obligation de moyen et non de résultat...”.

⁸⁰² Em igual sentido caminha o pensamento jurídico de GARCÍA-HERRERA BLANCO, C., *Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el impuesto sobre sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001, pags. 159, quando refere que “...el mayor problema que este procedimiento plantea consiste en que el mismo no se consigue una decisión vinculante para las Administraciones fiscales y los contribuyentes y, consecuentemente, la eliminación de la doble imposición no está garantizada. En este sentido la OCDE recomienda vivamente a los Estados que se esfuercen por todos los medios en llegar a un acuerdo con el fin de eliminar la double imposición...”.

⁸⁰³ A Comissão, na sua página electrónica na Internet, inserida sobre a temática de “*Les prix de transfert et la convention d’arbitrage*” assume sob uma perspectiva “*historique*” que a Convenção de arbitragem encontra o seu fundamento original na apresentação que aquele órgão da UE fez em 29 de Novembro de 1976 ao Conselho de uma proposta de directiva sob a temática da eliminação da dupla tributação no caso de correcções à matéria colectável entre empresas associadas, constante do Jornal Oficial da Comunidade Europeia C 301, de 21 de Dezembro de 1976, pags. 4 e seguintes, e seguidamente no Livro Branco de 1985 em que se analisavam medidas tendentes à “Consolidação do Mercado Interior”, integra no seu “Anexo” a necessidade de se aprovar aquela Proposta de Directiva sobre a eliminação da dupla tributação originada pelas operações vinculadas comunitárias, através de um mecanismo de arbitragem, tudo isto na via da harmonização da tributação directa na UE.

tributação em caso de correcção de lucros entre empresas associadas, Convenção 90/436/CEE,^{804 805}. As questões inerentes, quer àquelas Directivas, quer a esta Convenção, encontram explicação nas implicações provocadas pela existência de tantas soberanias fiscais quantos os Estados-membros que compõem a UE⁸⁰⁶, tentando com elas que se desse mais um passo na supressão dos obstáculos fiscais que dificultam a livre circulação de pessoas, bens, serviços e capitais, vitais para a continua construção do mercado único no espaço comunitário⁸⁰⁷, permitindo-se por aquelas vias que as empresas que desenvolvem a sua actividade em mais que um Estado-membro, no pleno exercício da sua liberdade de estabelecimento, não tenham um tratamento mais restritivo que têm aquelas que apenas exercitam esse direito num único Estado-membro⁸⁰⁸, incentivando-se por esta via um processo de reconstrução industrial necessário para tornar o mercado interior cada vez mais competitivo⁸⁰⁹, assim como caminhar para a fácil integração das empresas no seu espaço comunitário em vista a uma dinâmica globalizante e de interdependência entre as empresas europeias⁸¹⁰.

⁸⁰⁴ Além desta Convenção integram também este “pacote fiscal” sobre a tributação directa, a Directiva 90/434/CEE, do Conselho, de 23 de Julho de 1990, relativa ao “regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes”, inserido no JO L 225 de 20.8.1990, pags. 1 a 5, e a Directiva 90/435/CEE, do Conselho, de 23 de Julho de 1990, relativa ao “regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-membros diferentes”, inserido no JO L 225 de 20.8.1990, pags. 6 a 9

⁸⁰⁵ De acordo com GHARBI, N., *Le Controle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, pags. 424, « l'année 1990 restera certainement un millésime particulièrement important dans la construction des règles fiscales communautaires.

⁸⁰⁶ De acordo com HENCKAERTS, J.M., “International arbitration and Taxation. The EC Arbitration Convention for Transfert Pricing Disputes”, *Journal of International Arbitration*, v. 10, n.º 3, 1993, pags. 111, o Conselho apresentou como nota justificativa para a criação daquela Convenção, de que no “...actualmente existem doze territórios fiscais na Comunidade (actualmente já são 27), cada um deles com o seu próprio sistema fiscal. As empresas que operam e dois ou mais Estados-membros são tributadas por cada uma das Administrações Fiscais a que estão territorialmente ligadas. Ainda que as Convenções para eliminação da Dupla Tributação possam ajudar, em alguns casos, a reduzir os obstáculos das actividades transfronteiriças, deixam, contudo, muito a desejar quanto se trata de satisfazer as exigências do mercado interno. Deve-se tal facto a que não satisfazem todas as relações bilaterais entre os Estados-membros, não eliminam completamente a dupla tributação e trazem consigo consideráveis complicações para as empresas...”, (tradução adaptada da nossa responsabilidade).

⁸⁰⁷ Veja-se HENCKAERTS, J.M., “International arbitration and Taxation. The EC Arbitration Convention for Transfert Pricing Disputes”, *Journal of International Arbitration* – v. 10 – n.º 3, 1993, pags. 113; SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A., *La doble imposición internacional en la Unión Europea. Especial consideración del Impuesto sobre Sociedades*, Madrid, Ediciones La Ley, 1995, pags. 212.

⁸⁰⁸ Este tratamento mais restritivo está relacionado com a capacidade que os Estados-membros sempre têm de eliminar a dupla tributação aquando das correcções a que procedem internamente às operações vinculadas entre empresas associadas que apenas estão inseridas nos seus espaços fiscais, comparativamente com o que sucede com as empresas que se plurilocalizam em mais que um Estado-membro, ou seja, estamos no âmbito da discriminação de tratamento pela exercitação da liberdade de estabelecimento.

⁸⁰⁹ Neste sentido veja-se GEMMA SALA GALVAÑ, *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, pags. 412.

⁸¹⁰ Veja-se neste sentido a COMISSÃO EUROPEIA, *Crescimento, competitividade, emprego. Desafios e caminhos para entrar no Século XXI*, Livro Branco, Luxemburgo, Publicações das Comunidades Europeias, 1994, pags. 81.

Apesar de inicialmente a Comissão ter feito uma proposta de Directiva, converteu-a⁸¹¹ posteriormente neste tipo de acordo multi-estatal, o que se deve ao facto de se ter constatado a impossibilidade em fazer passar no Conselho a sua proposta inicial⁸¹², facto que tem subjacente a sobejamente conhecida intocabilidade da soberania fiscal que os Estados-membros tão ciosamente continuam a guardar⁸¹³.

Nasceu assim a “Convenção relativa à eliminação da dupla tributação em caso de correcção de lucros entre empresas associadas”, que assume em toda a sua plenitude a forma de Convenção multilateral assinada por todos os Estados-membros que ao tempo integravam a UE e que compunham o Conselho, pelo que apesar de tal Convenção ter sido assinada pelos Estados-membros no Conselho este facto não lhe retira o tipo concreto de texto legal internacional que é, ou seja, é apenas e só uma convenção multilateral internacional, facto que também não lhe aporta qualquer outro valor jurídico, como seja, a sua inclusão no Direito Comunitário derivado, isto é, diríamos que os Estados-membros da UE utilizaram aquele seu momento de reunião, a 23 de Julho de 1990, enquanto Conselho da UE para, em paralelo, com a aprovação das Directivas 90/434/CEE e 90/435/CEE, aprovarem e assinarem a Convenção 90/436/CEE ou a também conhecida “Convenção de Arbitragem”^{815 816}.

⁸¹¹ De acordo com HINNEKENS, L., “The European Tax Arbitration Convention and Its Legal Framework”, *British Tax Review* – n.º 2, 1996, pags.144, e apoiando-se nas palavras da Comissária da UE Tugendhat, na comunicação que fez ao Conselho em 17 de Janeiro de 1984, a aceitação pela Comissão do “Projecto de Convenção” que lhes foi apresentado pela Holanda tinha em vista conseguir um compromisso que não se tinha conseguida alcançar com a “Proposta de Directiva”, ou seja, concluímos assim que esta “Proposta de Directiva” foi substituída por uma “Proposta de Convenção Multilateral” por iniciativa da Holanda.

⁸¹² Como já vimos a proposta inicial da criação de uma Directiva parte da Comissão em 29 de Novembro de 1976, que como se sabe, ainda a OCDE não tinha apresentado o seu Relatório de 1979, isto é, ainda não existia qualquer guia internacional sobre a forma de aplicabilidade do *arm's length principle*, ou seja, estávamos ao tempo perante uma autêntica novidade internacional sobre esta temática, aliás no Congresso da IFA em 1971 é plenamente assumida a pouca consciencialização dos Estados para tal temática internacional.

⁸¹³ Neste sentido veja-se GEMMA SALA GALVAÑ, *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, pags. 412 e 413, ao escrever que “...el cambio de un instrumento jurídico a otro fue una decisión política adoptada por los Estados Miembros debido a la imposibilidad de que el Consejo aprobara la Propuesta de Directiva de la Comisión (...) decisión política justificativa en las reticencias de los Estados Miembros a ceder buena parte de su soberanía fiscal cuando éstos no poseían normas comunes sobre fiscalización de precios de transferencia...”

⁸¹⁴ Conforme assume GHARBI, N., *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, pags. 425, “...pour parvenir à une solution, la Commission a renoncé à la forme de directive, qui a pour objet de rapprocher les législations des Etats membres, pour retenir la forme d'une convention multilatérale signée par les Etats membres...”.

⁸¹⁵ Neste sentido veja-se GHARBI, N., *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, pags. 425 ao assumir que “...en effet, une convention, même si elle est signée par les Etats membres siégeant au Conseil, n'est pas un acte adopté par le Conseil en tant que tel...”.

⁸¹⁶ Sobre esta temática veja-se MANIN, P., *Les communautés européennes. L'Union européenne*, Pédone, 5ª édition, 1999, pags. 141 e ss.

A figura do contrato jurídico de “Convenção Internacional Multilateral” está bem patente no preâmbulo daquela “Convenção de Arbitragem”, em que as partes contratantes da referida “Convenção Inter-estatal” assumiram que “...as altas partes contratantes (...) decidiram celebrar a presente Convenção e designaram, para este efeito [os] plenipotenciários (...) os quais, reunidos em Conselho, após terem procedido à troca dos respectivos plenos poderes, reconhecidos em boa e devida forma, acordaram no seguinte....”⁸¹⁷.

Tenha-se em atenção de que os Estados contratantes, que são exactamente os mesmos que os Estados-membros da UE, celebraram aquele acordo multi-estatal tendo em vista darem cumprimento ao regime em vigor, então, no direito comunitário original, ou seja ao antigo artigo 220.º do TCE, que passou depois para o artigo 293.º⁸¹⁸ e que foi revogado pelo Tratado de Lisboa⁸¹⁹, ou seja, caminharam, então, no sentido da eliminação da dupla tributação internacional, quer económica, quer jurídica, isto é, aquela “Convenção de Arbitragem” resulta do cumprimento de um normativo legal ao tempo instituído pelo Direito Comunitário originário que impunha aos Estados-membros a obrigação de encontrarem soluções jurídicas que conduzissem à eliminação da dupla tributação internacional dentro do espaço comunitário, tentando-

⁸¹⁷ Estamos assim na presença de um Tratado internacional celebrado entre Estados, integrando-se a sua celebração, vigência, produção de efeitos, entre outros aspectos, na “Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados”, assinada em Viena a 23 de Maio de 1969, nomeadamente do seu artigo 6.º que estatui que “todo o Estado tem capacidade para concluir tratados”, na alínea a) do n.º 1 do artigo 7.º que estatui que “uma pessoa é considerada como representando um Estado para a adopção (...) do texto de um tratado (...) quando apresenta plenos poderes apropriados...” e no n.º 1 do artigo 9.º que estabelece que “a adopção do texto de um tratado efectua-se pelo consentimento de todos os Estados que participam na sua elaboração...” e ainda, entre outros aplicáveis, o artigo 26.º que insere o instituto jurídico da “*Pacta sunt servanda*” ao impor às partes celebrantes dos tratados internacionais que “todo o tratado em vigor vincula as partes e deve ser por elas executado de boa fé”.

⁸¹⁸ O artigo 293.º do TCE (anterior 220.º) estabelecia que “os Estados-membros entabularão entre si, sempre que necessário, negociações destinadas a garantir (...) a eliminação da dupla tributação da Comunidade...”, tendo sido revogado pelo Tratado de Lisboa.

⁸¹⁹ Face à revogação do artigo 293.º do TCE pelo Tratado de Lisboa, no actual momento não existe normativo expresso que imponha “*Que os Estados-Membros entabularão entre si, sempre que necessário, negociações destinadas a garantir, em benefício dos seus nacionais a eliminação da dupla tributação na Comunidade*”, como então expressamente era exigido pelo Direito Comunitário originário. Não significa isto que, quanto a nós, em face do amplo conjunto de disposições constantes dos actuais TUE e TFUE, não seja possível retirar-se dali, através de uma interpretação teleológica, que os Estados-membros e a EU não tenham que prosseguir com todas as medidas que sejam necessárias à execução das amplas liberdades de movimentação de todos os factores de produção no espaço comunitário, isto é, caminharem no sentido da total eliminação de barreiras internas de qualquer natureza, sendo quanto a nós uma barreira existente entre os diferentes operadores económicos comunitários a existência da dupla tributação internacional, melhor dito, a existência de dupla tributação inter Estados-membros.

se por esta via a criação plena do mercado interior e do amplo gozo das liberdades de movimentação ali instituídas⁸²⁰.

o **As consequências entre a opção por uma Directiva ou por uma Convenção**

Quando partimos para uma análise comparativa entre as opções que os Estados-membros tinham em criarem uma Directiva ou utilizarem a forma jurídica de Convenção multilateral que englobasse todos os Estados-membros da UE, constatamos que a opção por esta última acarreta consigo alguns inconvenientes.

Efectivamente, estamos logo perante uma tradicional convenção celebrada entre Estados e que não se insere no direito comunitário derivado, mas que é apenas o resultado de um cumprimento imposto pelo, ao tempo em vigor, direito comunitário originário – artigo 293.º do TCE⁸²¹ –, dos Estados-membros encetarem os meios necessários à eliminação da dupla tributação internacional, aliás no seguimento do que fazem com outros Estados que não se integram na UE⁸²², contudo, esta dupla tributação internacional aqui inserida está exclusivamente ligada à temática dos preços de transferência oriundos das operações vinculadas praticadas entre empresas associadas e plurilocalizadas no espaço comunitário, ou seja, tem um objecto próprio e um espaço territorial também delimitado.

A utilização deste instrumento jurídico implica que o mesmo tenha uma validade temporal que as partes lhe quiseram atribuir na sua concepção, que como podemos ver, a sua vigência estava limitada a um período de cinco anos, isto é, tinha uma eficácia limitada no tempo conforme estabelecia o artigo 20.º ao estatuir que a “...Convenção é celebrada por um período de cinco anos.”, iniciados com a sua

⁸²⁰ Aliás já no preâmbulo da proposta de Directiva que em 1976 a Comissão então apresentou, se afirmava que “...esta dupla tributação cria distorções nas condições de competitividade e nos movimentos de capitais e, assim, afecta o funcionamento do mercado comum...”.

⁸²¹ Revogado pelo Tratado de Lisboa.

⁸²² Efectivamente estamos perante uma Convenção multilateral que integra os Estados que a assinaram e aqueles que posteriormente a ela aderiram, Convenção esta que em relação às restantes que esses mesmos Estados tenham celebrado, tem a particularidade de abranger apenas Estados que sejam membros da UE e que é uma Convenção multi-estatal, quando regra geral as restantes são bilaterais e podem integrar ou não Estados-membros da UE, assim como esta Convenção tem o fim específico de proceder à “...eliminação da dupla tributação em caso de correcção de lucros entre empresas associadas...”, enquanto as CDT celebradas sob o prisma do MCOCDE são muito mais abrangentes, isto é, poderíamos concluir que aquela “Convenção de Arbitragem” compreende uma parte específica das temáticas fiscais tratadas naquelas CDT que têm como matriz o MCOCDE.

entrada em vigor de acordo com os formalismos previstos no seu artigo 18.º⁸²³ ⁸²⁴, e que impunha que a cuja eficácia apenas se produzisse nos procedimentos que se iniciassem após a sua entrada em vigor. Após variadas vicissitudes esta “Convenção de Arbitragem” entrou novamente em vigor desde 1 de Novembro de 2004, com efeitos retroactivos a 1 de Janeiro de 2000⁸²⁵ ⁸²⁶ ⁸²⁷,

⁸²³ O conteúdo do artigo 18º da “Convenção de Arbitragem”, estabelece que “a presente Convenção entrará em vigor no primeiro dia do terceiro mês seguinte ao depósito do instrumento de ratificação do Estado signatário que proceda a essa formalidade em último lugar. A Convenção aplica-se aos procedimentos referidos no n.º 1 do artigo 6º que se iniciem após a sua entrada em vigor”.

⁸²⁴ Apesar desta “Convenção de Arbitragem” 90/436/CEE, ter sido assinada em 23 de Julho de 1990, em paralelo com a aprovação das Directivas 90/434/CEE e 90/435/CEE, o facto é que a mesma apenas entrou em vigor no dia 1 de Janeiro de 1995, ou seja, três meses depois da data do depósito do último instrumento de ratificação, junto da Secretaria Geral do Conselho da União Europeia, pelo último Estado-membro, Portugal, que fez o seu depósito do instrumento de ratificação no dia 28 de Outubro de 1994.

⁸²⁵ Sobre a evolução da entrada em vigor da “Convenção de Arbitragem” veja-se o sítio na Internet da Comissão Europeia dedicado à “Fiscalité et Union douanière – Prix de Transfert et la convention d'arbitrage”, http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/transfer_pricing/arbitration_convention/index_fr.htm, onde se escreve que “...la convention d'arbitrage a été en vigueur du 1^{er} janvier 1995 jusqu'au 31 décembre 1999 pour une période initiale de cinq ans...”, acrescentando que “...par suite de l'adhésion de trois nouveaux États membres en 1995, la convention d'arbitrage a dû être complétée par une convention supplémentaire, signée le 21 décembre 1995, prévoyant l'adhésion de l'Autriche, de la Finlande et de la Suède à la convention d'arbitrage (Convention du 21 décembre 1995 relative à l'adhésion de la république d'Autriche, de la république de Finlande et du Royaume de Suède à la convention relative à l'élimination des doubles impositions en cas de correction des bénéfices d'entreprises associées (Journal officiel C 26, du 31/01/1996)...”. Esclarece-se ali que “...plusieurs mois avant l'expiration de la première période d'application de cinq ans de la convention d'arbitrage, le Conseil a adopté un protocole à la convention prévoyant sa prorogation automatique pour de nouvelles périodes successives de cinq ans à condition qu'aucun État contractant ne soulève d'objections en la matière (Protocole du 25 mai 1999 modifiant la convention du 23 juillet 1990 relative à l'élimination des doubles impositions en cas de correction des bénéfices d'entreprises associées (Journal officiel C 202 du 16/07/1999)...”. Em face desta modificação à entrada em vigor desta “Convenção de Arbitragem”, a Comissão esclarece que “...bien que ce protocole ait été signé en temps utile, il n'a été ratifié par l'ensemble des 15 États membres concernés que récemment...”. Finalmente “...la convention d'arbitrage est entrée à nouveau en vigueur au 1^{er} novembre 2004, avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2000... ». (Os sublinhados são da nossa responsabilidade).

⁸²⁶ No sítio da Internet do “Conseil de l'Union européenne”, http://www.consilium.europa.eu/cms3_Applications/applications/Accords/details.asp?cmsid=297&id=2004119&lang=fr&doclang=, aquele órgão da UE introduziu uma tabela com a descrição sobre a aplicabilidade da “...Convention relative à l'adhésion de la République tchèque, de la République d'Estonie, de la République de Chypre, de la République de Lettonie, de la République de Lituanie, de la République de Hongrie, de la République de Malte, de la République de Pologne, de la République de Slovaquie et de la République slovaque à la Convention relative à l'élimination des doubles impositions en cas de correction des bénéfices d'entreprises associées...”, que em seguida transcrevemos :

A assunção pelos Estados-membros do instituto jurídico de Convenção Internacional implica que:

(i) o cumprimento do mesmo ficou logo condicionado à ratificação dos seus intervenientes, ou seja, não passou imediatamente a produzir efeitos jurídicos na esfera dos Estados-membros, acarretando isto como consequência que este instrumento de direito internacional público escapa assim ao controlo da Comissão em virtude de não revestir a forma de acto jurídico comunitário, ou seja, não compete àquela órgão da UE zelar pelo cumprimento desta “Convenção de Arbitragem”⁸²⁸ nem interpor recurso de incumprimento contra os Estados-membros que infrinjam as suas disposições contratuais. Em face de não estarmos perante Direito Comunitário, nem originário, nem derivado;

(ii) Tal facto escapa, consequentemente, à alçada do TJCE no tocante à sua interpretação e aplicação⁸²⁹, facto que apenas seria admissível se os Estados-membros tivesse inscrito tal prerrogativa na própria “Convenção de Arbitragem”, o que

Party	Notification	Entry into force	Party	Notification	Entry into force
Autriche	01/08/2007	01/11/2007	Irlande	24/05/2006	01/08/2006
Belgique	18/09/2008	01/12/2008	Lituanie	28/09/2006	01/12/2006
Bulgarie	-----	01/07/2008	Luxembourg	19/06/2006	01/09/2006
Chypre	27/07/2006	01/10/2006	Lettonie	02/03/2007	01/06/2007
République tchèque	20/07/2006	01/10/2006	Malte	23/08/2006	01/11/2006
Allemagne	21/03/2007	01/06/2007	Pays-Bas	01/03/2006	01/06/2006
Danemark	20/01/2006	01/04/2006	Portugal	09/02/2007	01/05/2007
Estonie	18/01/2007	01/04/2007	Pologne	16/11/2006	01/02/2007
Espagne	09/08/2007	01/11/2007	Roumanie		01/07/2008
France	11/04/2008	01/07/2008	Suède	19/06/2006	01/09/2006
Royaume-Uni	04/06/2007	01/09/2007	Finlande	23/06/2006	01/09/2006
Grèce	21/03/2007	01/06/2007	Slovénie	22/11/2007	01/02/2008
Hongrie	23/03/2006	01/06/2006	Slovaquie	18/11/2005	01/04/2006
Italie	-----	-----	---	-----	-----

QUADRO N.º 18

⁸²⁷ O Relatório Ruding de 1992 apelava à Comissão que chamasse à atenção aos Estados-membros para a necessidade de ratificação da “Convenção de Arbitragem” antes de expirado o ano de 1994. Vide COMISSÃO EUROPEIA, *Reporto of the Committee of Independent Experts on Company Taxation, Informe Rugging*, Publicações da União Europeia, Anexo 10A, 1992, pags. 441 a 460.

⁸²⁸ Estabelece o artigo 211.º do TCE que, “...a fim de garantir o funcionamento e o desenvolvimento do mercado comum, a Comissão vela pela aplicação das disposições do presente Tratado bem como das medidas tomadas pelas instituições, por força deste...”

⁸²⁹ De acordo com o artigo 220.º do TCE “...no âmbito das respectivas competências, o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Primeira Instância garantem o respeito do direito na interpretação e aplicação do presente Tratado...”

não sucedeu, pelo que podemos concluir que estamos perante um instrumento jurídico inserido no Direito Internacional e não no Direito Comunitário^{830 831 832}.

Em face das interpretações e aplicações diferenciadas que são feitas pelos interpretes e aplicadores desta Convenção de Arbitragem e das diferenças que as legislações nacionais dos diversos Estados-membros proporcionam sobre a aplicabilidade desta convenção internacional e da sua repercussão nas relações jurídico-fiscais entre as empresas vinculadas e as Administrações Fiscais, tudo isto fruto do seu afastamento do Direito Comunitário e por conseguinte ao controlo que sobre este direito tem, quer a Comissão, quer essencialmente o TJCE no tocante à interpretação e aplicação, há na doutrina quem defenda a celebração de um Protocolo que atribua competência ao TJCE para resolver todos os diferendos derivados da interpretação e aplicação daquela “Convenção de Arbitragem”, dando-lhe por esta via uma força jurídica da qual agora se encontra arredada e, por tal via, uma uniformidade de aplicação em todo o espaço do mercado interior^{833 834}.

⁸³⁰ Neste sentido veja-se GHARBI, N., *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, pags. 425, ao assumir que “...en conséquence, l'article 177 CEE (actuel 220.º) ne permet pas à la Cour de Justice des Communautés Européennes d'assurer l'interprétation de cette convention et la Commission ne peut agir contre les Etats qui ne la respecteraient pas...”.

⁸³¹ Na doutrina internacional há quem defenda que estamos perante uma Convenção de Direito Internacional vinculante para os Estados que a ela aderiram, como há quem defenda que se está perante uma fonte de Direito Comunitário derivado. Sobre esta temática veja-se HINNEKENS, L., “The European Tax Arbitration Convention and Its Legal Framework”, *British Tax Review* – n.º 2, 1996, pags.149 a 154.

⁸³² Veja-se sobre esta discussão GEMMA SALA GALVAÑ, *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, pags. 414.

⁸³³ Sobre esta temática veja-se HENCKAERTS, J.M., “International arbitration and Taxation. The EC Arbitration Convention for Transfer Pricing Disputes”, *Journal of International Arbitration* – v. 10 – n.º 3, 1993, pags. 119; SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A., *La doble imposición internacional en la Unión Europea. Especial consideración del Impuesto sobre Sociedades*, Madrid, Ediciones La Ley, 1995, pags. 132 a 136; DOCAVO ALBERTI, L., “Convenio de 23 de Julio de 1990 (ratificado por Instrumento de 10 de Abril de 1992). Impuestos sobre la Renta. Comunidad Europea. Supresión de doble imposición en caso de corrección de beneficios de empresas asociadas”, *Impuestos* – n.º 4, 1966, pags. 63.

⁸³⁴ Sobre o tipo concreto de instrumento jurídico que é a “Convenção de Arbitragem” veja-se a COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO sobre os trabalhos efectuados pelo fórum em COM(2004) 297 final - Bruxelas, 23.04.2004, pags.5, item 8, em que “...a Comissão lamenta que o FCPT tenha tido de consagrar grande parte do seu tempo a questões ligadas ao facto de o protocolo de prorrogação da convenção de arbitragem e a convenção de adesão, assinados, respectivamente, em 1999 e 1995, ainda não terem sido ratificados por todos os Estados-Membros. Esta situação teria obviamente sido evitada se o Conselho tivesse seguido a proposta inicial da Comissão de adopção de um instrumento ao abrigo do direito comunitário em vez de uma convenção multilateral...” – (sublinhado nosso). É aqui bem evidente que estamos perante uma Convenção de Direito Internacional e não perante um instrumento jurídico inserido no Direito Comunitário Derivado.

○ **Interligações entre a Convenção de Arbitragem, o Direito Interno dos Estados-membros e as CDT**

O primeiro aspecto que devemos realçar é o facto de a “Convenção de Arbitragem” ser um acordo sempre aplicável entre as partes envolvidas em operações vinculadas – empresas associadas e Estados-membros envolvidos em correcções originadas pela prática de preços de transferência – quando o direito interno desses Estados-membros ou as CDT de que sejam partes não oferecem maiores garantias legais, o que significa, assim, estarmos perante uma “Convenção de Arbitragem” de “disposições legais mínimas” que devem ser sempre observadas^{835 836}.

O segundo elemento que analisamos prende-se com o facto de a “Convenção de Arbitragem” fazer remissões extroversas para as CDT em vigor nos Estados-membros para a integração e interpretação dos conceitos que nela não estejam definidos e, por sua vez, as CDTs que seguem o MCOCDE fazem remissões extroversas expressas para as legislações dos Estados signatários em relação aos conceitos que nelas não se encontrem delimitados, e assim, por esta via, podemos concluir que esta Convenção de Arbitragem vai colher os conceitos de que necessita, quer às CDT, quer ao direito interno dos Estados-membros⁸³⁷.

O terceiro elemento que destacamos tem a ver com o facto de esta “Convenção de Arbitragem” incorporar normas jurídicas que são uma transposição *ipsis verbis* das constantes do MCOCDE⁸³⁸.

⁸³⁵ Estabelece o artigo 15º da Convenção de Arbitragem que “...a presente Convenção não afecta a execução de obrigações mais amplas em matéria de eliminação da dupla tributação em caso de correcção de lucros entre empresas associadas que possam resultar de outras convenções em que os Estados Contratantes sejam ou venham a ser partes ou do direito interno desses Estados...”, (sublinhado nosso). Evidencia-se assim a assunção por parte dos Estados contratantes da aplicação da fonte de direito que maiores garantias dêem aos visados.

⁸³⁶ Neste sentido veja-se FARRÉ, J.M., “Los ajustes fiscales entre empresas de distintos Estados de la Comunidad”, *Revista de Economía Social y de la Empresa*, n.º 20, 1995, pags 133 quando afirma que esta Convenção de Arbitragem é um acordo de mínimos, apesar de reconhecer que “...si bien en la práctica, contiene obligaciones más amplias que las habituales contenidas en los convenios de doble imposición...”.

⁸³⁷ Estabelece o n.º 2 do artigo 3º da Convenção de Arbitragem que “...os termos que não são objecto de definição na presente Convenção têm o sentido que lhes é atribuído nas convenções em matéria de dupla tributação celebradas pelos Estados interessados, salvo excepção exigida pelo contexto...”. Aliás aquela convenção faz referência expressa à legislação dos Estados-membros envolvidos na aplicação do *arm's length principle* quando refere no n.º 1 do artigo 1.º o seguinte: “...quer em disposições correspondentes da legislação do Estado em causa...”.

⁸³⁸ Esta incorporação integral na “Convenção de Arbitragem” dos textos normativos constantes do MCOCDE é evidente nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 4.º daquela Convenção em comparação com as alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 9.º do MCOCDE, ou o n.º 2 do artigo 4.º daquela Convenção em comparação com o n.º 2 do artigo 7.º do MCOCDE, ou seja, esta Convenção assume na íntegra os

O quarto elemento prende-se com a facto de o âmbito de aplicação da “Convenção” de arbitragem ser muito mais restritivo que o do “Procedimento amigável” previsto no artigo 25.º do MCOCDE, uma vez que neste MC são incorporados todos os “procedimentos amigáveis individuais ou em sentido estrito” e que se prendam com “...uma tributação não conforme com o disposto na presente Convenção...”, os “procedimentos amigáveis interpretativos” que têm em vista “...resolver (...) as dificuldades ou duvidas a que possa dar lugar a interpretação ou a aplicação da Convenção...”, e ainda os “procedimentos amigáveis integrativos” cujo fim é as partes – Estados contratantes – “...consultar[em]-se a fim de eliminar[em] a dupla tributação em casos não previstos pela Convenção...”. Assim, comparativamente com o que acabamos de expor, a “Convenção de Arbitragem” tem efectivamente o seu campo de actuação apenas limitado àqueles casos originados pelas operações vinculadas entre empresas associadas, ou seja, trata exclusivamente da problemática dos preços de transferência e da aplicabilidade do *arm’s length principle*⁸³⁹.

O quinto elemento relaciona-se com o facto de o artigo 25.º do MCOCDE impor que se inicie o “procedimento amigável” mas não estipular um prazo peremptório para a sua conclusão, ao passo que a “Convenção de Arbitragem” estabelece um prazo máximo de duração, havendo a obrigação de se alcançar um acordo num prazo máximo de tempo⁸⁴⁰.

Por último, refere-se o facto de o artigo 25.º do MCOCDE apenas comportar apenas uma única fase no seu “procedimento amigável” que apenas se desenrola

conceitos do MCOCDE sobre “empresas associadas”, “princípio de plena concorrência” e “princípio da empresa independente”.

⁸³⁹ Aliás o próprio título da Convenção 90/436/CEE é lapidar ao assumir que estamos perante uma “...Convenção relativa à eliminação da dupla tributação em caso de correcção de lucros entre empresas associadas...”, não esquecendo as partes contratantes de procederem à delimitação do objecto desta “Convenção de Arbitragem” com a inserção no n.º 1 do artigo 1.º que “...a presente Convenção é aplicável sempre que, para efeitos de tributação, os lucros incluídos nos lucros de uma empresa de um Estado Contratante sejam ou possam vir a ser incluídos igualmente nos lucros de uma empresa de outro Estado Contratante pelo facto de não serem respeitados os princípios enunciados no artigo 4.º e aplicados quer directamente quer em disposições correspondentes da legislação do Estado em causa...”, havendo uma dilatação deste conteúdo através da inserção do n.º 3 naquele artigo que estabelece que “...o disposto no no. 1 é igualmente aplicável sempre que qualquer das empresas em causa tenha suportado prejuízos em vez de realizar lucros...”. Diferentemente, o MCOCDE assume no seu Artigo 25.º, sob a epígrafe de “Procedimento amigável”, o “procedimento amigável individual ou em sentido estrito” no seu n.º 1, o “procedimento amigável interpretativo” na primeira parte do seu n.º 3 e “procedimentos amigável integrativo” na segunda parte deste seu n.º 3.

⁸⁴⁰ Da conjugação da primeira parte do n.º 1 do artigo 7.º, com o n.º 1 do artigo 11.º e com o n.º 1 do artigo 12.º da “Convenção de Arbitragem” o prazo máximo de duração do procedimento é de 3 (três) anos, ou seja, 2 (dois) anos para os Estados-membros tentarem encontrar entre si uma solução, acrescidos de 6 (seis) meses para a Comissão Consultiva emitir o seu “Parecer” e mais 6 (seis) meses para os Estados-membros tomarem uma decisão que assegure a eliminação da dupla tributação.

entre os Estados envolvidos, procedimento este que pode não chegar a nenhum consenso ou resultado final. Se atentarmos sobre o procedimento instituído na “Convenção de Arbitragem” este compreende duas fases distintas, uma primeira fase de “procedimento amigável” que se desenrola entre os Estados-membros envolvidos e que se não chegarem a acordo os leva obrigatoriamente ao desenrolar de uma segunda fase, ou seja, ao prosseguimento de um “procedimento arbitral”, em que através de uma “comissão consultiva” se pretende obter um consenso de resolução do litígio em questão e que os Estados-membros terão que cumprir a não ser que entre si acordem de forma diferente, e por tal quando nos referimos ao “procedimento amigável” constante do artigo 25.º do MCOCDE dizemos que apenas estamos perante uma obrigação de meios ao passo que quando nos referimos à “Convenção de Arbitragem” concluímos que estamos perante uma obrigação de resultados^{841 842}.

○ **Código de Conduta para a efectiva aplicação da Convenção de Arbitragem**

– **Introdução**

As dissintonias existentes nos diversos Estados-membros sobre a aplicabilidade da Convenção de Arbitragem levaram a que o FCPT encetasse a sua tarefa sobre a problemática dos preços de transferência entre empresas associadas do espaço comunitário tendo em vista encontrar soluções que permitissem uma aplicação efectiva daquele instrumento jurídico de eliminação da dupla tributação internacional⁸⁴³.

⁸⁴¹ Este facto é evidenciado pela segunda parte do n.º 1 do artigo 12.º da “Convenção de Arbitragem” ao estabelecer que “...as autoridades competentes podem tomar uma decisão que se afaste do parecer da comissão consultiva. Se não chegarem a acordo a este respeito, terão de aceitar o parecer emitido...”.

⁸⁴² Sobre este aspecto refere concretamente GHARBI, N., *Le Contrôle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, pags. 430, que « ...la convention européenne d'arbitrage représente un progrès indéniable par rapport à la situation conventionnelle préexistante. Une réalisation de première importance, dont l'attrait essentiel réside dans le fait qu'elle impose, au terme de la procédure, l'élimination effective de la double imposition... »

⁸⁴³ Sobre esta temática vejam-se as declarações do FCPT, integrados no ANEXO III da COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO sobre os trabalhos efectuados pelo fórum em COM(2004) 297 final, Bruxelas, 23.04.2004, pags. 18, item 1.1, em que se afirma claramente que “...as discussões evidenciaram que a maioria dos membros considera que, em conformidade com as conclusões do Conselho de 11 de Março de 2000, deve ser atribuída uma prioridade absoluta à procura de soluções práticas para uma aplicação mais uniforme da Convenção de Arbitragem de forma a garantir-se uma maior certeza no que diz respeito às questões de procedimento da Convenção de Arbitragem. Isso inclui tanto a primeira fase da Convenção de Arbitragem, ou seja, o procedimento amigável, como a segunda fase, o procedimento arbitral propriamente dito...” – (sublinhado nosso).

Resulta com clareza da descrição do trabalho desenvolvido por aquele FCPT nos seus dois primeiros anos de actividade que a sua prioridade foi na tentativa de encontrarem soluções práticas para a aplicação efectiva da Convenção de Arbitragem, a clarificação de conceitos ali inseridos e a delimitação com precisão das duas fases do procedimento compreendido naquela Convenção de Arbitragem, isto é, o procedimento amigável entre os Estados-membros envolvidos e o procedimento arbitral da Comissão consultiva.

Como já vimos, esta Convenção de Arbitragem passou por várias vicissitudes em face da sua aplicabilidade no tempo, fruto dos vários momentos da sua entrada em vigor e, por conseguinte, da sua aplicabilidade prática ao longo do tempo, tendo em vista que as empresas associadas multilocalizadas no espaço europeu pudessem efectivamente ver tratados pelos Estados-membros as questões inerentes às duplas tributações internacionais em face da aplicabilidade do *arm's length principle*. Também esta temática ocupou o FCPT que sugeriu soluções para a sujeição ao longo do tempo do procedimento amigável e, tentando ir mais longe na sua pesquisa de uniformização de procedimentos, este Fórum analisou o procedimento amigável insito no artigo 25.º do MCOCDE e sugeriu que houvesse uma paridade de desenvolvimento entre a primeira fase do procedimento amigável da Convenção de Arbitragem e daquele previsto no MCOCDE, de modo a que os contribuintes do espaço comunitário tivessem um guião que os conduzisse de um modo uniforme, independentemente das normas jurídicas que disciplinassem os seus pedidos de procedimentos amigáveis⁸⁴⁴.

⁸⁴⁴ As preocupações do FCPT sobre a necessidade de dar uma uniformidade de tratamento aos procedimentos amigáveis, independentemente dos mesmos se desenrolarem sob a alçada da “Convenção de Arbitragem” ou sob o “artigo 25.º do MCOCDE, assim como a necessidade de esclarecer o conteúdo e alçada normativa da “Convenção de Arbitragem” e a sua aplicabilidade prática ao longo do tempo, estão bem evidenciadas pelas suas afirmações constantes do ANEXO III da COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO sobre os trabalhos efectuados pelo fórum, *COM(2004) 297 final*, Bruxelas, 23.04.2004, pags. 19, item 1.2, ao afirmar claramente que “...o FCPT analisou (...) as questões de procedimento relacionadas com a melhoria do funcionamento prático da Convenção de Arbitragem e alguns aspectos conexos com o procedimentos amigável (PA) o quadro das convenções de dupla tributação celebradas entre os Estados-Membros. As discussões incidiram sobre os procedimentos a seguir durante o período que precede a ratificação do Protocolo de 1999 que prorroga a Convenção (que expirou em 31 de Dezembro de 1999), sobre a data a partir da qual começa a contar o período de três anos que constitui o prazo fixado para apresentar um caso a uma autoridade competente (nº 1 do artigo 6º), a data em que começa a correr o período de dois anos previsto para o procedimento amigável, i.e., a primeira fase prevista na Convenção de Arbitragem (nº 1 do artigo 7º), a tramitação ou medidas desse procedimento amigável (forma de tornar mais expedito o procedimento, suspensão do pagamento das dívidas fiscais, pagamentos e reembolsos de juros, transparência e participação do contribuinte), procedimento de arbitragem que, após o procedimento amigável, constitui a segunda fase prevista pela Convenção de Arbitragem (artigos 7º a 11º), bem como a interacção entre o procedimento amigável e o procedimento arbitral, por um lado, e os recursos administrativos e judiciais, por outro lado (nº 3 do artigo 7º)...”, concluindo que tinha feito “...progressos significativos nas questões de procedimento relacionadas com a melhoria do funcionamento prático da Convenção de Arbitragem e nas questões relacionadas com o

No trabalho que então desenrolou para conhecer com pormenor a opinião dos Estados-membros sobre a aplicabilidade da “Convenção de Arbitragem” o FCPT efectuou alguns inquéritos de opinião sobre aquela temática e concluiu que a diversidade de opiniões era a tónica dominante e por tal seria mais um motivo para que se efectuassem a uniformização de interpretações e de marchas procedimentais tendo em vista a sua aplicação uniforme por todos os Estados-membros das normas internacionais em vigor e, por esta via, incrementar a confiança, certeza e segurança jurídicas, essenciais à dinamização do mercado único e à aplicabilidade prática das amplas liberdades de movimentação na UE, designadamente, a liberdade de estabelecimento e de capitais⁸⁴⁵.

procedimento amigável no quadro das convenções de dupla tributação celebradas entre os Estados-Membros....”.

⁸⁴⁵ As disparidades de tratamentos dados aos procedimentos amigáveis, às interpretações normativas e aos procedimentos que os diversos Estados-membros tinham pendentes estão bem evidenciados no Relatório apresentado FCPT, *Doc:JTPF/019/REV5/2004/EN*, Bruxelles, le 30 mai 2005, Taxud E1/WB, “FCPT - Rapport sur la nouvelle entrée en vigueur de la Convention D'arbitrage”.

Veja-se o “Anexo I”, inserido naquele Relatório sobre as divergências que os Estados-membros apresentam no tocante ao tratamento que dão aos pedidos amigáveis apresentados pelos contribuintes, e do qual apresentamos o nosso resumo:

ANNEXE I: POSITION DES ÉTATS MEMBRES DURANT LA PÉRIODE TRANSITOIRE				
Position des États membres durant la période transitoire (demande introduite après le 1er janvier 2000)				
Convention d'arbitrage				
	Procédure amiable (première phase)		Procédure arbitrale (seconde phase)	
	Acceptation de la demande mais poursuite de la procédure dans le cadre de la CA si accord des autres EM	Acceptation de la demande mais poursuite de la procédure dans le cadre de la CA si accord des autres EM	CA suspendue et procédure seulement relancée lorsque CA à nouveau en vigueur	Poursuite de la procédure si accord des autres EM **
Autriche * Belgique Danemark * Finlande France Italie Portugal Suède		X	X	
Allemagne Grèce Irlande Luxembourg Pays-Bas Espagne RU	X			X
* Uniquement sur demande expresse du contribuable ** Si l'autre État membre ne marque pas son accord, ces États membres poursuivent, avec le consentement du contribuable, la procédure amiable dans le cadre de la convention de double imposition conclue avec l'autre État membre.				

QUADRO N.º 19

O tramitação procedimental que os Estados-membros tinham em curso em 31 de Dezembro de 2004 está também evidenciada no “Anexo III” que em seguida aqui incorporamos, que é demonstrativa da necessidade que havia em agilizar e acelerar procedimentos de modo a diminuir os entraves fiscais à ampla movimentação dos factores de produção na UE e incentivar os operadores económicos a cada vez mais verem o mercado interno como o seu mercado natural.

Em vista do que expusemos o FCPT apresentou à Comissão um projecto de Código de Conduta⁸⁴⁶, que, por sua vez, aquele órgão da UE propôs ao Conselho que fosse adoptado com vista à clarificação da aplicabilidade da “Convenção de Arbitragem”, o que sucedeu no Conselho de ministros de Novembro de 2004 e publicado no Jornal Oficial da UE de 28 de Julho de 2006⁸⁴⁷.

ANNEXE III: RÉPONSES DES ÉTATS MEMBRES AU QUESTIONNAIRE SUR LES PROCÉDURES AMIABLES EN COURS DANS LE CADRE DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE DE L'UE

1 - Nombre total des procédures amiables en cours dans le cadre de la Convention d'arbitrage de l'UE, en fonction des États membres, au 31/12/2004

QUADRO N.º 20

	DK	DE	EL	ES	FR	IE	IT	LU	NL	AT	PT	FI	SE	UK
BE	0	5	0	0	6	0	1	1	1	0	0	0	0	0
DK		1	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	1
DE			0	2	17	0	1	0	11	1	1	0	0	8
EL				0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
ES					7	0	0	0	0	0	0	0	0	1
FR						1	3	0	13	0	2	0	0	15
IE							0	0	0	0	0	0	0	0
IT								0	1	0	0	0	0	0
LU									0	0	0	0	0	0
NL										0	0	0	2	5
AT											0	0	0	0
PT												0	0	0
FI													0	0
SE														0
Total 107														

2 - Nombre total des procédures amiables en cours dans le cadre de la Convention d'arbitrage de l'UE au 31/12/2004, sur la base de l'année au cours de laquelle le requête a été reçue par l'administration fiscale

QUADRO N.º 21

Requêtes reçues avant 2000	Requêtes reçues en 2000	Requêtes reçues en 2001	Requêtes reçues en 2002	Requêtes reçues en 2003	Requêtes reçues entre le 01/01 et le 31/10/2004	Total des procédures en cours
24	8	12	24	23	16	107

3 - Temps déjà consacré aux procédures amiables énumérées aux point 1 et 2 ci-dessus (uniquement les cas en cours) au 31/12/2004

QUADRO N.º 22

< 1 ans	1-2 ans	2-3 ans	3-4 ans	> 4 ans	Total
21	21	20	15	30	107

⁸⁴⁶ Sobre esta temática vejam-se as afirmações, COM(2004) 297 final -Bruxelas, 23.04.2004, pags. 19, item 1.3, segundo parágrafo, em que o “...FCPT concluiu que a melhor forma de tratar as diversas conclusões e recomendações consistia em propor ao Conselho que adopte uma resolução relativa a um Código de Conduta para a aplicação da Convenção 90/436/CEE, de 23 de Julho de 1990, relativa à eliminação da dupla tributação em caso de correcção de lucros entre empresas associadas e sobre determinados aspectos relativos ao procedimento amigável previsto nas convenções de dupla tributação celebradas entre Estados-Membros...”

⁸⁴⁷ O “Código de conduta para a efectiva aplicação da Convenção relativa à eliminação da dupla tributação em caso de correcção de lucros entre empresas associadas” foi publicado no “Jornal Oficial da União Europeia” com o n.º “C 176/8 a 176/11”, de 28.7.2006.

– **Notas gerais sobre o seu conteúdo**

A primeira nota a retirar daquele “Código de Conduta” está na afirmação que os representantes dos Estados-membros reunidos no Conselho fazem sobre o valor jurídico desta *soft-law*, ou seja, assumem com clareza que estamos perante um instrumento de compromisso entre as partes e que é apenas mais “...um compromisso político...” que “...não prejudica os direitos e os deveres dos Estados-Membros nem os respectivos âmbitos de competência dos Estados-Membros e da Comunidade que decorrem do Tratado...”.

Quanto a nós estamos perante uma redundância, ou seja, se este “Código de Conduta” tenta disciplinar as partes contratantes na aplicabilidade e interpretação de uma “Convenção de Arbitragem” que não se integra no Direito Comunitário derivado, ou seja, não faz parte do acervo daquele direito internacional, logicamente que o instrumento que as mesmas partes agora utilizam apenas pode ter a força jurídica do instrumento jurídico internacional ali tratado, porquanto, se assim não fosse, aqueles Estado contratantes, que por coincidência também são Estados-membros da UE, estavam por esta via a introduzir uma nova força jurídica à “Convenção de Arbitragem”⁸⁴⁸.

A segunda nota que aqui mais uma vez reforçamos prende-se com a paridade de tratamento que os Estados-membros quiseram dar aos procedimentos amigáveis, quer estes fossem disciplinados pela “Convenção de Arbitragem”, quer sejam regulamentados pelo artigo 25.º do MCOCDE. Atente-se que constitui o objecto deste “Código de Conduta” a sua “...aplicação [à] Convenção de Arbitragem e a determinadas questões conexas relacionadas com o procedimento amigável previsto nas convenções de dupla tributação celebradas entre Estados-Membros...”.

A terceira nota prende-se com os pontos essenciais da “Convenção de Arbitragem” que este “Código de Conduta” trata, ou seja:

⁸⁴⁸ Imagine-se que por absurdo os Estados-membros tinham assumido que este “Código de Conduta” lhes impunha a obrigação de cumprimento da “Convenção de Arbitragem” e que para tal quer a Comissão, quer o TJCE podiam obrigar os Estados-membros ao seu integral cumprimento. Resultava daqui que era utilizado um instrumento jurídico de imposição normativa não previsto pelo TCE, e que por esta via as partes estavam a impor uma força jurídica que nunca quiseram dar a tal Convenção, e por tal entendemos que aquela afirmação é uma inutilidade inserida daquele documento.

(i) Pretende definir o ponto de partida da contagem do prazo para apresentação do pedido às autoridades competentes,

(ii) Pretende definir o ponto de partida da contagem do prazo de dois anos que os Estados-membros envolvidos têm para encontrar uma solução sem recurso à comissão consultiva,

(iii) Pretende definir as regras com que deve decorrer o procedimento amigável, quer em relação à “Convenção de Arbitragem”, quer ao que é regulado pelo artigo 25.º do MCOCDE,

(iv) Pretende definir as regras com que deve decorrer a Comissão consultiva e a segunda fase do procedimento amigável, e

(v) Sugerem-se comportamentos aos Estados-membros em relação às formas de actuação que devem ter quanto à suspensão dos pagamentos das dívidas fiscais enquanto decorrem os procedimentos amigáveis⁸⁴⁹.

○ **O Procedimento**

A “Convenção de Arbitragem” prevê a forma procedimental que os Estados-membros devem adoptar quando, em virtude de operações vinculadas transfronteiriças e praticadas entre empresas associadas plurilocalizadas, sejam, ou possam vir a ser, efectuadas correcções aos lucros de uma delas com reflexo no das restantes, em obediência ao *arm’s length principle*, quer esses reflexos estejam ligados aos lucros, quer estejam ligados a prejuízos^{850 851}.

⁸⁴⁹ Neste sentido vejam-se as afirmações da Comissão Europeia, COM(2004) 297 final, Bruxelas, 23.04.2004, pags. 4, item 5, assim como as Conclusões, Recomendações e Questões gizadas pelo FCPT e inseridas no ponto 2 do Anexo III integrado naquela Comunicação.

⁸⁵⁰ Da conjugação do n.º 1 com o n.º 3 do artigo 1.º da “Convenção de Arbitragem” a aplicabilidade do princípio *at arm’s length* pelos Estados-membros tanto pode ter em vista corrigir em alta os lucros de uma empresa associada, como diminuir aos seus prejuízos fiscais, uma vez que ali se afirma com clareza que “...o disposto no no. 1 é igualmente aplicável sempre que qualquer das empresas em causa tenha suportado prejuízos em vez de realizar lucros...”, pelo que daqui podem resultar, entre outras, as seguintes hipóteses:

Em face da pretensão que um Estado-membro tenha em proceder a uma correcção, para efeitos fiscais, do resultado apresentado por uma empresa associada⁸⁵², podem dali advir três situações distintas e que terão consequências diversas em face das posições que as partes nelas envolvidas evidenciarem, a saber:

- (i) Pode não chegar a haver qualquer procedimento amigável,
- (ii) Pode dar-se início ao procedimento amigável e
- (ii) Pode, inclusive, haver necessidade de se recorrer à fase do procedimento arbitral, factos que iremos agora analisar.

Devemos ter em atenção que estamos perante um procedimento entre Estados-membros⁸⁵³, que são as partes nesta Convenção internacional, e que as empresas vinculadas e interessadas no mesmo não são partes daquele procedimento, tal e qual como sucede no procedimento inserido no artigo 25.º do MCOCDE. Isto não implica que as empresas vinculadas, e por tal contribuintes fiscalmente afectados nesses

Exemplos da aplicabilidade da conjugação dos n.º 1 e 3 do artigo 1.º da “Convenção de Arbitragem”					
		Estado-membro A		Estado-membro B	
		Empresa associada X		Empresa associada Y	
Resultado fiscal do exercício N		Lucro fiscal	Prejuízo fiscal	Lucro fiscal	Prejuízo fiscal
Hipótese 1	Declarado	500		1000	
	Corrigido	800 (500+300)		700 (1000-300)	
Hipótese 2	Declarado	400		100	
	Corrigido	600 (400+200)			100 (100-200)
Hipótese 3	Declarado	600			500
	Corrigido	900 (600+300)			200 (500-300)
Hipótese 4	Declarado		300	500	
	Corrigido	100 (400-300)		100 (500-400)	
Hipótese 5	Declarado		900		200
	Corrigido		600 (900-300)	100 (300-200)	

QUADRO N.º 23

⁸⁵¹ Como refere GARCIA PRATS, F.A., “Los Precios de Transferencia: su Tratamiento Tributario desde una Perspectiva Europea”, *Cronica Tributaria*, N.º 117, 2005, pags. 65, “...el Convenio integra la eliminación de la doble imposición como una exigencia lógica del principio de *at arm's length*, lo que se exige la necesidad de practicar el ajuste correspondiente. El Convenio, finalmente, se aplica tanto si las empresas vinculadas han obtenido ganancias como pérdidas...”.

⁸⁵² Atente-se que a presente “Convenção de Arbitragem” apenas se aplica às alterações fiscais provocadas nos impostos sobre o rendimento, elencando-se nela a designação de um conjunto específico de impostos sobre o rendimento ao tempo em vigor nos Estados-membros que a elaboraram, não impedindo tal descrição que aqueles tipos concretos sejam substituídos por outros, ou que outros lhes sejam adicionados, impondo-se apenas como condição de boa fé dos Estados contratantes que se comuniquem reciprocamente tais factos de modo a permitir que cada um deles conheça com exactidão os tipos concretos daqueles impostos sobre o rendimento em vigor nos Estados contratantes. Vide a conjugação do n.º 1, 2 e 3 do artigo 2.º da “Convenção de Arbitragem”.

⁸⁵³ Tal facto é plenamente assumido pelo FCPT quando escreve que “...é consensual entre os membros do fórum que os contribuintes não devem ser autorizados a estar presentes nas discussões entre as autoridades competentes...”, Vejam-se as “Conclusões, Recomendações e Questões” gizadas pelo FCPT e inseridas no ponto 2.3, Anexo III, integrado na Comunicação da Comissão Europeia, COM(2004) 297 final, Bruxelas, 23.04.2004, pags. 23.

Estados-membros, não tenham um papel tão activo quanto possível no desenrolar desse procedimento^{854 855}.

– **Factos impeditivos do início do procedimento amigável**

A “Convenção de Arbitragem” tem como princípios estruturantes na sua génese o princípio da boa fé na actuação de todos os intervenientes e da transparência na actuação das partes. Em vista de tais pressupostos, estatuiu-se naquela convenção multilateral que quando um Estado pretende encetar as diligências internas em vista à aplicabilidade do princípio da empresa independente às operações vinculadas internacionais deve informar a empresa, sob a qual tem domínio fiscal, para que esta leve tal facto ao conhecimento das empresas que com ela estão inter-relacionadas, de modo a que por sua vez façam chegar aos Estados das quais são contribuintes aquela informação, ou seja, pretende-se com isto que todas as partes interessadas, empresas internacionais associadas e Estados-membros envolvidos, tenham perfeito conhecimento das consequências que daquela intenção possam advir⁸⁵⁶.

Com esta atitude pretende aquela “Convenção de Arbitragem” que, se todas as partes estiverem de acordo com a iniciativa e correcção que se propõe fazer o primeiro Estado, então, face a essa concordância entre todas as partes interessadas nada mais haverá que fazer, ou seja, não é necessário iniciar qualquer procedimento amigável em vista da falta de objecto⁸⁵⁷.

⁸⁵⁴ Esta posição é reconhecida por elementos daquele FCPT, ao afirmarem que os contribuintes, como interessados no resulta final a que têm que chegar os Estados, devem ter a possibilidade de prestar a sua colaboração e de conhecerem o andamento procedimental, e por via disso, assumem que “...a maioria dos membros concorda que um contribuinte que faça um pedido nesse sentido deve poder expor o seu ponto de vista perante a sua autoridade competente...”, Vejam-se as “Conclusões, Recomendações e Questões” gizadas pelo FCPT e inseridas no ponto 2.3, Anexo III, integrado na Comunicação da Comissão Europeia, COM(2004) 297 final, Bruxelas, 23.04.2004, pags. 23.

⁸⁵⁵ Este direito dos contribuintes interessados em acompanharem o andamento procedimental de modo a verem a sua situação fiscal analisada em todos os Estados envolvidos, é patente no Código de Conduta quando na alínea b) do n.º 3.2 se estabelece que “...a empresa que solicita o procedimento amigável será mantida informada pela autoridade competente a quem fez o pedido de todos os desenvolvimentos significativos que lhe dizem respeito durante todo o procedimento...”, contudo também na “Convenção de Arbitragem” tal facto é assumido, entre outros, quando na primeira parte do n.º 2 do artigo 10.º se estabelece que “...cada uma das empresas associadas poderá, a seu pedido, fazer-se ouvir ou representar junto da comissão consultiva...”.

⁸⁵⁶ A “Convenção de Arbitragem” assume expressamente tal comportamento na primeira parte do artigo 5º, ao estatuir que “sempre que um Estado Contratante pretenda corrigir os lucros de uma empresa em aplicação dos princípios enunciados no artigo 4º, informará oportunamente a empresa da sua intenção e dar-lhe-á oportunidade de informar a outra empresa, de forma a permitir que esta, por sua vez, informe o outro Estado Contratante”.

⁸⁵⁷ A última parte do artigo 5.º da “Convenção de Arbitragem” estabelece que “se, após comunicação da informação em questão, as duas empresas e o outro Estado Contratante aceitarem a correcção, o disposto nos artigos 6º e 7º não será aplicável” – sublinhado nosso –, e numa interpretação declarativa

Aparentemente a “Convenção de Arbitragem” não impõe que o Estado que manifestou a intenção de proceder àquela correcção fique impedido de efectuar as correcções a que se propôs⁸⁵⁸, contudo, se o fizer, quanto a nós, está a impedir que todas as partes envolvidas envidem todos os esforços no sentido de chegarem a um acordo consensual e evitem mais delongas processuais, ou seja, entendemos que será uma clara violação dos princípios da boa fé, da colaboração recíproca⁸⁵⁹ e da celeridade procedimental⁸⁶⁰.

– O procedimento amigável

Na eventualidade de as partes não terem chegado ao acordo que acabamos de desenvolver, então dar-se-á início à primeira fase do procedimento tendo em vista obter uma solução que elimine a dupla tributação internacional gerada pelas operações vinculadas praticadas no seio de empresas associadas e integradas no espaço comunitário. Assim, a empresa que considerar que não foram respeitados os princípios constantes do artigo 4.º da “Convenção de Arbitragem”, pode apresentar um pedido junto do seu Estado de residência, ou relativo à localização do seu estabelecimento estável, com intuito de obter um de dois fins, a saber:

(i) Que solucione unilateralmente a dupla tributação internacional gerada pelos ajustes praticados, ou em alternativa,

seríamos levados a concluir que o Estado que tivesse manifestado a intenção de proceder a uma correcção pela aplicabilidade do *arm's length principle*, a única forma impeditiva de se desencadear o procedimento amigável e se necessário o procedimento arbitral, seria que todas as empresas associadas e os outros Estados-membros aceitassem aquela correcção. Não partilhamos da opinião de que se deva fazer uma interpretação declarativa a tal preceito legal, mas que a interpretação a fazer-se deste normativo de direito fiscal internacional será uma interpretação extensiva, ou seja, o que a “Convenção de Arbitragem” pretende é que impere entre todos os intervenientes o princípio da colaboração e da boa fé, e por estas vias, entendemos que perante tal manifestação de intenção se as outras partes interessadas, empresas associadas e Estados envolvidos demonstrarem àquele Estado que a sua iniciativa é infundada, ou que deverá caminhar em certo e determinado *iter processual*, então, em face das decisões consensuais que se obtenham entre todos os envolvidos fica estancada a necessidade de se avançar em qualquer outro caminho, ou seja, o que ali quiseram as partes impor foi apenas uma primeira obrigação de demonstração de entendimento entre todos os interessados.

⁸⁵⁸ Isto mesmo resulta na segunda parte do artigo 5.º que estabelece que “...o Estado Contratante que prestar esta informação não deve ser impedido de proceder à correcção prevista” – (sublinhado nosso).

⁸⁵⁹ A necessidade de todas as partes envolvidas na resolução da problemática gerada pela aplicabilidade do princípio *at arm's length* está claramente assumida pelo FCPT quando afirma que “...considera (...) que a cooperação deve ser garantida não apenas pela empresa que apresentou o caso, mas por todas as outras partes envolvidas nas operações em causa, dado que a ausência desta cooperação pode significar um prolongamento do procedimento...” – Vejam-se as “Conclusões, Recomendações e Questões” gizadas pelo FCPT e inseridas no último parágrafo do ponto 2.2.2, Anexo III, integrado na Comunicação da Comissão Europeia, COM(2004) 297 final, Bruxelas, 23.04.2004, pags. 22.

⁸⁶⁰ A observância do princípio da celeridade procedimental resulta expressamente do “Código de Conduta” quando ali se estabelece na alínea b) do n.º 3.1 que “...os casos serão resolvidos o mais rapidamente possível tendo em conta a complexidade dos problemas colocados em cada caso específico...” acrescentando-se na sua alínea c) que “...serão tidos em conta todos os meios adequados que permitam chegar a um acordo amigável o mais rapidamente possível...” – (sublinhado nosso).

(ii) Dê início ao procedimento amigável junto dos outros Estados contratantes afectados com aquele ajustamento.

O prazo para que seja apresentada aquela petição junto do seu Estado-membro é de 3 (três) anos contados da primeira notificação que lhe seja feita sobre a medida tomada por aquele Estado e contenha em si os elementos necessários para demonstrar a sua capacidade de levar à dupla tributação internacional, isto é, que seja susceptível de proporcionar tal atitude^{861 862}. Quanto a este aspecto o Código de Conduta esclarece o modo como se há-de contar aquele prazo, assim como estabelece o conteúdo mínimo de informação que a petição da empresa associada deve conter para que seja considerada apresentada a petição⁸⁶³. Este mesmo Código de Conduta criou mecanismos de simplificação ao indicar, entre outros, que as partes devem encontrar uma língua comum de trabalho e que apenas devem ser traduzidos documentos quando tal facto for imprescindível, à obrigação de confidencialidade sobre os factos conhecidos, o direito à informação das empresas sobre o andamento procedimental, a minimização dos custos.

Com esta petição considera-se iniciado o procedimento e tal facto leva a que o Estado da residência tenha, no prazo de um mês, de acusar a recepção do pedido,

⁸⁶¹ Veja-se n.º 1 do artigo 6.º da Convenção de Arbitragem.

⁸⁶² Apoando-se na redacção do ponto 2 do Código de Conduta GARCIA PRATS, F.A., “Los Precios de Transferencia: su Tratamiento Tributario desde una Perspectiva Europea”, *Cronica Tributaria*, N.º 117, 2005, pags. 68, afirma que “hasta la redacción del Código de Conducta se discutía si las autoridades competentes disponían de poder discrecional para iniciar el procedimiento amistoso (...). Sin embargo, la redacción del punto 2 no admite la denegación discrecional de la iniciación de dicho procedimiento en caso de que no se elimine la doble imposición de forma unilateral...”, ou seja, os contribuintes – empresas associadas - têm sempre a garantia que será cumprido integralmente o disposto nos n.ºs 1 e 2 do Artigo 6.º da Convenção de Arbitragem.

⁸⁶³ De acordo com o segundo parágrafo do ponto 1 do Código de Conduta, a “...data da «primeira notificação da liquidação de imposto ou medida equivalente que origine ou seja susceptível de originar uma dupla tributação na aceção do artigo 1.o, designadamente devido a um ajustamento dos preços de transferência» é considerada como o ponto de partida para o período de três anos...”. Quanto a nós esta redacção deve ser interpretada de acordo com a legislação dos Estados envolvidos, porquanto, se o que se pretende é dar aos contribuintes a capacidade de reagirem logo que tenham conhecimento que a Administração Tributária de um Estado procede, o tem intenção de proceder a um ajustamento pelo facto de entender que não foi respeitado o princípio *at arm's length*, consideramos que tal facto deve ser entendido como o acto administrativo que foi praticado pela Administração Fiscal e que possa desencadear um mecanismo de alteração ao lucro, ou prejuízo fiscal, isto independentemente de posterior vir a praticar o acto administrativo de liquidação. Veja-se o que acontece segundo da lei fiscal Portuguesa. Se após as diligências investigatórias necessárias a Administração Fiscal de Portugal concluir que não foram respeitados os princípios e directrizes da OCDE procede à alteração da matéria colectável através de um acto administrativo próprio de fixação da matéria colectável, e só depois de tal acto administrativo é que haverá lugar a uma eventual liquidação adicional de imposto, isto no pressuposto que a nova matéria colectável seja positiva, porquanto também é possível haver um ajuste primário ou inicial através da diminuição de prejuízos fiscais, e se tal acontecer, nunca chegará a haver qualquer liquidação. Perante o que expusemos entendendo que só em face da legislação fiscal de cada Estado se pode conhecer qual é o primeiro acto administrativo que origina ou seja susceptível de originar dupla tributação.

informar todos os outros Estados interessados com envio de uma cópia do pedido e paralelamente tomar as seguintes opções:

(i) Se o pedido lhe suscitar dúvidas sobre a possibilidade de se vir a gerar dupla tributação internacional, convida a empresa peticionária a apresentar esclarecimentos adicionais;

(ii) Se considerar que por si só está em condições de dar uma solução satisfatória ao pedido então procede aos correspondentes ajustes e compensações;

(iii) Na eventualidade de por si só não conseguir solucionar o pedido, apesar de o considerar devidamente fundamentado, dá conhecimento desse facto à empresa e envia os necessários esforços no procedimento amigável para solucionar o problema em questão com os Estados implicados, ou seja, inicia-se o procedimento amigável entre os Estados⁸⁶⁴.

A autoridade competente que procedeu, ou manifestou intenção de proceder às correcções fundadas na aplicabilidade do princípio da empresa independente que origine um ajuste primário ou inicial e que acarrete consigo a dupla tributação internacional tem que, no prazo de 4 (quatro)⁸⁶⁵ meses, transmitir aos outros Estados envolvidos os elementos essenciais para que estes possam formular a primeira opinião sobre o conflito em questão, ou seja, indicando os factos relevantes do caso, uma justificação sobre a sua posição e uma posição sobre as possíveis soluções de eliminação da dupla tributação internacional⁸⁶⁶.

Perante a recepção daquela documentação os outros Estados envolvidos têm um prazo máximo de 6 (seis) meses⁸⁶⁷ para apresentarem uma resposta em que basicamente deverá ser tomada uma de duas opções:

(i) Considerar que ocorreu dupla tributação internacional e aceita a solução que lhe foi proposta pelo outro Estado, desencadeando em seguida os mecanismos tendentes a efectuar os ajustamentos ou desagravamentos, ou então;

(ii) Face à discordância com a posição do outro Estado deverá enviar-lhe uma tomada de posição fundamentada e sugerir um calendário de negociações para

⁸⁶⁴ Esta imposição resulta do n.º 2 do artigo 6.º da Convenção de Arbitragem e itens (i), (ii) e (iii) da alínea f) e alínea g) do ponto 3.2 do Código de Conduta.

⁸⁶⁵ O Código de Conduta indica quando se inicia o prazo de contagem deste prazo de 4 (quatro) meses nas subalíneas (i) e (ii) da alínea c) do ponto 3.3;

⁸⁶⁶ Indica O Código de Conduta qual deve ser o conteúdo desta informação nas subalíneas (i), (ii) e (iii) da alínea a) do ponto 3.3;

⁸⁶⁷ O Código de Conduta indica quando se inicia o prazo de contagem deste prazo de 6 (seis) meses na alínea d) do ponto 3.3;

análise e discussão do caso, a qual terá de estar concluída dentro dos 18 (dezoito) meses seguintes⁸⁶⁸.

De acordo com o que acabamos de expor é mister concluir que esta fase procedimental tem que estar concluída no prazo de 2 (dois) anos, facto que é um dos pontos interessantes que esta “Convenção de Arbitragem” incorpora em si, evitando-se desta forma que os processos se arrastem em face da maior o menor celeridade que os Estados lhes quisessem imprimir, estabelecendo ali o *modus operandi* da sua contagem^{869 870}.

– **O procedimento arbitral**

Impõe a Convenção de Arbitragem que, na eventualidade de os Estados partes não terem chegado a acordo no procedimento amigável, têm obrigatoriamente que constituir uma “Comissão Consultiva” e cuja finalidade é a emissão de um parecer técnico sobre a forma como se conseguirá eliminar a dupla tributação internacional ali debatida⁸⁷¹. O Estado que convencionalmente é obrigado a constituir e organizar as reuniões da “Comissão Consultiva” é aquele que emitiu a decisão final de aplicabilidade às operações vinculadas do princípio *at arm’s length*, com a colaboração de todos os restantes Estados interessados que têm obrigação de plena colaboração com este órgão colegial independente, colaboração esta que também é

⁸⁶⁸ Estabelecem-se no Código de Conduta quais os conteúdos possíveis que devem integrar as respostas dos Estados, o prazo limite e os possíveis momentos de início daquele prazo de 18 (dezoito) meses, nas subalíneas da subalínea (ii) da alínea e) do ponto 3.3;

⁸⁶⁹ O n.º 1 do artigo 7º, do “Convenção de Arbitragem” estabelece “se as autoridades competentes interessadas não chegarem a acordo no sentido de eliminar a dupla tributação num prazo de dois anos a contar da primeira data em que o caso tiver sido submetido à apreciação de uma das autoridades competentes nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 6º...”, pelo que numa interpretação enunciativa a contrario sensu concluímos que a primeira fase deste procedimento – Procedimento amigável – tem que estar concluído no prazo de 2 (anos), prazo este que se inicia com os procedimentos elencados nas subalíneas a) e b) da subalínea (ii) da alínea h) do ponto 2 do Código de Conduta.

⁸⁷⁰ Neste sentido veja-se GARCIA PRATS, F.A., “Los Precios de Transferencia: su Tratamiento Tributario desde una Perspectiva Europea”, *Cronica Tributaria*, N.º 117, 2005, pags. 69, ao afirmar que “...la novedad del Convenio multilateral consiste en señalar un plazo de dos años para alcanzar un acuerdo en el seno de dicho procedimiento amistoso...”

⁸⁷¹ Veja-se como estamos perante um normativo imperativo que obriga os Estados partes à constituição de uma “Comissão Consultiva” ao estabelecer o n.º 1 do artigo 7º da Convenção de Arbitragem que “...se as autoridades competentes interessadas não chegarem a acordo no sentido de eliminar a dupla tributação num prazo de dois anos (...) constituirão uma comissão consultiva que encarregarão de emitir parecer sobre a forma de eliminar a dupla tributação em questão...”.

impostas as empresas associadas,⁸⁷² tendo como limite a essa colaboração a divulgação de segredos comerciais, industriais e profissionais.

A “Comissão Consultiva”, que é um órgão colegial independente, é composta por um Presidente, por um a dois representantes designados pelas autoridades competentes dos Estados contratantes envolvidos e por igual número de personalidades independentes e cuja nomeação é feita por acordo comum e, na falta de acordo, através de sorteio^{873 874 875}, sendo assistida por um Secretariado. A Comissão Consultiva tem a faculdade de acordar uma língua comum de trabalho em substituição das línguas dos Estados envolvidos, terá obrigatoriamente que guardar sigilo sobre todos os factos que conheça e tem direito a uma remuneração por dias de trabalho⁸⁷⁶.

Esta Comissão Consultiva tem que obrigatoriamente concluir o seu Parecer no prazo de 6 (seis) meses, contados do momento em que lhe foi submetido o caso à sua apreciação, através de aprovação por maioria simples e cujo conteúdo tem que obedecer à aplicabilidade do princípio *at arm's length* e indicar a forma de eliminação da dupla tributação em questão, Parecer este que tem que conter os elementos descritos no Código de Conduta e redigido em três exemplares, sendo incumbido o Estado a quem foi apresentado o caso de enviar cópias a todas as partes envolvidas⁸⁷⁷. Aquele Parecer consultivo é susceptível de publicação pelos Estados

⁸⁷² Neste sentido veja-se o que impõe o n.º 1 e suas alíneas do artigo 10.º da Convenção de Arbitragem, conjugado com as alíneas a), c), d) e e) do ponto 4.2 e alíneas c) e d) do ponto 4.3, todos estes do Código de Conduta.

⁸⁷³ Impõe o n.º 4 do artigo 9.º da Convenção de Arbitragem que seja elaborada uma lista de personalidades independentes designadas pelos Estados contratantes, cinco por cada Estado, com indicação daqueles que poderão exercer as funções de Presidente, conforme também resulta do ponto 4.1 do Código de Conduta. A listagem das personalidades independentes que actualmente estão designadas pelos diversos Estados contratantes está inserida no sítio da Internet http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/company_tax/transfer_pricing/forum/JTPF_010_2005_rev10_en.pdf in *DOC:JTPF/010/BACK/REV10/2005/EN*, list of independent persons of standing eligible to become a member of the advisory commission, Meeting of Thursday 21st February 2008.

⁸⁷⁴ Compartilhamos da afirmação de GARCIA PRATS, F.A., “Los Precios de Transferencia: su Tratamiento Tributario desde una Perspectiva Europea”, *Cronica Tributaria*, N.º 117, 2005, pags. 70, de que “...se asegura así, de este modo la participación mayoritaria de personalidades independientes en la Comisión Consultiva, forma que constituye un *órgano independiente*...”.

⁸⁷⁵ O n.º 3 do artigo 9.º da Convenção de Arbitragem elenca um conjunto de situações susceptíveis de os Estados interessados recusarem a nomeação de personalidades independentes e que tem por finalidade garantir a total independência dos mesmos, quer em relação às empresas associadas, quer em relação às Administrações Fiscais dos Estados envolvidos, quer à sua capacidade de objectividade na solução a encontrar.

⁸⁷⁶ Atente-se no n.º 6 do artigo 9.º da Convenção de Arbitragem, e a alínea c) do ponto 4.2, alínea b), e) a g) do ponto 4.3 do Código de Conduta.

⁸⁷⁷ Vejam-se os n.º 1 e 2 do artigo 11.º da Convenção de Arbitragem e a descrição do ponto 4.4 do Código de Conduta.

envolvidos desde que obtenham uma autorização escrita para tal pelas empresas envolvidas.

Após a entrega do Parecer pela Comissão Consultiva, os Estados contratantes envolvidos têm um prazo máximo de 6 (seis) meses para tomar, por acordo comum e sempre em obediência à aplicação do princípio da empresa independente, uma das seguintes decisões que assegure a eliminação da dupla tributação internacional:

(i) Aplicarem o Parecer ou

(ii) Tomarem uma decisão que se afaste daquela, sendo assim evidente que aquele Parecer não é vinculante para os Estados envolvidos, sendo estes apenas obrigados a encontrar uma decisão final por consenso^{878 879 880}.

– **Conclusão**

A “Convenção de Arbitragem” pretende uniformizar a aplicação do princípio *at arm’s length* às operações vinculadas ocorridas entre empresas associadas que exercem actividades transfronteiriças no espaço comunitário, querendo por esta via obter acordos entre os Estados contratantes, quer quando à determinação e repartição do lucro empresarial pelos diversos Estados envolvidos, quer quanto à eliminação das consequências daquela aplicabilidade, ou seja, quer por um ponto final na dupla tributação internacional, contribuindo desta forma para uma ampla movimentação dos factores de produção e da exercitação da liberdade de estabelecimento. Contudo esta “Convenção de Arbitragem” acarreta consigo algumas situações problemáticas, nomeadamente:

Sobressai daquela “Convenção de Arbitragem” que há um direito efectivo à tutela judicial efectiva e por tal é plenamente assumido que não fica impedido às empresas

⁸⁷⁸ Veja-se os n.ºs 1 e 2 do artigo 12.º e alíneas a9 e b) do artigo 14.º da Convenção de Arbitragem.

⁸⁷⁹ Compartilhamos da afirmação de GARCIA PRATS, F.A., “Los Precios de Transferencia: su Tratamiento Tributario desde una Perspectiva Europea, *Cronica Tributaria*, N.º 117, 2005, pags. 72, de que “...el dictamen de la Comisión Consultiva sólo asegura una solución – alternativa – que elimina la doble imposición internacional para el caso de que las autoridades competentes no decidan seguirla, y no alcancen otra solución en plazo...”.

⁸⁸⁰ A Convenção de Arbitragem estabelece o sentido e alcance que tem que assumir a eliminação da dupla tributação internacional e que obrigatoriamente os Estados contratantes têm que alcançar, quer seja porque aceitaram e aplicaram o Parecer da Comissão Consultiva, quer seja porque consensualmente acordaram em fazê-lo de forma diversa, estabelecendo-se ali que “...para efeitos de aplicação da presente Convenção, considera-se eliminada a dupla tributação dos lucros: a) se os lucros estiverem incluídos no cálculo dos lucros sujeitos a tributação num único Estado; ou b) se do montante do imposto a que os lucros estiverem sujeitos num dos Estados for deduzido um montante igual ao do imposto que lhes for aplicado no outro Estado...”.

as vias internas dos Estados contratantes – administrativas ou judiciais – para tentarem solucionar toda a problemática de aplicabilidade do princípio da empresa independente às operações vinculadas⁸⁸¹, contudo esta possibilidade acarreta consigo algumas consequências, a saber, se tal opção tiver sido utilizada pelas empresas associadas, haverá uma suspensão na contagem do prazo de dois anos para que seja terminada a fase amigável, ou seja, não há possibilidade de haver um procedimento arbitral enquanto não houver decisão judicial definitiva⁸⁸², a não ser que a empresa desista do recurso, ou seja, opte apenas pela via da Convenção de Arbitragem, o que implica uma diminuição das suas garantias.

Acresce a este aspecto de que a Convenção estabelece que na hipótese dos Estados contratantes incorporarem na sua legislação interna normativos que imponham a supremacia das decisões judiciais e por tal com efeito *inter partes*, isto é, sem susceptibilidade de não poder a Administração Fiscal actuar de forma diversa do decido, então o recurso ao procedimento amigável pelas empresas contribuintes apenas seria admissível na hipótese de deixarem ultrapassar os prazos internos de interposição da acção judicial ou renunciar expressamente a ela^{883 884 885 886}.

⁸⁸¹ Esta afirmação resulta expressamente da segunda parte do n.º 1 do artigo 7.º da Convenção de Arbitragem, ao estabelecer que "...as empresas podem utilizar as possibilidades de recurso previstas pelo direito interno dos Estados Contratantes em causa...".

⁸⁸² Esta afirmação resulta expressamente da parte final da segunda parte do n.º 1 do artigo 7.º da Convenção de Arbitragem, ao estabelecer que "...sempre que o caso tiver sido submetido a tribunal, o prazo de dois anos indicado no parágrafo anterior começa a correr a partir da data em que se tiver tornado definitiva a decisão tomada em última instância no âmbito desses recursos internos...".

⁸⁸³ Na primeira parte do n.º 3 do artigo 7.º da Convenção de Arbitragem estatui-se que "...no caso de a legislação interna de um Estado Contratante não permitir que as autoridades competentes derroguem as decisões das suas instâncias judiciais, o disposto no n.º 1 só é aplicável se a empresa associada desse Estado tiver deixado expirar o prazo de interposição do recurso ou tiver desistido desse recurso antes de ser pronunciada qualquer decisão...", (sublinhado nosso)

⁸⁸⁴ Os inconvenientes desta disposição são expressamente referidos pelo FCPT como um entrave às transacções transfronteiriças e à ampla liberdade de movimentação de estabelecimento, chamando à atenção para este aspecto nas suas "Conclusões, Recomendações e Questões" gizadas pelo FCPT e inseridas no último parágrafo do ponto 2.5, Anexo, III integrado na Comunicação da Comissão Europeia, COM(2004) 297 final, Bruxelas, 23.04.2004, pags. 24, quando ali se escreve que "...os representantes das empresas manifestaram (...) preocupação (...) no que se refere à aplicação do n.º 3 do artigo 7.º da Convenção de Arbitragem (...). Embora a França e o Reino Unido sejam os únicos Estados Contratantes a terem formalmente declarado que esta disposição não se aplica nos seus países, um estudo demonstrou que a grande maioria dos Estados Contratantes (e dos Estados em vias de Adesão) aplica ou aplicaria as mesmas regras na prática. A este propósito, convém salientar que o n.º 3 do artigo 7.º da Convenção de Arbitragem tem autonomia, i.e., vale por si mesmo e não necessita de nenhuma declaração formal para ser aplicável. Os membros que representam as empresas salientaram que a disposição previamente citada leva em diversos casos os contribuintes a desistirem das vias de recurso judiciais internas. Tendo em conta as possibilidades da Convenção de Arbitragem no sentido de eliminar a dupla tributação, tal facto não deve necessariamente constituir uma desvantagem para o contribuinte. No entanto, a decisão da empresa de optar por procedimentos transfronteiriços de resolução de litígios em vez de recursos judiciais internos pode ter um impacto financeiro importante..."

⁸⁸⁵ Esta questão ainda não está definitivamente resolvida de modo uniforme nos Estados contratantes, conforme expressamente reconhece o FCPT, "EU monitoring process on the EU arbitration convention and EU transfer pricing documentation feedback on achievements of the EU joint transfer pricing forum by

Outro aspecto que o Código de Conduta vem realçar como necessário ao bom prosseguimento dos procedimentos constantes da Convenção de Arbitragem é a necessidade que as empresas têm em ver suspenso o pagamento das dívidas fiscais até à integral resolução daqueles procedimentos, como elemento estruturante à diminuição dos custos de contexto e atracção das mesmas à utilização da Convenção de Arbitragem como meio capaz de dar uma solução eficaz da problemática das operações vinculadas^{887 888}.

Este aspecto está em mutação nos diversos Estados contratantes que, de acordo com as indicações dadas pelo FCPT, em muito daqueles Estados já é possível o recurso à suspensão da cobrança enquanto estiverem em curso os procedimentos previstos na “Convenção de Arbitragem”, assim como já procederam à implementação da mesma.⁸⁸⁹

the business community”, *Document prepared by the Business Members of the JTPF - Meeting of 23rd October 2007*, DOC: JTPF/020/BACK/2007/EN, quando reconhece que: “...according to such provision the two years term in which the CAs (competent authorities) should find an agreement before the setting up of the advisory commission is suspended if the case has been submitted to a court or a tribunal. Some Member States do not interpret this provision in a strict way. For instance, the Dutch tax administration still argues that the two years period is suspended also in case the taxpayer files a notice of objection with the tax inspector (that it is not a court or a tribunal). Even if it is expected a new ruling of the Dutch tax authority for the end of the year on this issue, it could be worth for all the Member States to have an official clarification of the EU JTPF on that point. Please note that this issue has already been raised in the past (see DOC: JTPF/010/BACK/2003/EN), but so far no solution has been found...”

⁸⁸⁶ Para uma análise sobre esta temática veja-se GARCIA PRATS, F.A., “Los Precios de Transferencia: su Tratamiento Tributario desde una Perspectiva Europea”, *Cronica Tributaria*, N.º 117, 2005, pags. 73.

⁸⁸⁷ Veja-se neste sentido a recomendação constante do ponto 5. do Código de Conduta.

⁸⁸⁸ Este problema é devidamente realçado pelo FCPT nas suas “Conclusões, Recomendações e Questões” inseridas no último parágrafo do ponto 2.6, Anexo III, integrado na Comunicação da Comissão Europeia, COM(2004) 297 final, Bruxelas, 23.04.2004, pags. 25, quando reconhece que “...a ausência de normas específicas ou gerais que permitam a suspensão do pagamento da dívida fiscal durante os procedimentos transfronteiriços de resolução de litígios, pelo menos em condições idênticas às aplicáveis aos litígios/recursos internos, impõe um encargo suplementar para as empresas que se confrontam com uma dupla tributação a nível comunitário. Esta ausência de normas (...) é considerada pelos representantes das empresas e pela maioria dos representantes das autoridades fiscais como um obstáculo que impede os contribuintes de solicitarem a aplicação da Convenção de Arbitragem ou do procedimento amigável previsto das convenções de dupla tributação celebradas entre os Estados-Membros...”

⁸⁸⁹ Nesta sentido veja-se a tabela elaborada pelo FCPT, “State of play of the implementation of the code of conduct related to the arbitration convention”, *Meeting of Tuesday 23rd October 2007*, Doc: JTPF/006/BACK/REV5/2006/EN, Brussels, 11th February 2008 E 1/JMVL, pags. 10 e 11, que transcrevemos:

Summary table:			
This table derived by Secretariat from MS replies and describes the actual situation (at the beginning of February 2008).			
Member States	Implementation through a legislative instrument / legal reference	Implementation through administrative practice / administrative reference	Possibility to suspend tax collection / legal reference
Austria		In preparation	YES § 212a Bundesabgabenordnung (BAO) Federal Fiscal Procedure Act
Belgium		YES	YES Art 410 alinéa 3 of Cir 1992

Cyprus		YES Circular 2007/5 dated 15/02/2007	YES Income Tax Laws 2002- 2006 Art. 3 & 45 Regulation Nr 87/2007 published in the Official Gazette No.4176 dated 23/02/2007.
Czech Republic		YES	Exceptionally
Denmark		YES Administrative decision (SKM 2005.2.TSS)	YES Art. 51 of the Tax Administration Act
Estonia		YES	YES Taxation Act §128(2) 5 and §146 (3)
Finland		YES	YES Art. 90 of the Tax Procedure Act
France		YES	YES Livres des procédures fiscales Art. L189A
Germany		YES	YES §361 paragraph 2 AO (General Tax Code)
Greece		YES	YES
Hungary	An Act of Parliament amending/modifying the Tax Procedure Act was adopted in November 2007.	Guidance of the Ministry of Finance is in preparation.	YES An Act of Parliament amending/modifying the Tax Procedure Act was adopted in November 2007.
Italy		YES	YES Law nr.99 of 22 arch 1993
Ireland		YES	YES Part 41 of the Taxes Consolidation Act 19971
Latvia		In preparation	YES
Lithuania		NO In preparation	YES Chapter 110 of the Law on Tax Administration No IX-2112
Luxembourg		YES	YES Loi générale des impôts 22/05/1931 § 251
Malta	YES Legal notice		YES Art. 41 of the Income Tax Management Act
Netherlands	YES Decree		YES Par. 3.1.8. of Decree No. IFZ 2001/295M
Poland		YES	YES art. 67a §1 pkt 2 Tax Ordinance
Portugal		YES	NO In 2008 a new legislative procedure will provide for suspension
Slovak Republic		YES	Exceptionally
Slovenia	?	NO In preparation	NO In preparation
Spain	YES (36/2006 Preamble)	YES	YES (L.36/2006 D.A.1ª)
Sweden		YES	YES Chapter17, paragraph 6 in the Tax Collection Act
United Kingdom		YES	YES

1 As regards suspension of tax collection during cross-border dispute resolution procedures, where an assessment is made on a taxpayer in respect of any undercharge to tax, the taxpayer is entitled to enter an appeal against the assessment. The taxpayer is required to pay the tax that, in the taxpayer's opinion, is due and payable. The balance of the tax involved will be suspended pending determination of the appeal. In general, the competent authority will be prepared to allow an appeal to remain open while an alternative procedure for dispute resolution has a prospect of resolving the point at issue.

Outro aspecto problemático constante da Convenção de Arbitragem liga-se com a incapacidade que as empresas associadas contribuintes têm em fazerem desencadear os procedimentos ali previstos quando forem sujeitas a aplicações de penalidades graves, quer por via administrativa, quer por via judicial, apesar de durante o tempo de tramitação daqueles processos as Administrações Fiscais dos Estados envolvidos poderem sustar o andamento daqueles procedimentos da Convenção de Arbitragem até que seja proferida uma decisão final condenatória em sede de aplicabilidade de uma penalidade grave^{890 891 892}.

Apesar destes aspectos menos positivos, há que reconhecer que esta “Convenção de Arbitragem” e o seu “Código de Conduta” vieram tentar uniformizar procedimentos, introduzir a obrigação de os Estados alcançarem um acordo e introduzir no *iter processual* do procedimento amigável do artigo 25.º do MCOCDE prazos ao iguais aos do procedimento amigável daquele “Convenção de Arbitragem”⁸⁹³

^{894 895}

⁸⁹⁰ Veja-se o artigo 8.º da Convenção de Arbitragem.

⁸⁹¹ Os Estados assumiram em “Declarações individuais” à Convenção de Arbitragem a sua noção “penalidade grave”, sendo ali evidente a grande amplitude que aquela noção compreende.

⁸⁹² Os problemas criados pela disparidade da noção de “penalidade grave” existentes nos diversos Estados e as suas consequências são evidenciados pelo FCPT nas suas Conclusões, Recomendações e Questões inseridas no último parágrafo do ponto 3.2, Penalidades, Anexo III, integrado na Comunicação da Comissão Europeia, COM(2004) 297 final, Bruxelas, 23.04.2004, pags. 25, quando reconhece que “...as normas de interpretação e de determinação do montante das penalidades são bastante díspares; alguns países regulamentam as questões de forma detalhada enquanto que outros deixam às autoridades fiscais o poder de apreciação no que diz respeito à aplicação dos princípios gerais que regem as penalidades. No entanto, a maioria dos países prevê procedimentos de recurso. (...) Tendo novamente em conta a complexidade da questão e a incidência que ela poderá ter sobre a legislação interna, o FCPT decidiu adiar para uma data posterior a discussão aprofundada do tema.

⁸⁹³ Neste sentido veja-se de GARCIA PRATS, F.A., “Los Precios de Transferencia: su Tratamiento Tributario desde una Perspectiva Europea”, *Cronica Tributaria*, N.º 117, 2005, pags. 75.

⁸⁹⁴ Sobre algumas das vantagens da Convenção de Arbitragem refere GHARBI, N., *Le Controle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005, pags. 428 e 431, que “...la Convention européenne d'arbitrage confère ainsi à la procédure une obligation de résultat...”, acrescentando que “...il nous semble, néanmoins, que le texte de la Convention européenne d'arbitrage représente pour les entreprises communautaires une opportunité...”.

⁸⁹⁵ Sobre as vantagens desta Convenção de Arbitragem veja-se igualmente GEMMA SALA GALVAÑ, *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003, pags. 417 a 420.

vii. Os APP – Acordos Prévios sobre Preços de Transferência

o Introdução

Já abordamos esta temática sob a óptica da OCDE, contudo vamos agora abordar esta questão sob a perspectiva em que na UE a mesma está a ser estudada, fazendo-se previamente uma abordagem geral da problemática dos APP.

Como é sobejamente referenciado pela doutrina, os Preços de Transferência praticados entre as empresas inter-relacionadas e integradas em grupos multinacionais plurilocalizadas nos Estados-membros da UE, na eventualidade de a Administração Fiscal de um dos Estados-membros levar por diante correcções à matéria colectável a uma dessas empresas implantadas no seu Estado, são susceptíveis de originarem problemáticas inseridas nas duplas tributações ou nas correcções de prejuízos fiscais.

Perante este facto podem seguir-se duas vias tendentes à sua resolução:

- (i) Uma após surgimento do conflito através da utilização do procedimento de acordo amigável entre os Estados envolvidos;
- (ii) outra, prévia ao nascimento de qualquer conflito, com a utilização dos Acordos Prévios dos Preços de Transferência – APP – ou *Advance Pricing Arrangement* – “APA” na sua versão inglesa.

Assim, entre a empresa, a quem cabe desencadear o processo, e a Administração Fiscal, que pode incentivar a utilização destes processos, haverá um entendimento sobre um conjunto de critérios que permitam a determinação da valoração dessas transacções durante certo e determinado período de tempo, de modo que as partes – empresa e Administração Fiscal – estabeleçam os critérios de valoração das transacções inter grupo empresarial, constituindo-se por esta via um conjunto de regras que implementam parâmetros de certeza e segurança jurídica nas relações tributárias^{896 897 898}.

⁸⁹⁶ Neste sentido veja-se PAULA ROSADO PEREIRA, *A Tributação das Sociedades na União Europeia – Entraves Fiscais ao Mercado Interno e Estratégias de Actuação Comunitária*, Almedina, Coimbra, 2004, pags. 159.

⁸⁹⁷ De acordo com o Estudo da Comissão Europeia, “La Fiscalité des entreprises dans le Marche Intérieur”, SEC (2001) 1681 Final, pags. 282, “... il existe un mécanisme d’évitement des litiges permettant de résoudre les problèmes de double imposition des prix de transfert: Les Accords Préalables de Prix

Também já evidenciamos que nas relações inter-empresariais entre empresas associadas e plurilocalizadas, os APP unilaterais entre uma só das empresas e a sua Administração Tributária não encontram qualquer solução que responda às eventuais correcções aos Preços de Transferência que as restantes Administrações Fiscais dos outros Estados, em que se situem as restantes empresas do Grupo, levem a cabo, e por tal, não fica por aquela via solucionada toda a problemática inerente à dupla tributação internacional ou ainda às correcções de prejuízos fiscais no seio do grupo empresarial. Aliás, como também já evidenciamos, esta problemática só encontra uma solução satisfatória com a celebração de APP multilaterais que envolva todas as Administrações Fiscais dos Estados-membros, ou seja, através de APP multilaterais em que se estabelecessem, por negociação entre todas as Administrações Fiscais e as empresas do grupo multinacional, o “*modus operandi*” da determinação dos Preços de Transferência nas relações inter-empresariais, evitando-se por esta via os suplícios jurídicos de futuras correcções parcelares com todas as consequências daí inerentes

899 900

Tudo que acabamos de expor é, como sabemos, uma antecipação de resolução de problemas entre os Sujeitos Passivos e as suas Administrações Fiscais, evitando-se desta forma a sua resolução através da Convenção de Arbitragem, conseguindo-se paralelamente a redução de forma substancial dos custos de contexto inerentes a todas as partes envolvidas, grupo empresarial plurilocalizado e Administrações Fiscais, acrescentando ainda uma melhor resposta à actuação de todos baseada “*ab initio*” na boa fé das partes.

(APP) – *Ces accords sont un moyen pour le contribuable d'obtenir de(s) l'administration(s) fiscale(s) un rescrit (“ruling”) qui engage celle(s)-ci quant au traitement futur de transactions impliquant la détermination de prix de transfert...*”, acrescentando de seguida que “*Les accords préalables de prix se différencient des autres mécanismes de règlement des litiges en ce qu'ils ont pour but de les éviter...*”, contudo afirma-se logo de seguida que “*...les APP ne sont pas très courant dans l'EU...*”.

⁸⁹⁸ É fundamental que haja uma melhor coordenação entre as empresas e as administrações fiscais para que se consiga levar por diante o combate à eventual discriminação entre multinacionais que exerçam actividades transfronteiriças no espaço comunitário, de modo a diminuir os custos de conformidade que a determinação dos preços de transferência acarretam, e inclusive podem desincentivar o recurso aos APP. Neste sentido veja-se a afirmação na Comunicação da Comissão, *A Política Fiscal da União Europeia – Prioridades para os Próximos Anos*, COM (2001) 260 Final, pags.18 onde se indica que “*...existent, nomeadamente, diversos casos de multinacionais europeias que tiveram de esperar mais de cinco anos para que as autoridades fiscais de dois Estados-Membros chegassem a um acordo quanto aos preços de transferência respeitantes ao intercâmbio transfronteiriço de serviços...*”.

⁸⁹⁹ É reconhecido no Estudo da Comissão Europeia *La Fiscalité des entreprises dans le Marche Intérieur*, SEC (2001) 1681 Final, pags. 364, que “*...comme les APP unilatéraux n'empêchent pas nécessairement la double imposition du fait de leur portée exclusivement domestique, l'OCDE privilégie les APP bilatéraux ou multilatéraux...*”.

⁹⁰⁰ Sobre as vantagens de APP multilaterais, envolvendo todos os Estados-Membros em que o grupo multinacional está implantado, veja-se PAULA ROSADO PEREIRA, *A Tributação das Sociedades na União Europeia – Entraves Fiscais ao Mercado Interno e Estratégias de Actuação Comunitária*, Almedina, Coimbra, 2004, pags. 160 e 161.

Já evidenciamos que a evasão e fraude fiscais são factores erosivos das receitas fiscais para os Estados-membros, mas são igualmente factores que distorcem a concorrência que deve ser imprimida a nível do espaço comunitário, e por tal, a luta contra tais maleitas entorpecedoras das potenciais receitas tributárias e da boa prática na concorrência entre Estados-membros pode ser encetada através da utilização dos APP multilaterais entre os Estados-membros e as empresas inseridas nos grupos multinacionais interventores na economia da União Europeia ⁹⁰¹. Efectivamente os APP tiveram um grande incremento Estados Unidos da América em conjugação com os seus principais países de trocas comerciais, Canadá, Austrália, Japão, México e Coreia ⁹⁰², onde tiveram uma ampla divulgação e intensificação na sua utilização no anos compreendidos entre 1990 a 2000.

O incremento dos APP que referimos passou a ser apanágio de outros Estados, o que aconteceu de certa forma em certos Estados-membros da União Europeia, permitindo-se por esta via criar climas favoráveis à estabilidade e segurança jurídica, à concorrência fiscal entre os mesmos, e assim, Estados-membros como a Holanda, Bélgica, Reino Unido, França e Alemanha criaram os regimes jurídicos necessários à concretização dos Acordos Prévios de Preços de Transferência – APP, de modo a não se afastarem dos seus concorrentes internacionais e a transformarem-se em praças internacionais de negócios e de investimento ⁹⁰³.

Este clima jurídico favorável ao desenvolvimento dos APP é susceptível de incrementar outros Estados-membros da União Europeia a encontrarem nesta temática um factor de atracção de investimento estrangeiro e não serem vistos como um entrave a esse mesmo investimento⁹⁰⁴. Porém, há Estados-membros, como a Holanda ou a Bélgica, que encontraram nesta prática jurídica a forma de saírem das

⁹⁰¹ A Comissão Europeia conclui, *Comunicação da Comissão – A Política Fiscal da União Europeia – Prioridades para os Próximos Anos*, COM (2001) 260 Final, pags 27, que “...para além de prosseguir a importante luta contra a concorrência fiscal prejudicial, a Comunidade deve assegurar que a política fiscal apoie a concretização dos objectivos de Lisboa, favoreça a continuação do bom funcionamento do mercado interno...” afirmando logo de seguida que “...a prioridade consiste em assegurar o correcto funcionamento do mercado interno...”.

⁹⁰² Vide CALDERÓN CARRERO J.M., *Precios de Transferencia e Impuesto sobre Sociedades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pags. 34.

⁹⁰³ Vide WRAPPE e CHUNG, “Current Status of Global Advance Pricing Agreement Programs” *Tax Management International Journal*, 2002, pags. 123 e ss.

⁹⁰⁴ Sobre as medidas anunciadas em 2003 pela Holanda no intuito de incentivar o uso de APP e de “advance tax rulings” veja-se KAMPHUIS e OOSTERHOF, “Ernest & Young Global Transfer Pricing Update”, *Volume 31, n.º 4*, 2003, pags. 339 a 340.

acusações levadas a cabo na União Europeia de terem práticas fiscais prejudiciais com os seus sistemas de “*rulings*”⁹⁰⁵.

○ **Directrizes relativas aos Acordos Prévios sobre os Preços de Transferência (APP) na União Europeia**

– **Introdução**

A Comissão da UE com vista à atracção e fixação no espaço comunitário dos grupos multinacionais e ao incremento e desenvolvimento das actividades transfronteiriças entre os seus Estados-membros, já múltiplas vezes manifestou a intenção de os Estados-membros introduzirem e alargarem os APP⁹⁰⁶. Este propósito foi agora alcançado com a introdução de directrizes em vista à celebração pelos Estados-membros de APP multilaterais, numa tentativa de uniformização e melhor coordenação das Administrações Tributárias no desenrolar daquele processo, criando por esta via critérios de transparência e de negociação entre as partes – empresas associadas plurilocalizadas e Administrações Fiscais – num clima de boa fé e ampla cooperação⁹⁰⁷.

Atente-se, que mais uma vez a Comissão, no seguimento das sugestões feitas pelo FCPT, utilizou instrumentos oriundos da OCDE para tentar, antecipadamente, solucionar potenciais conflitos entre as empresas associadas e as Administrações

⁹⁰⁵ Neste sentido veja-se CALDERÓN CARRERO J.M., *Precios de Transferencia e Impuesto sobre Sociedades*, Tirant lo Blanch, Valência, 2005, pags. 36.

⁹⁰⁶ A Comissão pretende incentivar o comércio transfronteiriço no espaço comunitário, criando condições à diminuição da conflitualidade entre os agentes económicos e as Administrações Fiscais e por tal é clara esta sua intenção ao assumir que “...a existência de um APP evita assim frequentemente a possibilidade de conflito entre as administrações fiscais a respeito das transacções por ele abrangidas [e por tal] os APP são um método exemplar de prevenção de litígios...”, COM(2007) 71 final, Bruxelas, 26.2.2007.

⁹⁰⁷ Esta intenção é cabalmente demonstrada pela aprovação pela Comissão das linhas directrizes que os APP devem seguir quando sejam celebrados entre as Administrações Fiscais dos Estados-membros, dando assim seguimento às sugestões feitas pelo FCPT no seu “Rapport préparé par le Forum Conjoint de l'UE sur les Prix de Transfert concernant les activités du forum conjoint de l'UE sur les prix de transfert dans le domaine de la prévention et du règlement des différends et concernant des lignes directrices relatives aux accords préalables sur les prix dans l'UE”, SEC(2007) 246, Bruxelles, 26.2.2007, quando na sua “Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu relativa às actividades do Fórum Conjunto da UE sobre Preços de Transferência no domínio da prevenção e resolução de litígios e às directrizes para os acordos prévios em matéria de preços de transferência na UE”, COM(2007) 71 final, Bruxelas, 26.2.2007, (sublinhado nosso), pags. 3, sob o ponto 3, afirma que “...esta terceira comunicação tem, (...) como finalidade principal prevenir conflitos a respeito dos preços de transferência e a concomitante dupla tributação, introduzindo directrizes para acordos prévios sobre os preços de transferência (a seguir, “APP”) na UE...”

Fiscais, na linha da comunitarização das Directrizes e Princípios que advêm da OCDE⁹⁰⁸, e que em seguida iremos analisaremos.

A primeira nota que nos merece esta decisão da Comissão, em apresentar as suas linhas directrizes para a celebração de APP no seio do espaço comunitário, prende-se com o facto de, mais uma vez, não ter proposto que as mesmas surgissem sob a forma de “proposta de directiva”, integrando por esta via no direito comunitário derivado formas negociais de acordos multilaterais, e nem sequer sugeriu a criação de um “Código de Conduta” em que os Estados-membros no mínimo assumissem um compromisso político, como aliás já tinha feito para outras temáticas ligadas com os preços de transferência, e que já analisamos. Ou seja, no seguimento das sugestões feitas pelo FCPT limitou a criar um conjunto de linhas directrizes deixando aos Estados-membros o *mudus faciendi* para a sua implementação, quer esta fosse feita por via da introdução nas suas legislações fiscais, quer por via de criação de normas administrativas, quer por elaboração de recomendações, sugerindo ainda que anualmente elaborassem um relatório que englobasse quer as medidas tomadas para a sua utilização, quer os resultados obtidos pelo seu funcionamento prático⁹⁰⁹.

A segunda nota que aqui devemos deixar plasmada traduz-se no facto de o FCPT ter elaborado e proposto à Comissão a implementação destas linhas directrizes com base em estudos que levou a cabo junto das empresas que laboram no espaço comunitário, assim como junto dos Estados-membros, retirando dali conclusões e propondo a criação destas directrizes tendo em atenção os melhores aspectos jurídicos procedimentais que ali colheu, isto é, teve em atenção os ensinamentos recolhidos sobre o que considerou serem as melhores práticas nesta temática, vertendo-as para directrizes gerais a serem observadas por todos^{910 911 912}.

⁹⁰⁸ Neste sentido veja-se a Comunicação da Comissão, “Para um mercado interno sem obstáculos fiscais – Estratégia destinada a proporcionar às empresas uma matéria colectável consolidada do imposto sobre as sociedades para as suas actividades a nível da EU”, COM (2001) 582 Final, pags. 14, sob a epígrafe, “Deverá ser incentivada a realização de acordos prévios sobre preços de transferência e a coordenação entre os Estados-Membros e entre empresas”.

⁹⁰⁹ Atente-se que a Comissão apenas “...convida (...) os Estados-Membros a transporem rapidamente para a legislação ou as normas administrativas nacionais as recomendações nelas incluídas [e] (...) ainda a comunicar anualmente à Comissão as medidas que tomem com base nas directrizes e o seu funcionamento prático...”, veja-se COM(2007) 71 final, Bruxelas, 26.2.2007, pags. 5, ponto 13.

⁹¹⁰ Este reconhecimento é expresso, COM(2007) 71 final, Bruxelas, 26.2.2007, pags. 5, ponto 15, quando a Comissão reconhece que “...dadas as importantes vantagens dos APP, o FCPT considerou oportuno identificar as melhores práticas para a condução do processo APP na UE...”, acrescentando em seguida que “...estas figuram nas directrizes em anexo à presente comunicação...”.

– **Constrangimentos referidos pelas Empresas à celebração de APP**

Das afirmações feitas pelas empresas sobre os constrangimentos práticos que as impedia de recorrerem à celebração de APP com as Administrações Fiscais dos Estados-membros, há algumas que demonstram a insipiência destes procedimentos no espaço comunitário, que se traduzem nas críticas feitas pelas empresas à falta de pessoal especializado, às atitudes negativas na elaboração de APP e à diversidade de procedimentos e normas jurídicas existentes na UE. Em contrapartida entendem que a Administração Fiscal dos EUA está mais vocacionada para esta temática e por tal as empresas vêem naquela administração fiscal uma maior capacidade para celebrarem APP, como um meio de gerir riscos e obter segurança jurídica⁹¹³ nas suas relações com as empresas associadas e ali plurilocalizadas.

– **Constrangimentos referidos pelos Estados-membros à celebração de APP**

Das afirmações feitas pelos Estados-membros quantos aos constrangimentos que as impediam de celebrar os APP, sobressaem das respostas sintetizadas pelo FCPT que as maiores dificuldades se prendiam com um prolongamento demasiado longo das conversações entre as autoridades fiscais, facto muitas vezes fruto de uma ausência de experiência entre elas, porquanto, apesar de existirem CDTs que possibilitassem as negociações, de facto havia uma grande ausência de quadros legais o que acarretava consigo a insegurança jurídica, nunca podendo, por todos estes factores, ignorarem-se os elevados custos que aqueles APP podiam acarretar, ou seja, sobressai daquele conjunto de afirmações que as Administrações Fiscais tinham problemas internos a resolver de modo que lhes permitisse tirarem um maior partido deste instrumento jurídico que são a celebração de APP multilaterais.

O FCPT conclui também das respostas obtidas dos Estados-membros que a realização dos APP bilaterais ou multilaterais variava entre 12 (doze) meses e 4 (quatro) anos, ao passo que nos unilaterais a sua conclusão ocorria entre os 3 (três) e

⁹¹¹ O FCPT sintetizou as respostas das empresas num único documento que pode ser consultado sob o título "Synthèse des réponses des entreprises au questionnaire APP", *JTPF/020/BACK/2005/FR - Taxud/E1/EM/WB*, Bruxelles, le 16 septembre 2005.

⁹¹² O FCPT sintetizou as respostas dos Estados-membros num único documento que pode ser consultado sob o título "Synthèse des réponses des états membres au questionnaire APP", *doc. JTPF/021/BACK/2005/FR - Taxud/E1/EM/WB*, Bruxelles, le 16 septembre 2005.

⁹¹³ Vejam-se as respostas sintetizadas pelo FCPT, *doc. JTPF/021/BACK/2005/FR - Taxud/E1/EM/WB - Bruxelles*, le 16 septembre 2005, questões 1 e 5, pags. 2 e 5.

18 (dezoito) meses, ou seja, quando os procedimentos eram apenas internos a sua rapidez era algo breve, enquanto que nos processos que envolviam mais que um Estado eram evidentes as dificuldades negociais, factores estes que consumiam um tempo demasiado longo para se alcançar um fim, sobressaindo dali um aspecto algo positivo que se traduzia no facto de os APP celebrados terem uma duração média entre 3 (três) e 5 (cinco) anos. Aliás tudo isto é bem patente no número relativamente baixo de APP celebrados entre os Estados-membros⁹¹⁴. Faremos a final uma abordagem a este aspecto.

– **As directrizes**

Se se atentar no conteúdo daquelas directrizes criadas pela Comissão com vista à celebração de APP pelos Estados-membros, diremos que aquela trilhou o caminho feito pela OCDE nos seus “Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais” quando esta organização internacional criou um conjunto de regras que os Estados deveriam cumprir para celebrarem os APP, e que já analisamos, com a integração dessas regras no “Anexo” àquela sua publicação e no seguimento do desenvolvimento temático ali inserido na secção F do Capítulo IV, cujo fim em vista foi a criação de um conjunto de regras que as partes – Administrações Fiscais e empresas associadas – deveriam seguir no desenrolar do processo conducente à celebração dos APP⁹¹⁵.

A Comissão obviamente seguiu uma vez mais as linhas directrizes da OCDE e também como esta, utiliza a possibilidade que o artigo 25.º do MC daquela organização internacional põe à disposição dos Estados que celebraram CDT⁹¹⁶, para

⁹¹⁴ Analisem-se as respostas sintetizadas pelo FCPT, *doc. JTPF/021/BACK/2005/ FR – Taxud/E1/EM/WB – Bruxelles*, le 16 septembre 2005, questões 1, 2, 4, 8 e 9, pags. 2, 3 e 4. É aliás curioso que os Estados-membros tenham até ao ano de 2005 celebrado entre si apenas 14 (catorze) APP bilaterais ou multilaterais, enquanto que aquele número se elevava para 38 (trinta e oito) em relação a APP celebrado com Estados terceiros e aumentou para 94 quando se tratava apenas de APP unilaterais, ou seja, é patente a dificuldade de entendimento entre os Estados-membros relativamente à temática tributária.

⁹¹⁵ Veja-se o “Anexo” intitulado “Princípios directores respeitantes à celebração de Acordos Prévios em matéria de preços de transferência no quadro do Procedimento Amigável (APP PA)”, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 265 a 301.

⁹¹⁶ Atente-se na semelhança da escrita jurídica utilizada pela OCDE, quando, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 167, item 4.140, afirma que “...os APP são autorizados pelo número 3 do artigo 25.º, já que os casos específicos de preços de transferência sujeitos a um APP não são contemplados em qualquer outra disposição da Convenção...”, com a afirmação feita pela Comissão no “Anexo” sob a epígrafe “Directrizes

entre si anteciparem as soluções aos problemas que os preços de transferência possam ocasionar no tocante à dupla tributação internacional, sugerindo-lhes que celebrem APP como meios eficazes de estabelecerem os métodos de determinação dos preços de transferência para as transacções ali abrangidas, contudo a Comissão alerta que o objectivo dos APP nunca é precisar o lucro que efectivamente deva ser determinado⁹¹⁷.

A Comissão teve assim em mente criar um guião que os Estados-membros seguissem na elaboração dos APP, guião este integrado num “Anexo”^{918 919} que incorpora as “Directrizes relativas aos Acordos Prévios sobre os Preços de Transferência (APP) na União Europeia”, fazendo parte do mesmo um conjunto de seis apêndices com indicações específicas sobre certas e determinadas temáticas necessárias à celebração e concretização dos APP, a saber:

relativas aos acordos prévios sobre os preços de transferência (APP) na União Europeia”, *COM(2007) 71 final*, Bruxelas, 26.2.2007, pags. 9, ponto 1, em que sob a rubrica de “Enquadramento jurídico” afirma que “...o n.º 3 do artigo 25.º do modelo de Convenção Fiscal da OCDE permite que os Estados Contratantes celebrem acordos prévios sobre preços de transferência (a seguir, “APP”) ...”, (sublinhado nosso).

⁹¹⁷ A Comissão é clarividente nas suas Directrizes quando ali afirma que o “...APP não deverá determinar com precisão o lucro que irá ser efectivamente tributado [mas], (...) deverá definir, com base no princípio da plena concorrência, os métodos de determinação dos preços de transferência para as transacções por ele abrangidas...”, *COM(2007) 71 final*, Bruxelas, 26.2.2007, pags. 9, ponto 3, aliás no seguimento das orientações da OCDE vertidas na primeira parte do item 4.124, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002, pags. 162.

⁹¹⁸ Para se conhecer a descrição integral do “Anexo” e dos “Apêndices” veja-se, *COM(2007) 71 final*, Bruxelas, 26.2.2007, pags. 18 a 25.

⁹¹⁹ Além dos múltiplos guias criados pelos diversos Estados sobre a desenrolar dos APP nos seus ordenamentos jurídicos, chamamos aqui à atenção para o guião criados pelos 4 (quatro) países que integram a Pacific Association of Tax Administrators (PATA) – EUA, Canadá, Austrália e Japão, em que foram ali vertidas regras processuais para a celebração entre os mesmos de APP bilaterais. A primeira nota que nos merece aquele “BAPA Operational Guidance for Member Countries of the Pacific Association of Tax Administrators (PATA)”, traduz no facto de que também aqueles países assumirem que “Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais” criados pela OCDE, são as suas linhas directrizes que devem nortear a resolução da problemática dos preços de transferência, aliás como é expresso sob o ponto 6. da section 2, onde se assume que “...the principles of the 1995 Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations and its 1999 Annex Guidelines for Conducting Advance Pricing Arrangements under the Mutual Agreement Procedure issued by the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), as amended from time to time, will be used as a guide in resolving BAPA cases...”; A segunda nota traduz no facto de as partes contratantes daquele guião não admitirem APP multilaterais, mas apenas APP bilaterais entre aqueles países; A terceira nota que também aqui referidos traduz-se no facto de também ali estarem previstas as várias etapas em que se desenrola a celebração dos APP bilaterais e terem proposto um *timing* ideal para cada uma dessas etapas, cuja duração máxima previsível será de 2 (dois) anos – vide “Section 5 Evaluation and Negotiation of a Bapa”, essencialmente os pontos 5, 7, 9 e 12; A quarta nota que nos merece este guião prende-se com o facto de ali se indicar também o prazo normal de duração que deve ser atribuído aos APP bilaterais, ou seja, entenderam que aquele validade deveria variar entre 3 (três) a 5 (cinco) anos – vide ponto 1 da “Section 5 Application of a Bapa”. Para um conhecimento detalhado sobre este acordo de guião para a celebração de APP bilaterais, veja-se “BAPA Operational Guidance for Member Countries of the Pacific Association of Tax Administrators (PATA)”, cuja última data de actualização pelas partes ocorreu em 06 de Fevereiro de 2004, na página da Internet <http://www.irs.gov/newsroom/article/0,,id=123846,00.html>.

- (i) “Apêndice A – Tipo de informações que poderão ser necessárias para o pedido formal de APP bilateral ou multilateral”;
- (ii) “Apêndice B - Análise funcional”;
- (iii) “Apêndice C - Calendário indicativo de conclusão de um APP”;
- (iv) “Apêndice D - Teor das tomadas de posição das autoridades competentes”;
- (v) “Apêndice E - Elementos que poderão ser necessários nos APP”;
- (vi) “Apêndice F – Premissas críticas”.

○ **Conclusão**

Os pontos salientes destas orientações compiladas pela Comissão, fruto do labor do FCPT, traduzem-se na tentativa de criarem um guião uniforme para os Estados-membros e as empresas associadas, de molde a descreverem as fases distintas por que deve passar um processo de acordo formal de APP entre Estados e empresas associadas e plurilocalizadas, trazendo com isto uma certeza e segurança jurídica a um método exemplar de prevenção de litígios entre todas as partes envolvidas, conseguindo-se por esta via, *a priori*, um quadro jurídico de estabilidade no método de valoração das operações vinculadas, uma repartição do lucro tributável entre as Administrações Fiscais envolvidas e por fim uma eliminação da dupla tributação internacional, criando-se assim um quadro jurídico propiciador aos investimentos internacionais.

A Comissão, e no seguimento das sugestões do FCPT, teve em atenção a problemática das PME e do seu acesso ao direito, nomeadamente ao direito fiscal, e por tal sugeriu que os Estados-membros tivessem um particular cuidado nos custos de conformidade que a celebração dos APP, por parte deste tipo de empresas, acarreta em face da sua menor estrutura, flexibilizando-lhe os processos^{920 921 922}.

⁹²⁰ Neste sentido veja-se a especial referência que o FCPT faz à flexibilização do processo de APP para as PME, no seu “Rapport préparé par le Forum Conjoint de l'UE sur les Prix de Transfert concernant les activités du forum conjoint de l'UE sur les prix de transfert dans le domaine de la prévention et du règlement des différends et concernant des lignes directrices relatives aux accords préalables sur les prix dans l'UE”, SEC(2007) 246, Bruxelles, 26.2.2007, pags. 33 e 34, pontos 109 a 121.

⁹²¹ Neste sentido veja-se, COM(2007) 71 final, Bruxelas, 26.2.2007, pags. 17, ponto 69.

⁹²² Inserimos em seguida um esquema extraído da “Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu relativa às actividades do Fórum Conjunto da UE sobre Preços de Transferência no domínio da prevenção e resolução de litígios e às directrizes para os acordos prévios em matéria de preços de transferência na UE”, COM(2007) 71 final, Bruxelas, 26.2.2007, que compreende todas as fases que aquele órgão da UE entende necessárias à condução de um APP.

Atento o desenvolvimento da economia mundial e em particular a economia no espaço comunitário, era esperado que os Estados-membros tivessem já utilizado amplamente a capacidade que as CDT, que vigoram nos seus ordenamentos jurídicos, lhes proporcionam para celebrarem entre si APP tendo em vista obterem certeza e segurança jurídica na valoração das operações vinculadas praticadas entre empresas associadas e plurilocalizadas, quer no espaço comunitário, quer com países terceiros.

Directrizes propostas pela Comissão em COM(2007) 71 final - Bruxelas, 26.2.2007 – pags. 8 – ponto 39 (*)					
ANEXO DIRECTRIZES RELATIVAS AOS ACORDOS PRÉVIOS SOBRE OS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA (APP) NA UNIÃO EUROPEIA	RECOMENDAÇÕES da Comissão sobre a elaboração dos APP pelos Estados-membros		APÊNDICES onde são formuladas condições específicas para temáticas concretas dos APP		
	1 – Enquadramento Jurídico				
	2 – Organização do Processo APP nos Estados-membros				
	3 – Participação no Programa de APP				
	4 -Emolumentos				
	5 – Limiares de Complexidade				
	6 – Documentação (**)		Apêndice A Tipo de informações que poderão ser necessárias para o pedido formal de APP bilateral ou multilateral	Apêndice B Análise funcional	
	7 – Condução do Processo APP	7.1 – Fase preliminar/pedido informal			
		7.2 – Pedido formal de APP			Apêndice A Tipo de informações que poderão ser necessárias para o pedido formal de APP bilateral ou multilateral
					Apêndice B Análise funcional
		7.3 – Avaliação e negociação do APP			Apêndice C Calendário indicativo de conclusão de um APP (***)
					Apêndice D Teor das tomadas de posição das autoridades competentes
	7.4 – Conclusão formal do APP	Apêndice E Elementos que poderão ser necessários nos APP	Apêndice F Premissas críticas		
	8 - Questões Específicas Relativas aos APP	8.1 – Transacções e participações			
		8.2 – Premissas críticas			
		8.3 - Retroactividade			
		8.4 – Publicação de estatísticas			
		8.5 – APP unilateral			
8.6 – Facilitar às PME o acesso a APP					
* Entende a Comissão que estas directrizes definem as fases eficazes em que se devem desenrolar as negociações dos APP, quer nas intervenções dos contribuintes, quer dos Estados-membros; ** A Comissão propõe que as multinacionais que utilizem a “Documentação dos Preços de Transferência na UE – DPT UE”, a mesma pode constituir a base da informação a integrar no desenrolar deste processo; *** A Comissão neste “Apêndice C” propõe que as negociações entre os Estados-membros se desenrolem num prazo máximo de 18 (dezoito) meses;					

Country Name:	Total Number of APAs granted (EU and non EU)	Total Number of APAs granted with EU MS	Total Number of Bilateral and Multilateral APAs at the end of 2006 EU / NON EU	Total Number of Unilateral APAs at the end of 2006 EU / NON EU	Number of APA requests received in 2006 EU / NON EU	Number of APAs granted in 2006 EU / NON EU	Number of APAs applications rejected in 2006 EU / NON EU	Number of APA applications where the taxpayer withdrew its request in 2006 EU /NON EU	Average time to negotiate the APAs EU / NON EU
<u>Belgium</u>			7						24 months
<u>Czech Republic</u>	2	2	0	0	4	0	0	0	10 months
<u>Denmark</u>	5	0	5	0	3	0	0	0	24 months
<u>France</u>	not readable	NA					1 EU	0	24 months for bi 10 months for uni
<u>Germany</u>	8	6	8	0	15	2	0	0	12 - 48 months
<u>Hungary</u>	1	1	0	0	0	0	0	0	6 - 10 months
<u>Netherlands</u>	NA	NA	9 7 EU 2 non EU	NA	8 6 EU 2 non EU Bi and multi	3 1 EU 2 non EU Bi and multi	0	0	28 months
<u>Poland</u>	1	1	0	0	4	0	0		6 months
<u>Slovak Republic</u>	13 – only unilateral	13	-	15	15	13	2	-	only unilateral case by case
<u>Spain</u>			3 2EU 1 non EU	11 6EU/3nonEU/2 EU+nonEU)	11 5EU 4 non EU 2EU+ nonEU	7 4 EU - 3 non EU	1 EU	1 non EU	14 months
<u>Sweden</u>	3	0	0	N/A	0	0	0	0	case by case approach
<u>United Kingdom</u>	20 bi 13 uni	7 bi 2 uni	7 EU 13non EU	2 EU 11non EU	7 EU 7 bi 17 non EU 12bi	4 EU (3 bi) 10 nonEU (7 bi)	2 EU (uni) 5 nonEU (uni)	0	25 months for bi (16EU 26 non EU) 13 months for uni

QUADRO N.º 26

Se atentarmos no quadro que acabamos de inserir ⁹²³, concluímos que dos 27 (vinte e sete) Estados-membros da UE apenas 12 (doze) tinham realizado APP, destacando-se, entre estes, o Reino Unido, a Alemanha, a Eslováquia, a Espanha e a Holanda. Outro aspecto digno de nota prende-se com a grande diversidade de prazos existentes nos Estados-membros para a conclusão dos APP, os quais podem variar desde o mínimo de 6 (seis) meses na Polónia até ao máximo de 48 (quarenta e oito) meses na Alemanha.

Tendo em vista fazermos uma pequena análise comparativa da importância dada aos APP pelos Estados-membros e aquela que lhes é atribuída pelos EUA, inserimos dois quadros que elaboramos com dados extraídos de informação recolhida no Internal Revenue Service – IRS⁹²⁴, quadros este que são elucidativos da importância atribuída a estes tipos de acordos prévios pela Administração Fiscal dos EUA e que não obteve ainda igual valor nos Estados-membros.

EUA Dados sobre os APP	Unilaterais	Bilaterais	Multilaterais	Total anual	Total acumulado
Pedidos de APP apresentados no ano de 2007	28	64		92	1129
Totalidade dos APP em vigor:					773
Ano de 2007	26	54	1	81	
1991-2006	324	359	9	692	

QUADRO N.º 27

Neste quadro evidenciam-se, quer o número total de pedidos já apresentados nos EUA, desde o pretérito ano de 1991 até ao ano de 2007, assim como os APP em vigor no final do ano de 2007. Se fizermos uma análise comparativa entre o quadro que acima inserimos com os dados estatísticos dos APP celebrados por Estados-membros da UE e os dados dos EUA, temos obrigatoriamente que concluir que as Administrações Fiscais dos Estados-membros ainda têm um grande caminho a percorrer nesta temática.

⁹²³ A tabela que inserimos foi gizada com dados extraídos do documento, *doc “APA table 2007 JTPF 006 REV3 2007 EN 2008 APRIL 30th.xls”*, criado pelo FCPT com base nas informações recolhidas junto dos Estados-membros e inserto no sítio da Internet “Commission européenne>...> Prix de transfert> Forum sur les prix de transfert” http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/transfer_pricing/forum/index_fr.htm.

⁹²⁴ Os dados que inserimos nos dois quadros que seguem, foram extraídos do “*Announcement and Report Concerning Advance Pricing Agreements*”, 27 de Março de 2008, elaborado pelo Internal Revenue Service – IRS, no sítio da Internet <http://www.irs.gov/pub/irs-drop/a-08-27.pdf>, pags. 9 e 10, Tabela 1 e 2.

EUA – meses necessários para a conclusão dos APP no ano de 2007			
Média	Totalidade dos APP	APP Unilaterais	APP Bilaterais e Multilaterais
	38.2	18.7	44.7

QUADRO N.º 28

Em termos comparativos do tempo necessário à conclusão de APP pelas Administrações Fiscais dos EUA e dos Estados-membros diríamos que na UE, em regra, os prazos para a sua conclusão são mais céleres, mas deve ter-se em atenção a diferença substancial entre o numero total de APP concluídos nos EUA e nos Estados-membros para conseguirmos aquilatar da capacidade de resposta que as Administrações Fiscais dos Estados-membros em caso de similitude.

Contudo, para termos uma noção da diferença entre os APP celebrados pelo Internal Revenue Service – IRS e os que são celebrados pelas Administrações Fiscais dos Estados-membros, e que acima inserimos, vamos introduzir de seguida dois quadros demonstrativos dos fluxos de importação e exportação de mercadorias e serviços comerciais, onde estão reflectidas as posições daqueles países a nível mundial⁹²⁵.

Principais exportadores e importadores mundiais de mercadorias – Ano de 2007									
(Em mil milhões de dólares e em percentagem)									
N.º de Orden	Estados Exportadores	Valor	% do valor total mundial	Variação anual da %	N.º de Orden	Estados Importadores	Valor	% do valor total mundial	Variação anual da %
1	Alemanha	1326.4	9.5	20	1	Estados Unidos	2020.4	14.2	5
2	China	1217.8	8.7	26	2	Alemanha	1058.6	7.4	17
3	Estados Unidos	1162.5	8.3	12	3	China	956.0	6.7	21
4	Japão	712.8	5.1	10	4	Japão	621.1	4.4	7
5	França	553.4	4.0	12	5	Reino Unido	619.6	4.4	3
6	Holanda	551.3	4.0	19	6	França	615.2	4.3	14
7	Itália	491.5	3.5	18	7	Itália	504.5	3.5	14
8	Reino Unido	437.8	3.1	2	8	Países Baixos	491.6	3.5	18
9	Bélgica	430.8	3.1	17	9	Bélgica	413.2	2.9	17
10	Canadá	419.0	3.0	8	10	Canadá	389.6	2.7	9
11	República da Coreia	371.5	2.7	14	11	Espanha	372.6	2.6	13

QUADRO N.º 29

⁹²⁵ Os quadros que acabamos de inserir foram extraídos de dados constantes em tabelas estatísticas inseridos, “*Estadísticas del comercio internacional – 2008*”, ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO e consultável no sítio da Internet http://www.wto.org/spanish/res_s/statistics/its2008_s/its08_toc_s.htm , a pags. 14 e 16, quadros 1.8 e 1.10.

Principais exportadores e importadores mundiais de serviços comerciais – Ano de 2007 (Em mil milhões de dólares e em percentagem)									
N.º de Ordem	Estados Exportadores	Valor	% do valor total mundial	Variação anual da %	N.º de Ordem	Estados Importadores	Valor	% do valor total mundial	Variação anual da %
1	Estados Unidos	456.4	13.9	15	1	Estados Unidos	335.9	10.9	9
2	Reino Unido	273.0	8.3	18	2	Alemanha	250.5	8.1	15
3	Alemanha	205.8	6.3	15	3	Reino Unido	194.1	6.3	13
4	França	136.7	4.2	16	4	Japão	148.7	4.8	11
5	Espanha	128.3	3.9	21	5	China	129.3	4.2	29
6	Japão	127.1	3.9	10	6	França	124.1	4.0	16
7	China	121.7	3.7	33	7	Itália	118.3	3.8	21
8	Itália	110.5	3.4	13	8	Espanha	98.4	3.2	26
9	Índia	89.7	2.7	20	9	Irlanda	94.5	3.1	20
10	Irlanda	89.0	2.7	30	10	Holanda	86.8	2.8	10
11	Holanda	87.5	2.7	9	11	República da Coreia	82.5	2.7	21
12	Hong Kong - China	82.7	2.5	14	12	Canadá	80.3	2.6	12
13	Bélgica	75.5	2.3	--	13	Índia	77.2	2.5	22

QUADRO N.º 30

Nesta mesma senda comparativa, agora a nível das empresas que no espaço comunitário são controladas por outras empresas situadas noutros Estados, quer sejam da UE, quer sejam fora da UE, inserimos dois gráficos que nos demonstram, quer a percentagem de empresas sob controlo estrangeiro, quer sob controlo nacional, assim, como ainda quais os principais parceiros nesse controlo⁹²⁶.

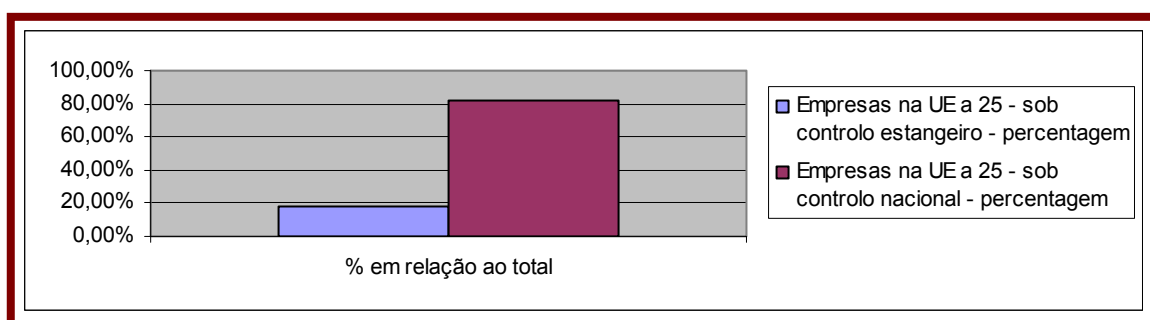


GRÁFICO N.º 6

⁹²⁶ Os dois gráficos estatísticos que acabamos de inserir foram elaborados com base em dados recolhidos da publicação em "Les entreprises sous contrôle étranger dans l'UE Industrie, commerce et services", *Statistiques en bref*, 30/2008, GRELL, MICHAELA, publicado pela Eurostat, pags. 5

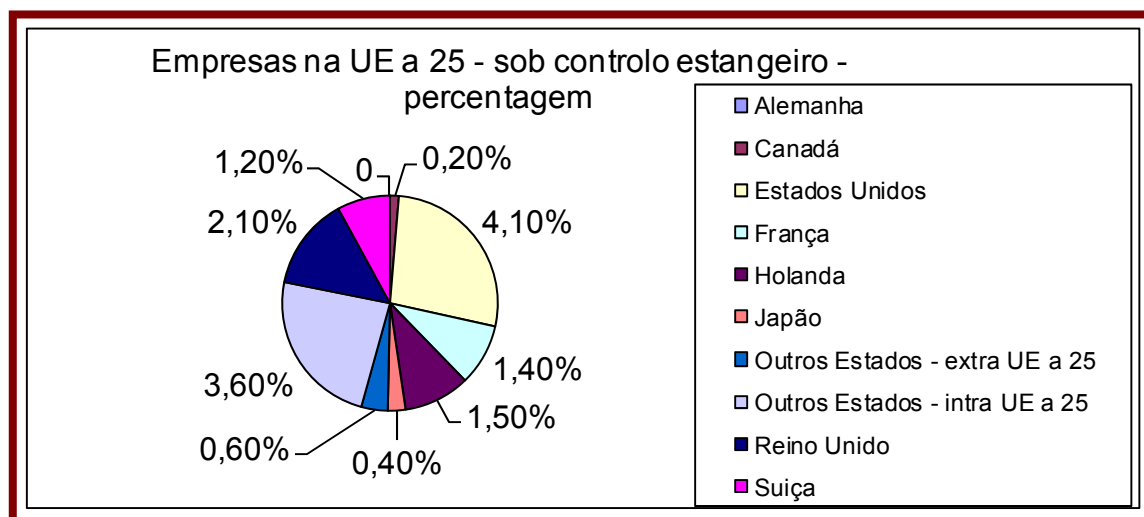


GRÁFICO N.º 7

Perante os quadros estatísticos e os gráficos que inserimos, é para nós evidente que há ainda um grande caminho para os Estados-membros percorrerem, comparativamente com aquele que já trilharam os EUA, facto este que, em nosso entender, não se compadece com o investimento internacional e a necessidade de certeza e segurança jurídica que os grupos multinacionais pretenderem conseguir com a celebração dos APP. Há ainda grandes passos que os Estados-membros têm que dar no sentido de evidenciarem uma maior visibilidade à tributação directa na União Europeia e, assim, acompanharem os longos anos de persistência que a Comissão leva já nesta temática, facto que iremos realçar quando analisarmos os novos passos que este órgão da UE pretende dar no sentido de uma maior uniformização da tributação directa das sociedades.

viii. A Documentação dos Preços de Transferência da União Europeia – DPT UE

Na prossecução da sua actividade o FCPT apresentou à Comissão o seu Relatório sobre as actividades por si desenvolvidas e resultantes das reuniões decorridas entre os anos de 2004 e 2005⁹²⁷, que se inscrevem no prolongamento da

⁹²⁷ Vide Document de travail des services de la Commission, *Rapport sur les activités du forum conjoint de l'UE sur les prix de transfert dans le domaine des exigences en matière de documentation* (COM (2005) 543 final), COMMISSION EUROPÉENNE, Bruxelles, 11/11/2005, SEC (2005) 1477, a pág. 5, item 1, que

sua actividade em vista à apresentação de soluções pragmáticas de carácter não legislativo que tendam a encontrar soluções aos problemas suscitados pela operações vinculadas praticadas pelos grupos de empresas espalhadas por diversos Estados-membros da UE, ou que tenham relação com as empresas que os integram e que se encontram em países terceiros⁹²⁸.

Neste seu resumo o FCPT assume que a sua reflexão durante este período de tempo foi direccionado para a problemática da documentação das operações vinculadas praticadas no seio dos grupos empresariais plurilocalizadas em mais que um Estado-membro, ou naquelas situações que envolvem um Estado-membro e países terceiros, preocupando-se com a necessidade que as Administrações Fiscais têm em conhecer com exactidão como é que essas operações se desenvolveram e obedeceram ao Princípio da Plena Concorrência criado pela OCDE⁹²⁹, assim como reflectiram sobre as provas que devem ser feitas para que se possa concluir que tais operações vinculadas seguiram aquele Princípio da empresa independente, bem como sobre a quem incumbe essa prova, tendo presente as diversificadas imposições sobre tais temáticas existentes nos diferenciados ordenamentos juridico-tributários decorrentes da multiplicidade dos 27 Estados-membros que actualmente compõem a UE⁹³⁰.

refere que este documento engloba “...Des réunions se sont tenues les 18 mars 2004, 10 juin 2004, 16 septembre 2004, 14 décembre 2004 et 16 et 17 mars 2005 sous la présidence de M. Bruno GIBERT, partenaire du CMS Bureau Francis Lefebvre et la vice-présidence de M. Guy KERSCH, conseiller fiscal – Europe, Pfizer Entreprises SARL, Luxembourg ainsi que de Mme Montserrat TRAPÉ VILADOMAT, directrice adjointe de l’unité Fiscalité internationale du ministère des finances espagnol, représentant respectivement les entreprises et les administrations fiscales...”, e que “...Depuis la réunion du 10 juin 2004, les observateurs des pays adhérents (République tchèque, Estonie, Chypre, Lettonie, Lituanie, Hongrie, Malte, Pologne, Slovénie et Slovaquie) sont membres effectifs du forum...”.

⁹²⁸ Vide Document de travail des services de la Commission em *Rapport sur les activités du forum conjoint de l’UE sur les prix de transfert dans le domaine des exigences en matière de documentation* (COM (2005) 543 final), COMMISSION EUROPÉENNE, Bruxelles, 11/11/2005, SEC (2005) 1477, 46 páginas;

⁹²⁹ Vide comunicação da Comissão, “Proposta de um “CÓDIGO DE CONDUTA relativo à documentação dos preços de transferência para as empresas associadas na UE””, COM (2005) 543 final, Bruxelas, 07.11.2005, pags. 2, item 3, em que se afirma que “...o FCPT deve funcionar com base no consenso e identificar soluções pragmáticas de carácter não legislativo para os problemas práticos suscitados pelas práticas em vigor na UE no âmbito dos preços de transferência, respeitando as Orientações relativas aos preços de transferência da OCDE...”. Mais uma vez é aqui bem evidente que as directrizes da OCDE sobre esta temática são assumidas como direito fiscal internacional e “comunitarizado” pelos diversos órgãos da UE.

⁹³⁰ Vide Document de travail des services de la Commission, “Rapport sur les activités du forum conjoint de l’UE sur les prix de transfert dans le domaine des exigences en matière de documentation (COM (2005) 543 final)”, COMMISSION EUROPÉENNE, Bruxelles, 11/11/2005, SEC (2005) 1477, pág. 5 sob o item 4 que refere que “...le forum a entamé sa réflexion par l’examen de questions ayant trait notamment à l’objectif et au contenu d’une documentation pertinente et efficace, ainsi qu’à la charge de la preuve. Il a ensuite comparé les différents systèmes existants, certains d’entre eux étant considérés comme restrictifs du fait qu’ils prévoient une liste détaillée de documents que les contribuables sont tenus de présenter, d’autres étant plus souples et permettant un traitement individuel de ces derniers. Les travaux concernant

Com base no Relatório do FCPT a Comissão apresentou em 7 de Novembro de 2005, ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu uma “Proposta de Código de Conduta relativo à documentação dos preços de transferência para as empresas associadas na UE”, proposta esta que foi aceite e, por tal, através da “Resolução do Conselho e dos Representantes dos Governos dos Estados-membros, reunidos no Conselho, de 27 de Junho de 2006, relativo a um Código de Conduta relativo à documentação dos preços de transferência para as empresas associadas na União Europeia (DPT UE)”⁹³¹, acordaram na criação daquele Código de Conduta que foi publicado em “Anexo” sob a epigrafe “Do Código de Conduta Relativo à Documentação dos Preços de Transferência para as Empresas Associadas na União Europeia (DPT UE)”.

As considerações enunciadas pelo Conselho no intróito para justificar a criação de mais um Código de Conduta são variadas e sobressaem os factos de mais uma vez somente se ter conseguido apenas obter um compromisso político entre os representantes dos Estados-membros⁹³², da necessidade de se pretenderem eliminar todas as eventuais barreiras que obstaculizassem ao exercício das amplas liberdades em que assenta o mercado interno, na dinâmica que é preciso implementar para que cada vez mais os agentes económicos vejam aquele mercado interno como o seu espaço natural e por tal olhem para ele como uma continuação do mercado interno dos Estados-membros em que estão implantadas, que é imprescindível proceder a uma diminuição dos custos de conformidade e por tal criar uma documentação o mais uniforme possível para as empresas que no espaço comunitário actuem, ou que tenham também ligações com Países terceiros, de forma a centralizar essa informação para que seja acessível a todas as Administrações Fiscais interessadas, pretendendo-se também assegurar que aquelas exigências de documentação sejam também

la documentation en matière de prix de transfert menés dans d'autres enceintes internationales ont également été examinées...”

⁹³¹ O referido documento foi publicado no Jornal Oficial da União Europeia com o n.º C 176/1 a C 176/7, de 28 de Julho de 2008.

⁹³² O facto de os Estados-membros terem um autêntico direito de veto no estabelecimento do direito comunitário na área da tributação leva a que seja cada vez mais frequente a criação de “Códigos de Conduta” que mais não são do que compromissos políticos e que não afectam os direitos e obrigações decorrentes do TCE, não sendo sequer sindicáveis perante o TJCE, aliás como é reafirmado pelo Conselho ao “...**SUBLINHA[R]** que o Código de Conduta constitui um compromisso político e não afecta os direitos e as obrigações dos Estados-Membros nem os âmbitos de competência respectivos dos Estados-Membros e da Comunidade decorrentes do Tratado que institui a Comunidade Europeia...”. Veja-se, Jornal Oficial da União Europeia, n.º C 176/2, de 28 de Julho de 2008, sublinhando a própria Comissão na sua Comunicação, COM (2005) 543 final – Bruxelas, 07.11.2005, fls.12, “...que o objectivo a atingir pela acção proposta, (...) deve respeitar os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, tal como previsto no artigo 5º do Tratado que institui a Comunidade Europeia...”.

aplicáveis aos Estabelecimentos Estáveis e sugerindo que será imprescindível adequar o conteúdo da documentação à dimensão das empresas, lembrando aquele órgão da UE que aquela documentação deve ser enquadrada dentro dos princípios e directrizes da OCDE, ou seja, é reafirmado uma vez mais a comunitarização daqueles princípios e directrizes internacionais^{933 934}.

Este “Código de Conduta da DPT UE”, cuja essência como vimos parte do FCPT, divide-se em 5 (cinco) secções distintas, compreendendo cada uma delas um tema distinto a tratar, ou seja: A Secção 1 trata do “Conteúdo da DPT UE”, dividindo-se por sua vez em 3 (três) parte distintas, isto é, uma parte introdutória, outra destinada à “documentação de base (*masterfile*)” e por último outra destinada à “documentação específica ao país”, a Secção 2 trata das “Modalidades de execução e

⁹³³ Se atentarmos no conteúdo da justificações apresentadas pelo Conselho para justificar a sua aceitação e criação daquele “Código de Conduta relativo à documentação dos preços de transferência para as empresas associadas na União Europeia (DPT UE)” constatamos que ali se parte da premissa de que “...o mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas, em que está assegurada a livre circulação de pessoas, de mercadorias, de serviços e de capitais...”, pelo que “...no âmbito de um mercado interno com as características de um mercado nacional, as transacções entre empresas associadas de diferentes Estados-Membros não deverão ser sujeitas a condições menos favoráveis do que as aplicáveis a idênticas transacções efectuadas entre empresas associadas de um mesmo Estado-Membro...”, pelo que “...é essencial reduzir os custos de conformidade relacionados com a documentação relativa aos preços de transferência para as empresas associadas...”, e assim este “...Código de Conduta (...) proporciona aos Estados-Membros e aos contribuintes um instrumento valioso para a utilização, na União Europeia, de uma documentação harmonizada e parcialmente centralizada referente aos preços de transferência, com o objectivo de simplifica[cão]...”, e que a “...aceitação, pelos Estados-Membros, de uma documentação harmonizada e parcialmente centralizada...” é essencial para “...ajudar as empresas a tirar maior partido das vantagens do mercado interno...”, sendo contudo “...necessário enquadrar a documentação em matéria de preços de transferência na União Europeia no contexto das Orientações relativas aos preços de transferência da OCDE...”, tendo ainda em conta que “...uma documentação harmonizada e parcialmente centralizada deverá ser aplicado com flexibilidade, atendendo às circunstâncias específicas das empresas em causa...”, nomeadamente os Estados-Membros assumiram o compromisso de “...não exigir que as empresas de menor dimensão ou com estruturas menos complexas (nomeadamente as pequenas e médias empresas) apresentem uma documentação tão volumosa ou detalhada como a que seria exigível às empresas de maior dimensão e que possuem de estruturas mais complexas...”, não se esquecendo “...que uma abordagem comum à escala da União Europeia relativamente às exigências de documentação apresenta vantagens tanto para os contribuintes, que beneficiarão de uma redução dos custos de conformidade...”, e que os Estados-membros devem aplicar as “...exigências em matéria de documentação relativa à imputação de lucros a[os] estabelecimento[s] estável[is]...”. Veja-se Jornal Oficial da União Europeia, n.º C 176/1 a C 176/2, de 28 de Julho de 2008.

⁹³⁴ A OCDE integrou nas suas orientações, directrizes e princípios aplicáveis aos preços de transferência o “Capítulo V” dedicado à “Documentação” sobre as operações vinculadas praticadas por empresas associadas, que compreende 4 (quatro) partes distintas, quais sejam: “A. Introdução”, “B. Orientações sobre as regras e procedimentos em matéria documental”, “C. Informações úteis para a determinação dos preços de transferência” e “D. Recomendações gerais sobre documentação”, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Ministério das Finanças, Lisboa 2002, pags.179 a 189, itens 5.1 a 5.29. Se se atentar nas afirmações que a OCDE faz na Introdução àquele Capítulo concluímos de imediato que a mesma teve em mente criar ali um conjunto de orientações genéricas destinadas às Administrações Fiscais e aos contribuintes que pratiquem operações vinculadas de modo a permitir-lhes criarem e identificarem procedimentos e documentos que tenham em vista demonstrar que aquelas operações vinculadas foram praticadas debaixo do Princípio da plena concorrência, ou seja, como é que as partes daquelas relações juridico-tributárias devem instituir os meios mínimos de prova documental, para efeitos fiscais, dos Preços de Transferência.

exigências para as empresas multinacionais”, a Secção 3 que trata das “Modalidades de execução e exigências para os Estados-membros”, a Secção 4 que trata das “Modalidades de execução e exigências aplicáveis às empresas multinacionais e aos Estados-membros” e finalmente a Secção 5 que incorpora um “Glossário”.

○ **Âmbito subjectivo de aplicação**

A “DPT UE” destina-se a todas aquelas empresas multinacionais, ou grupos multinacionais⁹³⁵, que integrem empresas da UE que entre si pratiquem operações vinculadas e ainda aquelas que embora tenham uma única empresa num Estado-membro tenham outra, ou outras, em países terceiros, ou seja, é *conditio sine qua non* que, pelo menos, uma das empresas vinculadas tenha ligação com um Estado-membro⁹³⁶, assim como às Administrações Fiscais dos Estados-membros;

○ **Âmbito geográfico**

É *conditio sine qua non* que pelo menos uma das empresas do grupo multinacional ou da empresa multinacional tenha ligação tributária com um Estado-membro, ou seja, é imprescindível que haja ligação com o Espaço Comunitário, isto é, com o mercado interno⁹³⁷;

○ **Objecto**

Dentro deste contexto objectivo da DPT UE podemos inserir vários prismas de análise, quer por parte das Administrações Fiscais envolvidas com essas empresas ou grupos de empresas multinacionais, quer por partes destas, isto é, quanto às Administrações Fiscais põe-se aqui em relevância a sua imprescindibilidade de terem capacidade para conhecerem com exactidão se as operações vinculadas obedecem

⁹³⁵ De acordo com o “Glossário” do “Código de Conduta da DPT UE” “...Uma empresa multinacional é uma empresa que faz parte integrante de um grupo de empresas multinacional...” e “...Um grupo de empresas multinacional é um grupo de empresas associadas com estabelecimentos comerciais em dois ou mais países...” – Veja-se Jornal Oficial da União Europeia, n.º C 176/7, de 28 de Julho de 2006. Contudo chamamos à atenção para o facto de que mais uma vez os órgãos da UE se socorrem da OCDE para trazer à liça estes conceitos, porquanto se atentarmos naquele “Glossário” começa logo por se afirmar que “...de acordo com as Orientações relativas aos preços de transferência da OCDE...”.

⁹³⁶ Veja-se a conjugação dos n.ºs 3, 11 e 31 daquele “Código de Conduta da DPT UE”.

⁹³⁷ A Comissão, na linha de pensamento já assumida pelo FCPT, declara expressamente na sua Comunicação, COM (2005) 543 final, Bruxelas, 07.11.2005, fls.6, item 22, que “...a DPT UE deve abranger todas as entidades do grupo estabelecidas na UE, incluindo as transacções controladas efectuadas entre empresas de países terceiros e entidades do grupo estabelecidas na UE...”.

às directrizes e orientações da OCDE e por tal terem capacidade de as tributar como se as mesmas fossem praticadas por empresas independentes e, por esta via, a DPT UE tem em vista permitir-lhes que procedam a uma avaliação do risco para efeitos de selecção ou início de controlo fiscal, de formularem as questões que acharem pertinentes em vista à clarificação da obediência dessas operações vinculadas com o *“arm’s length principle”* e por esta via avaliarem as concretas operações vinculadas praticadas. Ou seja, trata-se aqui de as mesmas poderem ter garantidos um conjunto de elementos de prova documental de forma a terem a susceptibilidade de os utilizarem se para tanto entenderem oportuno, permitindo-lhes por esta via conhecerem antecipadamente que terão à sua disposição um conjunto mínimo de informação credível que lhes poderá dar respostas a eventuais questões que queiram conhecer sobre o decurso das operações vinculadas.

Por sua vez as empresas plurilocalizadas passam a ter elencado um conjunto de informação *standard* que lhes permite satisfazerem as necessidades das Administrações Fiscais com as quais se encontram envolvidas, traduzindo-se isto numa redução dos custos de conformidade e numa certeza e segurança jurídica⁹³⁸. Por último, quer o FCPT, quer a Comissão assumem que esta uniformização de critérios de suporte documental das operações vinculadas traz ao mercado interno um favorecimento ao seu desenvolvimento, ou seja, quanto menor forem os custos de conformidade e maior seja a previsibilidade de cumprimento das obrigações fiscais perante todas as Administrações Fiscais dos Estados-membros, maior será o desenvolvimento deste mercado interno e melhor estará garantido o cumprimento das normas fiscais dos Estados-membros envolvidos, logo diminuídos os riscos de evasão e fugas fiscais⁹³⁹.

⁹³⁸ A Comissão assume no seu “Relatório” de apresentação da “Proposta deste Código de Conduta” que o FCPT teve em mente o estudo que elaborou a nível internacional sobre as melhores práticas existentes nesta matéria da documentação assim como os benefícios que tal tentativa da uniformização mínima para um conjunto de documentação traria para os agentes económicos, para as Administrações Fiscais e para uma evolução positiva do mercado interno da UE. Isto mesmo resulta explicitamente daquele “Relatório” quando ali se assume que o “...Fórum analisou as vantagens e inconvenientes das várias abordagens comuns possíveis em matéria de exigências de documentação, nomeadamente as “melhores práticas”, a “documentação harmonizada” e a utilização de “documentação (global integrada) centralizada”. O FCPT debateu esta questão tendo em conta a experiência adquirida pela *Pacific Association of Tax Administrators* e as “Orientações relativas aos preços de transferência de OCDE destinadas às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, que têm por objectivo assegurar um equilíbrio entre, por um lado, o direito das administrações fiscais de obter dos contribuintes as informações necessárias para verificar se os preços de transferência destes últimos observaram as condições normais de concorrência e, por outro, os custos de conformidade para os contribuintes...”. Veja-se a Comunicação, COM (2005) 543 final, Bruxelas, 07.11.2005, fls.6, item 19.

⁹³⁹ É de salientar que quer a OCDE, quer o FCPT, e em consequência a Comissão e o Conselho, entendem, e quanto a nós só assim será admissível, que a determinação dos preços de transferência

○ **Conteúdo da documentação**

O FCPT teve em atenção que esta DPT UE seria aplicável às empresas ou grupos de empresas plurilocalizadas e por tal ligadas a mais que uma Administração Fiscal, e por via disso haveria um conjunto de documentos que interessaria a todas elas, contudo haveria outra informação que especificamente só diria respeito a cada uma das concretas Administrações Fiscais envolvidas. Tendo estas premissas presentes gizou dois tipos distintos de grupos de documentação que seriam constituídos pelas empresas associadas e envolvidas em operações vinculadas, uma a que apelidou de “documentação de base (masterfile)” e outra que designou de “documentação específica ao país”.

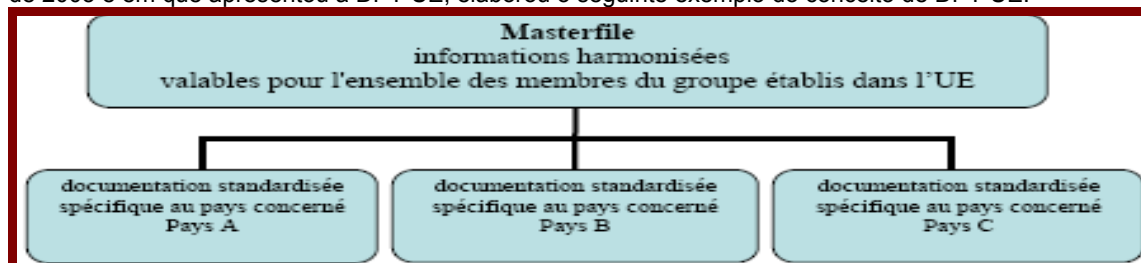
A “documentação de base (masterfile)” tem em vista compilar um conjunto de informação de interesse para todas as Administrações Fiscais com quem as empresas plurilocalizadas estejam em contacto e constituída por um conjunto de documentos que contêm informações comuns harmonizadas para todos os elementos do grupo localizados no mercado interno, documentação esta que deverá conter uma descrição geral da empresa ou grupo multinacional e a sua estratégia empresarial global, deverá reflectir a sua realidade económica, fornecendo dele uma descrição pormenorizada assim como dos seus métodos utilizados na política de fixação dos seus preços de transferência, enquanto que a “documentação específica ao país” será constituída por tantos conjuntos de documentos quantas aquelas Administrações Tributárias com quem no Espaço Comunitário se relaciona cada uma das empresas vinculadas, em que cada um daqueles conjuntos comportará documentos harmonizados contendo informações específicas ao Estado-membro em causa, designadamente os montantes

segundo os princípios e directrizes da OCDE apenas é válida para efeitos fiscais, alias como é afirmado pela OCDE no item 5.3 ao escrever que “...*todo o contribuinte dever-se-ia esforçar por determinar os seus preços de transferência ao nível fiscal em conformidade com o princípio de plena concorrência...*”, veja-se “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Ministério das Finanças, Lisboa, 2002, pags.180, e constando daquele “Código de Conduta da DPT UE”, no n.º 16 que “...*quando um contribuinte efectuar um ajustamento dos seus rendimentos na sua declaração fiscal, resultante da aplicação do princípio da observância das condições normais de concorrência, tem de apresentar documentação que comprove a forma como o ajustamento foi calculado...*”, isto já no seguimento da plena assunção de que “...*é necessário enquadrar a documentação em matéria de preços de transferência na União Europeia no contexto das Orientações relativas aos preços de transferência da OCDE...*”, ou seja, a criação desta DPT UE tem como pressuposto de que todos os preços de transferência são avaliados segundo as regras fiscais internacionais criadas por aquele organismo internacional, que como vimos, apenas assume a aplicação do Princípio da Plena Concorrência para determinação do valor fiscal das operações controladas, não devendo afectar por conseguinte o valor real das mesmas, veja-se Jornal Oficial da União Europeia, n.º C 176/1 a 176/5, de 28 de Julho de 2006.

das transacções praticadas nesse mercado, as cláusulas contratuais a eles ligados e em particular os métodos de determinação dos Preços de Transferência praticados nesse Estado-membro^{940 941 942}.

⁹⁴⁰ A “Documentação de base (masterfile)” que aquele “Código de Conduta” indica como exigível está descrita sob as diversas alíneas do n.º 4.2, a saber: “...a) uma descrição geral da empresa e da respectiva estratégia comercial, incluindo as alterações introduzidas nesta última em relação ao exercício fiscal anterior; b) uma descrição geral da estrutura organizacional, jurídica e operacional do grupo de empresas multinacional (incluindo um organograma, uma lista dos membros do grupo e uma descrição da participação da sociedade-mãe nas filiais); c) a identificação geral das empresas associadas que participam em transacções controladas que envolvam empresas estabelecidas na UE; d) uma descrição geral das transacções controladas que envolvam empresas associadas estabelecidas na UE, ou seja, uma descrição geral dos seguintes elementos: i) fluxos de transacções (activos corpóreos e incorpóreos, serviços, elementos financeiros); ii) fluxos de facturação, e iii) montantes dos fluxos de transacções; e) uma descrição geral das funções desempenhadas, dos riscos assumidos, assim como das alterações de funções e dos riscos relativamente ao exercício fiscal anterior, por exemplo uma alteração do estatuto de distribuidor autorizado para o estatuto de comissionista; f) a propriedade dos activos incorpóreos (patentes, marcas registadas, marcas comerciais, know-how, etc.) e os direitos de utilização (royalties) pagos ou recebidos; g) uma descrição da política de preços de transferência entre empresas aplicada pelo grupo de empresas multinacional ou uma descrição do sistema de fixação dos preços de transferência adoptados pelo grupo que explique em que medida os preços de transferência da empresa respeitam o princípio da observância das condições normais de concorrência; h) uma lista dos acordos de repartição dos custos, dos acordos prévios em matéria de preços de transferência e das decisões relativas aos preços de transferência, na medida em que digam respeito a membros do grupo estabelecidos na UE; e i) um compromisso da parte de cada contribuinte nacional de, mediante pedido, fornecer informações adicionais de acordo com as normas nacionais, dentro de um prazo razoável...”, enquanto a “Documentação específica ao país” está descrita sob as diversas alíneas do n.º 5.2, a saber: “...a) uma descrição pormenorizada da empresa e da respectiva estratégia comercial, incluindo as alterações introduzidas nesta última em relação ao exercício fiscal anterior; e b) informações constituídas pela descrição e explicação das transacções controladas específicas ao país em causa, que contemplem especificamente os seguintes elementos: i) fluxos de transacções (activos corpóreos e incorpóreos, serviços, aspectos financeiros); ii) fluxos de facturação, e iii) montantes dos fluxos de transacções; c) uma análise de comparabilidade, ou seja: i) as características dos bens e dos serviços; ii) uma análise funcional (funções desempenhadas, activos utilizados, riscos assumidos); iii) as cláusulas contratuais; iv) a situação económica, e v) as estratégias comerciais específicas; d) uma explicação relativa à selecção e aplicação do(s) método(s) de fixação dos preços de transferência, ou seja, uma descrição dos motivos subjacentes à escolha de um determinado método, assim como da forma como este último é aplicado; e) informações pertinentes sobre eventuais elementos comparáveis internos e/ou externos; e f) uma descrição da execução e da aplicação da política de fixação dos preços de transferência entre empresas adoptada pelo grupo...”. Veja-se, “Código de Conduta da DPT UE”, *Jornal Oficial da União Europeia*, n.º C 176/3 a 176/4, de 28 de Julho de 2006.

⁹⁴¹ Veja-se, SEC (2005) 14771, Bruxelas, 11.11.2005, fls.24, O “Relatório” que o FCPT aprovou em Maio de 2005 e em que apresentou a DPT UE, elaborou o seguinte exemplo do conceito de DPT UE:



QUADRO N.º 31

⁹⁴² A OCDE também assume que não tem capacidade de estabelecer um conjunto uniforme de documentação em que seja possível abarcar a miríade de situações implicadas em preços de transferência pela prática de operações vinculadas e, por tal, assume na Capítulo V sobre a temática da “Documentação” e na sua parte “C. Informações úteis para a determinação dos preços de transferência” um conjunto indicativo de informações de que as empresas vinculadas se deviam documental munir, tendo até presente o apelo que aquela organização internacional faz ao “Princípio da Gestão Prudente”. Vide itens 5.16 a 5.27 de OCDE – *Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados*

Aquele “Código de Conduta da DPT UE” dispõe de uma descrição de informação documental a ser detida pelas empresas que pratiquem entre si operações vinculadas, mas esta não é uma descrição exaustiva e por tal, também ali é referido que em relação às PME deve ser tentado minimizar aquela documentação ao mínimo admissível e necessário à prova da valoração daquelas operações vinculadas, obviando assim que esta incorram em custos de conformidade excessivos⁹⁴³.

Também se sugere que os Estados-membros devem ter em atenção aqueles grupos de empresas que tenham estruturas organizacionais, jurídicas ou operacionais descentralizadas ou que se desmultipliquem em várias grandes divisões com planos distintos em políticas de preços de transferência, as quais deveriam ser autorizados a produzir mais que um conjunto de documentos *masterfile*, ou inclusive, se tal for possível, até dispensar a apresentação parcial ou total dos mesmos, ou seja, deverá ter-se em atenção à sua imprescindibilidade ou não, e os custos de conformidade que a sua produção acarreta devendo diminuí-los o máximo possível^{944 945}.

às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais, em CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL – n.º 189 – Ministério das Finanças – Lisboa 2002, pags.185 a 188.

⁹⁴³ Veja-se n.º 5 da introdução, “Código de Conduta da DPT UE”, *Jornal Oficial da União Europeia*, n.º C 176/2, de 28 de Julho de 2006.

⁹⁴⁴ Toda a problemática do direito ao controlo dos preços de transferência por parte da Administrações Fiscais dos Estados-membros envolvidas e o esforço que estas devem fazer no sentido de conseguir o equilíbrio entre a realização de controlo e a máxima diminuição dos custos de conformidade, nomeadamente em relação às PME é amplamente evidenciado pela *EUROPA – Taxation and Customs Union*, da Comissão quando ali se afirma que “...la disparité des exigences imposées en matière de documentation par les différents États membres constitue une charge lourde à porter par les entreprises. La préparation de plusieurs jeux de documents différents pour chacun des États membres concernés par les transactions est contraire à la logique économique. Ces problèmes peuvent en particulier toucher les petites et moyennes entreprises. La documentation en matière de prix de transfert au sein de l'UE vise à établir un équilibre entre d'une part le droit des administrations fiscales d'obtenir du contribuable toutes les informations nécessaires pour pouvoir évaluer la conformité de ses prix de transfert avec le principe de pleine concurrence et d'autre part les coûts de mise en conformité pour ce même contribuable...”, *MEMO/05/414*, Bruxelles, le 10 novembre 2005, pags. 2, no sítio da Internet: http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/transfer_pricing/forum/index_fr.htm

⁹⁴⁵ Veja-se, *SEC (2005) 1477I*, Bruxelas, 11.11.2005, fls.33. O “Relatório” que o FCPT aprovou em Maio de 2005 e em que apresentou a DPT UE, elaborou alguns exemplos de “documentação de base (masterfile)” e de “documentação específica ao país” que podiam servir de orientação aos Estados-membros para darem internamente cumprimento àquele “Código de Conduta da DPT UE”, a saber:

○ **Outros elementos referentes à documentação**

A orientação vinda daquele “Código de Conduta da DPT UE” em relação aos idiomas em que os documentos devem ser redigidos, sugere que em toda a “documentação de base (*masterfile*)” deve ser utilizado um idioma comum geralmente aceite pelos Estados-membros envolvidos, contudo se tiver que haver tradução esta deverá ocorrer apenas a pedido, enquanto que a “documentação específica ao país” deverá ser redigida na língua do Estado-membro a que se destina;

Exemple 1:		
<u>Masterfile</u>	exigences minimales pour le masterfile	<u>Documentation spécifique au pays concerné</u>
a) description générale de l'entreprise b) structure organisationnelle, légale et opérationnelle du groupe c) inventaire général des entreprises associées engagées dans des transactions contrôlées d) description générale des transactions contrôlées e) description générale des fonctions exercées et des risques assumés f) liste des actifs incorporels détenus g) politique de fixation des prix de transfert entre entreprises h) liste des accords de répartition des coûts et des APP et «rulings» i) engagement à fournir des informations complémentaires sur demande		a) description détaillée de l'entreprise et de sa stratégie b) description des transactions contrôlées spécifiques au pays concerné c) analyse de comparabilité d) précisions sur le choix et l'application de la/des méthodes(s) de fixation des prix de transfert utilisée(s) e) informations appropriées concernant les éléments de comparaison ("comparables") internes et/ou externes, le cas échéant f) description de la mise en oeuvre et de l'application de la politique du groupe en matière de fixation des prix de transfert

QUADRO N.º 32

Exemple 2:		
<u>Masterfile</u>	exigences minimales pour le masterfile	<u>Documentation spécifique au pays concerné</u>
a) description générale de l'entreprise b) structure organisationnelle, légale et opérationnelle du groupe c) inventaire général des entreprises associées engagées dans des transactions contrôlées d) description générale des transactions contrôlées e) description générale des fonctions exercées et des risques assumés f) liste des actifs incorporels détenus g) politique de fixation des prix de transfert entre entreprises h) liste des accords de répartition des coûts et des APP et «rulings» i) engagement à fournir des informations complémentaires sur demande j) explication relative à la sélection et à l'application de la/des méthode(s) de fixation des prix de transfert		a) description détaillée de l'entreprise et de sa stratégie b) description des transactions contrôlées spécifiques au pays concerné c) analyse de comparabilité d) informations appropriées concernant les éléments de comparaison ("comparables") internes et/ou externes, le cas échéant f) description de la mise en oeuvre et de l'application de la politique du groupe en matière de fixation des prix de transfert

QUADRO N.º 33

É assumido que o local de conservação de toda a documentação é da inteira responsabilidade da empresa multinacional, contudo, esta ficará obrigada a apresentá-la a qualquer uma das Administrações Fiscais interessadas sempre para que tal lhe seja pedido e dentro de um prazo razoável⁹⁴⁶. Ou seja, não deverá constituir óbice para os Estados-membros envolvidos nas operações vinculadas a localização da documentação da prova da boa prática do “*arm’s length principle*”, sendo apenas obrigação dos contribuintes envolvidos que a ponham à disposição das entidades fiscais desde que seja feito um pedido nesse sentido ou a apresentem no início de um controlo fiscal, chamando-se ali à atenção que a mesma não deverá integrar a declaração fiscal, porquanto, em relação a esta, é assumido que se tal for entendido por alguma Administração Fiscal apenas deverá ser exigido o preenchimento de curtos questionários ou formulários adequados à avaliação dos riscos para futuros controlos.

Entende aquele “Código de Conduta da DPT UE” que as diversas Administrações Fiscais envolvidas apenas devem exigir a conservação daquelas documentações de acordo com as suas próprias leis internas, não lhes sendo aproveitáveis prazos mais longos constantes em leis de outros Estados-membros. Por sua vez também não deverá ser exigido aos contribuintes que todos os anos repitam documentação que já lhes tenha sido apresentada e que não tenha sofrido qualquer alteração, e inclusive, se houver *dossiers* próprios das empresas envolvidas com documentação já específica, será bastante que se remeta para ela sem ser necessário reproduzi-la noutros documentos, sugerindo-se que seja deixado aos contribuintes a forma de conservação daquela documentação, ou seja, sugere-se em papel, em formato electrónico ou em qualquer outro modo.

Este conjunto de documentação criado pelo “Código de Conduta da DPT UE” não corresponde ao limite máximo daquela que pode ser exigida às empresas associadas em vista da justificação, para efeitos fiscais, da utilização do “*arm’s length*

⁹⁴⁶ O “Código de Conduta da DPT UE” dispõe no n.º 14 que “...*mediante pedido da administração fiscal, os contribuintes de qualquer Estado-Membro devem apresentar a sua DPT UE dentro de um prazo razoável, definido em função da complexidade das transacções...*”, (sublinhado nosso), “Código de Conduta da DPT UE”, *Jornal Oficial da União Europeia*, n.º C 176/5, 28 de Julho de 2006. Estamos ali perante um conceito jurídico indeterminado que terá que ser densificado caso a caso, a não ser que as legislações internas dos Estados-membros determinem prazos mínimos ou máximos. Para nós os conceitos jurídicos indeterminados devem ser evitados o máximo que for possível na legislação fiscal, porquanto introduz nas relações jurídicas entraves à boa colaboração uma vez que tais conceitos podem ser interpretativamente densificados de modo diverso em face das premissas que a cada um dos elementos da relação juridico-tributária possua e tenha em vista alcançar. Contudo entendemos que os órgãos da UE tenham que recorrer a tais conceitos jurídicos indeterminados em face da grande multiplicidade de destinatários.

principle”, constituindo apenas um conjunto de informação de base pelo que as diversas Administrações Fiscais sempre podem exigir que lhes sejam apresentados outros documentos e informações constantes da sua legislação interna que será apresentada sempre que lhes for solicitada. Para que esta informação chegue a ter aplicabilidade pratica devem os Estados-membros integrar nas suas disposições legislativas ou nas suas práticas administrativas, mas relativamente às empresas a sua utilização é facultativa, contudo, após a sua utilização, devem sempre mantê-la para todo o grupo⁹⁴⁷.

Refere o “Código de Conduta da DPT UE” que as Administrações Tributárias deveriam aceitar que a possibilidade de se proceder à avaliação comparativa dos preços praticados nas operações vinculadas com operações semelhantes praticadas por empresas independentes fossem feitas com bases de dados pan-europeias, lembrando-se a necessidade de assegurar aos contribuintes a confidencialidade da sua documentação, porquanto a mesma poderá eventual conter até informação que possa pôr em causa a sua capacidade empresarial face à eventual concorrência do mercado.

Todos os intervenientes na elaboração deste “Código de Conduta da DPT UE”, o FCPT, a Comissão e o Conselho, foram unânimes em que as Administrações Fiscais dos Estados-membros envolvidos em operações vinculadas que envolvessem empresas associadas ligadas ao espaço comunitário não as deviam sujeitar a qualquer sanção relacionada com a documentação, desde que os contribuintes cumprissem de boa fé a apresentação de uma documentação harmonizada de acordo com aquele Código de Conduta, ou ainda quando esses contribuintes cumpram os normativos internos dos Estados-membros no tocante às exigências documentais, assim como quando essas empresas vinculadas calculam os seus preços de transferência com base nesse tipo concreto de documentação, lembrando ainda que a utilização de elementos comparativos de empresas independentes existentes em base

⁹⁴⁷ É assumido naquele “Código de Conduta da DPT UE” que os “...Estados-Membros são os destinatários do presente Código de Conduta...” e que o mesmo se destina “...igualmente a incentivar as empresas multinacionais a adotarem a abordagem DPT UE...”, acrescentando que a “...utilização da DPT UE pelos grupos de empresas multinacionais é facultativa...”. Veja-se “Código de Conduta da DPT UE”, *Jornal Oficial da União Europeia*, n.º C 176/2, de 28 de Julho de 2006, acrescentando a Comissão na sua Comunicação de que “...compete aos Estados-Membros decidirem da aplicação da DPT UE a nível nacional, nomeadamente através da adopção de disposições legislativas, da definição de orientações ou práticas administrativas, de modo a assegurar um acolhimento favorável a nível nacional...”, COM (2005) 543 final, Bruxelas, 07.11.2005, fls.7, item 27.

de dados pan-europeias ou de outros Estados-membros também não deve ser objecto de sancionamento^{948 949}.

Por último lembramos aqui que todos aqueles intervenientes comunitários na feitura deste “Código de Conduta da DPT UE” foram unânimes em reconhecer que este conjunto mínimo de documentação inserido na DPT UE será aquele que é imprescindível para as Administrações Fiscais dos Estados-membros poderem fazer uma avaliação de risco com intuito de selecção dos seus contribuintes vinculados a quem queiram controlar as suas operações vinculadas, quer esta selecção tenha em vista uma inspecção mais aprofundada, quer tenha em vista inquirições concretas sobre essas mesmas operações. Ou seja, entendemos nós que aqueles intervenientes comunitários tentaram encontrar o ponto de equilíbrio entre a documentação exigível às empresas associadas que pratiquem operações vinculadas e as necessidades que as Administrações Fiscais possam ter para conhecerem com o mínimo de fiabilidade fiscal que essas operações vinculadas foram levadas a cabo sob a premissa do *arm’s length principle*. Isto é, que ambos os actores das relações juridico-tributárias tenham elementos mínimos para análise de risco⁹⁵⁰, sendo evidente que estes intervenientes comunitários tentaram contribuir para uma melhoria na qualidade da documentação apresentada no espaço comunitário, criando por esta via facilidades de cumprimento por parte dos contribuintes em relação às exigências documentais das suas operações vinculadas e por esta via contribuir para a minimização da problemática ligada às mesmas, ou seja, diminuir os riscos de dupla tributação ou não tributação e evitarem os riscos de sujeição a sanções por falta ou insuficiência de documentação, por falta

⁹⁴⁸ Neste sentido veja-se o “Código de Conduta da DPT UE”, *Jornal Oficial da União Europeia*, n.º C 176/2 a 176/6, de 28 de Julho de 2006, n.º 7 do preâmbulo e item 25 do Código de Conduta.

⁹⁴⁹ Veja-se “EUROPA – Taxation and Customs Union”, quando a Comissão afirma que “...le code recommande aux États membres de ne pas imposer de sanctions liées à la documentation aux contribuables qui se conforment en toute bonne foi, de façon raisonnable et dans des délais acceptables, au système de documentation en matière de prix de transfert ou aux exigences nationales d’un État membre en matière de documentation, et qui utilisent cette documentation comme il se doit pour déterminer leurs prix de transfert, conformément au principe de pleine concurrence...”, MEMO/05/414, Bruxelles, le 10 novembre 2005, pages 3, no sítio da Internet: http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/transfer_pricing/forum/index_fr.htm.

⁹⁵⁰ A DPT UE representa efectivamente o conjunto mínimo de documentos que são susceptíveis de demonstrar a análise de risco que as empresas associadas fizeram *a priori* sobre os preços de transferência que praticaram nas suas operações vinculadas, como permite igualmente às Administrações Fiscais dos Estados-membros envolvidos levarem a efeito a sua análise *a posteriori*, como fica demonstrado pela afirmação da Comissão de que “...a DPT UE pode servir, por um lado, como conjunto de informações de base para a avaliação dos preços de transferência de um grupo de empresas multinacional e instrumento de avaliação dos riscos que permita aos contribuintes identificarem as transacções susceptíveis de exigirem uma documentação ou explicações mais detalhadas e, por outro, para que as administrações fiscais a utilizem como instrumento de selecção para efeitos de controlo e como ponto de partida para a avaliação do sistema de fixação dos preços de transferência da empresa em causa...”, COM (2005) 543 final, Bruxelas, 07.11.2005, fls.6, item 23.

de cooperação ou relativas a eventuais ajustamentos, trazendo para as Administrações Fiscais envolvidas com todas essas empresas vinculadas um acesso unificado a um conjunto global de documentos comuns constante do *masterfile*, facilitando-lhe assim uma visão integral e integrada do conjunto das empresas associadas envolvidas nas operações vinculadas⁹⁵¹.

○ **Conclusões**

A proposta deste “Código de Conduta da DPT UE” pelo FCPT teve subjacentes os três vectores essenciais interessados nesta temática, os Estados-membros, as empresas e o mercado interno da UE. Nos estudos conduzidos pela Comissão, nomeadamente naquele intitulado “A fiscalidade das empresas no mercado interno”⁹⁵² estão evidenciados os enormes custos de contexto que os diversos ordenamentos jurídico-tributários existentes no espaço comunitário – tantos quantos os 27 Estados-membros que actualmente integram a UE – acarretam às empresas que pretendem exercer as suas actividades para além de um único Estado-membro uma vez que têm que se conformar com tantas imposições fiscais quantas aquelas em que as empresas associadas exercem actividades, constituindo tal facto um elemento dissuasor da sua disseminação pelo espaço comunitário, espaço este que as mesmas entendem como o seu espaço natural e onde pretendem exercitar as suas amplas liberdades, nomeadamente a liberdade de estabelecimento, custos de conformidade estes que são inversamente proporcionais à dimensão das empresas vinculadas em questão. Ou

⁹⁵¹ No “Código de Conduta da DPT UE” são assumidos um conjunto de indicações que a OCDE no Capítulo V sobre a temática da “Documentação” também refere que deverão ser tidos em conta quer pelos contribuintes praticantes de operações vinculadas, quer pelas Administrações Fiscais visadas pelos Preços de Transferência, nomeadamente, que devia ser deixado ao contribuinte a forma de organizar o arquivo dos documentos, que este arquivo deverá ter uma limitação temporal, que o idioma dos documentos deveria ser da sua responsabilidade, que não se deviam exigir documentos além dos mínimos indispensáveis para haver uma justificação plausível da aplicabilidade do *arm's length principle*, que o contribuinte deveria organizar aquela prova documental e mantê-la durante o tempo legal de arquivo, que toda a sua actuação deveria ser pautada pelo princípio da gestão prudente, ou seja, deveriam as Administrações Fiscais ter em atenção os custos de conformidade e o princípio da proporcionalidade pelo que não deveriam ser exigidos documentos a que o contribuinte não pudesse aceder até ao momento da realização da operação vinculada, que não deveria ser violado o Princípio da proibição da divulgação dos segredos profissionais, comerciais, industriais ou científicos, que a exigência de informações deveria ser sempre analisada caso a caso tendo em atenção à sua multiplicidade e variedade, ou seja, ambas as partes, empresas vinculadas e Administrações Fiscais, deveriam pautar toda a sua actuação segundo o Princípio da Boa-fé. Vejam-se os itens 5.1 a 5.29, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Ministério das Finanças, Lisboa 2002, pags.179 a 189.

⁹⁵² Em *SEC(2001) 1681*, de 23 de Outubro de 2001.

seja, são ainda custos de contexto acrescidos para as PME, obstaculizando-se a sua tentativa para exercerem actividades transfronteiriças⁹⁵³.

Efectivamente, o cumprimento das diversas regras existentes nos Estados-membros sobre controlo de Preços de Transferência, nomeadamente na documentação que têm que compilar em vista a uma eventual demonstração de que as operações vinculadas foram levadas a cabo sob o Princípio da empresa independente, acarreta para as empresas vinculadas custos acrescidos, quer pela diversidade de documentação que lhes será exigida em face de cada um dos Estados-membros em que actuam, quer pela necessidade de constituírem tantos conjuntos de documentos quantos os Estados-membros com os quais estão fiscalmente ligadas, queixando-se os empresários das regras fiscais cada vez mais complicadas que Estados-membros criam⁹⁵⁴.

Por sua vez os Estados-membros tentam acautelar as suas receitas fiscais criando legislação fiscal de modo a evitarem erosões às suas receitas tributárias, tentando por esta via que as empresas façam deslocalização artificial dos seus lucros de modo a beneficiarem de reduções fiscais nas suas tributações finais, deslocalizando os seus lucros para onde sejam sujeitos a menor tributação⁹⁵⁵.

⁹⁵³ O FCPT naquele seu “Relatório” afirma com clareza que “...les coûts de mise en conformité élevés et les doubles impositions potentielles pour les transactions intragroupe constituaient des obstacles majeurs aux activités économiques transfrontalières dans le marché intérieur...” acrescentando em seguida que tais obstáculos podem resultar dos “...coûts de mise en conformité liés aux prix de transfert résultent principalement de l’obligation d’élaborer une documentation appropriée et de trouver des éléments de comparaison...”. Veja-se, SEC (2005) 1477I, Bruxelas, 11.11.2005, fls. 6, item 11.

⁹⁵⁴ Efectivamente no estudo que fez sobre esta temática o FCPT afirma no seu “Relatório” que “...les représentants du secteur des entreprises ont fortement insisté sur le fait que les exigences en matière de documentation relative aux prix de transfert dans l’UE génèrent des coûts de mise en conformité excessifs. En règle générale, ces exigences sont considérées comme supérieures à celles imposées pour la comptabilité de gestion, ce qui génère des coûts de mise en conformité substantiels et toujours plus importants pour les entreprises qui effectuent des activités transfrontalières. Le secteur affirme aussi que certains États membres n’appliquent pas les Principes de l’OCDE de façon cohérente et qu’il existe des différences significatives entre eux pour ce qui est des exigences relatives à la documentation...”. Veja-se, SEC (2005) 1477I, Bruxelas, 11.11.2005, fls. 7, item 15.

⁹⁵⁵ O FCPT faz referência expressa a esta preocupação dos Estados-membros ao escrever no seu “Relatório” que “...de leur côté, les États membres redoutent notamment de subir des pertes de recettes fiscales en raison de pratiques consistant à fixer artificiellement les prix de transfert de façon à délocaliser les bénéfices vers des pays autres que ceux où ils seraient réalisés si le principe de pleine concurrence était respecté...”, acrescentando em seguida que “...dans l’ensemble, les exigences relatives à la documentation se sont accrues au sein de l’UE, certains États membres ayant soit introduit de nouvelles règles, soit renforcé les exigences existantes, par l’intermédiaire de textes législatifs ou de circulaires...”, e que por sua vez “...les États membres soutiennent qu’il importe que les règles nationales applicables dans ce domaine soient respectées et précisent qu’il leur arrive souvent de ne pas pouvoir vérifier correctement les prix de transfert parce que les contribuables ne s’y conforment pas...”. Veja-se, SEC (2005) 1477I, Bruxelas, 11.11.2005, fls. 7, item 12, 13 e 15.

Tenha-se em atenção que a multiplicidade de legislação fiscal existentes nos Estados-membros é de tal ordem diversificada, quer quanto à forma de determinação da matéria colectável, quer quanto às taxas de imposto, que pode ser uma “tentação” para os empresários elidirem os impostos a pagar às suas Administrações Fiscais, sendo um factor perturbador para as mesmas⁹⁵⁶. Todos estes constrangimentos levam a que os Estados-membros criem e ampliem as imposições de exigências de documentação sobre preços de transferência que as empresas associadas devem possuir para demonstrarem a boa aplicabilidade do *arm's length principle*.

Com a sua actuação o FCPT pretendeu criar um conjunto mínimo de regras sobre a documentação que as empresas vinculadas e as Administrações Fiscais podem utilizar, com o intuito claro de estabelecer um conjunto mínimo de regras que permitam às partes naquelas relações fiscais – Estados-membros envolvidos e empresas associadas – poderem controlar as operações vinculadas e agilizar as obrigações fiscais e diminuir os custos de conformidade ganhando por esta via todos os interessados na ampliação da actividade empresarial. Isto é, os Estados-membros que passam a ter um conjunto mínimo de informação ao seu dispor, as empresas associadas que vêm agilizadas e definidas as mesmas regras para o Espaço Comunitário⁹⁵⁷, e este por sua vez que vê diminuírem-se os entraves à dinamização do mercado único da UE⁹⁵⁸.

⁹⁵⁶ Naquele “Relatório” afirma o FCPT que “...les taux d'imposition des sociétés étant très variables dans le monde, celui des bénéficiaires non distribués oscillant par exemple entre 0 % et 35 % d'un État membre à un autre, ces pratiques sont susceptibles d'être utilisées pour éluder l'impôt et considérées par certains États membres comme un problème préoccupant y compris au sein du marché intérieur...”. Veja-se, SEC (2005) 1477I, Bruxelas, 11.11.2005, fls. 7, item 12.

⁹⁵⁷ Sobre estas questões afirma o FCPT que “...des règles standardisées valables pour l'ensemble de l'UE, en vertu desquelles toute entreprise établie dans un État membre continuerait d'établir une documentation unique et distincte pour chacun d'eux mais selon des règles identiques dans tous les États membres, raient pour objet de garantir la transparence ainsi qu'une sécurité accrue lors des vérifications des prix de transfert...”, acrescentando em seguida que “...les principaux avantages que retireraient les contribuables d'une telle solution seraient une diminution de leurs coûts de mise en conformité, une certitude accrue quant à la quantité de documents que les administrations fiscales seraient susceptibles d'exiger et une meilleure protection contre les sanctions...” e que por sua vez “...les principaux avantages que retireraient les administrations fiscales de la documentation standardisée seraient identiques à ceux du partage des bonnes pratiques...”. Veja-se, SEC (2005) 1477I, Bruxelas, 11.11.2005, fls. 20, itens 82 a 84.

⁹⁵⁸ Como reconhece explicitamente o FCPT, esta tentativa de aglutinar as obrigações documentais que as empresas vinculadas devem cumprir junto das Administrações Fiscais já foi tratado pela OCDE no seu Capítulo V, dedicado à “Documentação”, nos seus Princípios aplicáveis ao preços de transferência, Vejam-se os itens 5.1 a 5.29, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Ministério das Finanças, Lisboa, 2002, pags.179 a 189, demonstrando-se ali a preocupação de conjugar a necessidade que as Administrações Fiscais têm em obter dados fiáveis das empresas vinculadas sobre a aplicabilidade do *arm's length principle* às operações vinculadas com a necessidade igualmente legítima das empresas internacionais vinculadas não suportarem custos de cumprimento elevados para disponibilizar àquelas entidades fiscais os meios de prova necessários.

Efectivamente, do que se trata aqui é apenas de encontrar equilíbrios entre as partes daquelas relações jurídico-tributárias na obtenção e conservação da prova sobre a aplicabilidade do Princípio da empresa independente às operações vinculadas. Neste mesmo sentido o FCPT lembra a tentativa de equilíbrio que os países que integram a Pacific Association of Tax Administrators (PATA) – “Australia, Canada, Japan and the United States” quando, em 12 de Março de 2003, celebraram um acordo multilateral sobre a documentação que as empresas vinculadas que se relacionassem com aquelas Administrações Fiscais deveriam apresentar, e criaram alternativamente um conjunto único de documentos que as multinacionais podiam facultativamente elaborar quando tivessem operações vinculadas com as referidas jurisdições fiscais, em substituição, no máximo, de efectuarem tantos conjuntos diferenciados de documentação quantos os países com os quais se relacionavam vinculadamente, ou seja, aquele acordo multilateral permite no máximo a opção entre a elaboração de um único conjunto de documentos ou a elaboração de quatro conjuntos diferenciados de documentos, elaboradas nesta última hipótese de acordo com as leis fiscais internas de cada um daqueles países. Veja-se, SEC (2005) 14771, Bruxelas, 11.11.2005, fls. 8 e 9, itens 19 a 28.

Se atentarmos na Pacific Association of Tax Administrators (PATA) efectivamente assume que “...use of this PATA Documentation Package by taxpayers is voluntary and does not impose any legal requirements greater than those imposed under the local laws of a PATA member...”, lembrando em seguida que “...however, satisfaction of the principles of this PATA Documentation Package does not preclude PATA member tax administrations from making transfer pricing adjustments, and assessing any interest due on those adjustments...”. A preocupação da eliminação dos custos de conformidade foi plenamente assumida por aquela organização ao afirmar com clareza que “...this PATA Documentation Package responds to the potential difficulties that MNEs (a multinational enterprise) face in complying with the laws and administrative requirements of multiple tax jurisdictions...”, contudo também assumiu que aquela documentação exigida como pressuposto que fossem seguidas as orientações e directrizes vindas da OCDE sobre esta temática ao ali declararem que “...it is considered that this documentation package is consistent with the general principles outlined in Chapter V of the Organisation for Economic Co-operation and Development Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (“OECD Guidelines”)...”. Contudo aquela organização assume que “...the list of documents (...) is considered to be exhaustive...”, e que ali se compreendem todos os documentos existentes nas quatro legislações fiscais daqueles países, ao assumirem que “...it includes all documents that the PATA tax administrations view as necessary in order to provide transfer pricing penalty relief under this package...”. Para se fazer uma comparação com a exaustividade daquela listagem de documentos criada pela Pacific Association of Tax Administrators (PATA), com os documentos mínimos que o “Código de Conduta da DPT UE” criou, e que acima já expusemos, procedemos em seguida à transcrição da listagem dos 48 (quarenta oito) documentos criados pelo acordo celebrado pelos países que constituem a PATA.

Organizational structure

Identification of the participants in the related party dealings and their relationship (with a brief history of and any significant changes in the relationship), including associated enterprises whose transactions directly or indirectly affect the pricing of the related party dealings

A description of taxpayer’s worldwide organizational structure (including an organization chart) covering all associated enterprises engaged in transactions potentially relevant to determining an arm’s length price for the documented transactions

Nature of the business/industry and market conditions

An outline of the business including a relevant recent history of the taxpayer, the industries operated in, the general economic and legal issues affecting the business and industry, and the taxpayer’s business lines

The corporate business plans to the extent they give an insight into the nature and purpose of the relevant transactions between the associated enterprises

A description of internal procedures and controls in place at the time of the related party dealings

Analysis of the economic and legal factors that affect the pricing of taxpayer’s property and services

A description of the structure, intensity and dynamics of the relevant competitive environment(s)

A description of intangible property potentially relevant to the pricing of the taxpayer’s property or services in the controlled transactions

Copies of annual reports and financial statements for the year to which the Package relates and the prior five years

Information as to the functions performed, assets employed and risks assumed relevant to the transactions

An explanation of capital relationships (e.g., balance and source of debt and equity funding) relevant to the transactions

Controlled transactions

A description of the controlled transactions that identifies the property or services to which the transaction relates and any intangible rights or property attached thereto, the participants, the scope, timing, frequency of, type, and value of the controlled transactions (including all relevant related party dealings in relevant geographic markets), as well as the currency of the transactions, and the terms and conditions of the transactions and their relationship to the terms and conditions of each other transaction entered into between the participants

Identification of internal data relating to the controlled transactions

Copies of all relevant inter-company agreements

Assumptions, strategies, policies

Relevant information regarding business strategies and special circumstances at issue, for example, set-off transactions, market share strategies, distribution channel selection and management strategies that influenced the determination of transfer prices

If the taxpayer pursues a market share strategy, documentation demonstrating that appropriate analysis was done prior to implementing the strategy, that the strategy is pursued only for a reasonable period, and that the costs borne by each associated enterprise are proportionate to projected benefits to such enterprise

Assumptions and information regarding factors that influenced the setting of prices or the establishment of any pricing policies for the taxpayer and the related party group as a whole

Cost contribution arrangements (CCA)

A copy of the CCA agreement that is contemporaneous with its formation (and any revision) and any other agreements relating to the application of the CCA between the CCA participants

A list of the arrangement's participants, and any other associated enterprises that will benefit from the CCA

The extent of the use of CCA property by associated enterprises which are not CCA participants, including the amounts of consideration paid or payable by these non-participants for use of the CCA property

A description of the scope of the activities to be undertaken, including any intangible or class of intangibles in existence or intended to be developed

A description of each participant's interest in the results of the CCA activities

The duration of the arrangement

Procedures for and consequences of a participant entering or withdrawing from the agreement (i.e., buy-in and buy-out payments) and for the modification or termination of the agreement

The total amount of contributions incurred pursuant to the arrangement

The contributions borne by each participant and the form and value of each participant's initial contributions (including research) with a description of how the value of initial and ongoing contributions is determined and how accounting principles are applied

A description of the method used to determine each participant's share of the contributions including projections used to estimate benefits, any rationale and assumptions underlying the projections, and an explanation of why that method was selected

The consistent accounting method used to determine the contributions and benefits (including the method used to translate foreign currencies), and to the extent that the method materially differs from accounting principles accepted in the relevant PATA member's country, an explanation of the material differences

Identification of each participant's expected benefits to be derived from the CCA, the extent of the benefits expected, and the formula and projections used for allocating or sharing the expected benefits, and the rationale and assumptions underlying the expected benefits

Where material differences arise between projected benefits and actual benefits realized, the assumptions made to project future benefits need to be amended for future years, and the revised assumptions documented

Procedures governing balancing payments, e.g. where payments are required to reflect differences between projected benefits and actual benefits realized

Comparability, functional and risk analysis

Description of the comparables including, for tangible property, its physical features, quality, availability; for services, the nature and extent of the services; and for intangible property, the form of the transaction, the type of intangible, the rights to use the intangible that are assigned, and the anticipated benefits from its use

Documentation to support material factors that could affect prices or profits in arm's length dealings

For the taxpayer and the comparable, identify the factors taken into account by the taxpayer to evaluate comparability, including the characteristics of the property or service transferred, the functions performed (and the significance of those functions in terms of their frequency, nature and value to the respective parties), the assets employed (taking into consideration their age, market value, location, etc.), the risks assumed (including risks such as market risk, financial risk, and credit risk), the terms and conditions of the contract, the business strategies pursued, the economic circumstances (for example, the geographic location, market size, competitive environment, availability of substitute goods and services, levels of supply and demand, nature and extent of government regulations, and costs of production, etc.), and any other special circumstances

Criteria used in the selection of comparables including database screens and economic considerations

Identification of any internal comparables

Adjustments (and reasons for those adjustments) made to the comparables

Aggregation analysis (grouping of transactions for comparability)

Supporting transfer pricing methodology or methodologies used, if any

If a range is used, documentation supporting the establishment of the range

Extension of the analysis over a number of years with reasons for the years chosen, where relevant

Selection of the transfer pricing method

Description of the method selected and the reasons why it was selected, including, for example, economic analysis and projections relied upon

Description of the data and methods considered and the analysis performed to determine the transfer pricing and an explanation of why alternate methods considered were not selected

Application of the transfer pricing method

Documentation of assumptions and judgments made in the course of determining an arm's length outcome (refer to the comparability, functional and risk analysis section above)

Documentation of all calculations made in applying the selected method, and of any adjustment factors, in respect of both the taxpayer and the comparable

Appropriate updates of prior year documentation relied upon in the current year to reflect adjustments for any material changes in the relevant facts and circumstances

Background documents

Documents that provide the foundation for or otherwise support or were referred to in developing the transfer pricing analysis

Index to documents

General index of documents and a description of the record-keeping system used for cataloging and assessing those documents (required in the United States and encouraged, but not required, by other PATA members). The general index is not required to be prepared contemporaneously.

QUADRO N.º 34

Toda esta documentação que acabamos de referir sobre a "Pacific Association of Tax Administrators (PATA) Transfer Pricing Documentation Package" pode ser consultada na página da Internet do sítio <http://www.irs.gov/businesses/international/article/0,,id=120220,00.html>.

III – C – ESTUDO DE NOVAS SOLUÇÕES PELA COMISSÃO ATRAVÉS DA CRIAÇÃO DE UMA MATÉRIA COLECTÁVEL ÚNICA PARA AS EMPRESAS A NÍVEL DA UNIÃO EUROPEIA

i. Nota introdutória

O espaço comunitário, em que os Estados-membros e os cidadãos da UE estão integrados, é um espaço especialmente vocacionado para a realização e desenvolvimento do mercado interno em que se pretende a exercitação de uma sã concorrência entre todos os agentes económicos, factos que são frequentemente recordados pela Comissão e que foram objecto de especial atenção na decisão tomada no Conselho Europeu de Lisboa ao assumir que a UE tinha como objectivo estratégico “...torna-se no espaço mais dinâmico e competitivo do mundo baseado no conhecimento e capaz de garantir um crescimento económico sustentável, com mais e melhores empregos e com maior coesão social...”⁹⁵⁹.

Tendo em vista a criação desse espaço dinâmico e competitivo à escala global, é também recordado que as eventuais reduções das cargas fiscais globais e de uma política concertada a nível comunitário de todos os seus Estados-membros, traria consigo a possibilidade acrescida de incentivar o emprego, a actividade empresarial e logicamente o crescimento económico, lembrando-se ali que os regimes fiscais dos Estados-Membros deveriam conduzir à necessária reforma do mercado, apelando assim a que esses factores levem a uma nova exigência de análise e a uma nova perspectiva da política fiscal a nível da União Europeia.

A economia globalizante que se vive há décadas, e cada vez com mais intensidade, acarreta consigo implicações para o desenvolvimento do comércio das movimentações de capitais à escala mundial, que frequentemente são recordados pela Comissão aos Estados-membros, assim como as implicações da vivência em tal mundo global da economia, e por este órgão da UE são evidenciadas as exigências que as políticas da UE devem ter no sentido do reforço dessa competitividade a nível mundial, chamada de atenção que se torna mais premente porquanto as empresas da UE buscam cada vez mais a ampliação das suas actividades além fronteiras, quer no

⁹⁵⁹ Veja-se a Comunicação da Comissão, “A Política Fiscal da União Europeia – prioridades para os próximos anos”, COM (2001) 260 final, pags. 4.

espaço comunitário, quer fora dele, e por tal necessidade as empresas, em escala crescente, procedem a um sem número de fusões, aquisições, incorporações com e/ou entre empresas internacionais, e também por via disto, é um imperativo da UE caminhar no sentido da eliminação de quaisquer obstáculos fiscais à liberdade de circulação, designadamente de estabelecimento e capitais, assim como de todas aquelas medidas que provoquem distorções à sã concorrência ⁹⁶⁰.

A designada estratégia de Lisboa, que pretende provocar uma dinâmica de crescimento e desenvolvimento da União Europeia, desde o seu início que assumiu este desiderato que a leva a continuamente batalhar na sua difusão como objectivo constante e, com tal intuito, a Comissão já por diversas vezes reafirmou esta sua orientação, designadamente em 2005 ao dizer “...Imaginez un instant ce que l'Europe pourrait être. Pensez aux atouts intrinsèques de notre Europe élargie. Réfléchissez à son potentiel non exploité de prospérité, aux chances qu'elle offre et à la justice qu'elle apporte à tous les citoyens. L'Europe peut être un modèle de développement économique, social et environnemental pour le reste du monde...” ⁹⁶¹, chamando à atenção para a decisão que neste campo já tinha sido tomada, ao relembrar que “...il y a cinq ans, les chefs d'État ou de gouvernement ont convenu d'un ambitieux programme de changements. Ils se sont engagés à faire de l'Union européenne l'économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique du monde, capable d'une croissance économique durable accompagnée d'une amélioration quantitative et qualitative de l'emploi et d'une plus grande cohésion sociale, dans le respect de l'environnement...”.

Como vimos, a Comissão apela aos Estados-membros que a política fiscal é um dos elementos chave inerente à concorrência fiscal entre Estados, mas é-o também igualmente entre espaços económicos, entendendo que tal concorrência fiscal pode ser um dos suportes para a movimentação das empresas a nível do espaço comunitário, no exercício da sua liberdade de estabelecimento, mas pode igualmente ser um suporte para a internacionalização das empresas a nível mundial, ou seja, para a movimentação das empresas entre o espaço comunitário e o resto do mundo.

⁹⁶⁰ Veja-se a Comunicação da Comissão, “A Política Fiscal da União Europeia – prioridades para os próximos anos”, *COM (2001) 260 final*, pags. 5 e 6.

⁹⁶¹ Atente-se na “COMMUNICATION AU CONSEIL EUROPÉEN DE PRINTEMPS”, “Travaillons ensemble pour la croissance et l'emploi Un nouvel élan pour la stratégie de Lisbonne”, *COM (2005) 24*, Bruxelas, 02.02.2005, pags. 3

Evidencia a Comissão que este jogo, entre a concorrência fiscal e a internacionalização das empresas, são duas realidades que se auto-motivam, ou seja, a tentativa de captar investimento estrangeiro levará os Estados-membros a diminuir a sua carga fiscal e por sua vez as empresas procuram, entre outros aspectos que já evidenciamos, localizar as suas actividades nos Estados que lhe imponham um menor custo fiscal e consequentemente uma maior capacidade de crescimento económico, pelo que por esta via se contribui para um melhor funcionamento dos mercados de bens, de serviços e de capitais e se dinamiza e incentiva a liberdade de estabelecimento entre os Estados-Membros.

É evidente que esta concorrência fiscal nunca pode incorporar em si laivos de prejudicialidade, daninha ou malévola para a economia, quer da UE, quer dos Estados-membros, tendo que ser mantida dentro de uma concorrência sã e em domínios aceitáveis, aliás como é frequentemente chamado a atenção quer pela a UE, quer pela OCDE, concorrência fiscal esta que não tenha como fim incentivar as empresas na busca de uma concorrência fiscal prejudicial, porquanto tais atitudes acarretariam consigo a erosão das bases tributáveis e das receitas fiscais dos Estados-Membros^{962 963}.

É bem conhecido da Comissão o princípio da subsidiariedade^{964 965}, assim como bem se conhece que, de acordo com as normas do TFUE (vide anterior TCE),

⁹⁶² Veja-se a COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO, “A Política Fiscal da União Europeia – prioridades para os próximos anos” COM (2001) 260 final, pags. 6 e 7.

⁹⁶³ Neste sentido veja-se ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, “A Posição Portuguesa Face à Regulação Comunitária da Concorrência Fiscal”, *Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional – Fisco*, Lisboa, 2003, pags. 161, quando afirma que “...na fiscalidade, a simples diversidade dos sistemas fiscais constituiria um factor favorável à preferência das empresas e dos investidores, na sua permanente busca de reduzir custos, pelo sistema fiscal mais vantajoso...”, acrescentando a pags. 166 que “...há que ter em conta que a concorrência fiscal não é necessariamente um fenómeno negativo. Dentro de certos limites, ela permite estabelecer uma certa pressão sobre os Estados no sentido de estes terem mais rigor e cuidado na cobrança e na gestão dos seus impostos, impede que os níveis de fiscalidade assumam proporções negativas para a actividade económica, conduz a uma gestão mais criteriosa da despesa pública e obriga a melhorar outros factores competitivos, [sendo] como se compreende, os países de alta tributação aqueles que, em princípio, poderiam ser mais afectados com a concorrência fiscal...”.

⁹⁶⁴ Sobre o princípio da subsidiariedade escreve FAUSTO de QUADROS, *Direito da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2004, pags. 103 e 104, que “... a subsidiariedade vem fundamentalmente disciplinar o exercício das atribuições concorrentes da União, isto é, daquelas das suas atribuições que tanto podem ser exercidas por ela como pelos Estados membros. E vem dizer que a União só pode exercer essas atribuições se demonstrar que os Estados não são capazes de as exercer de modo suficiente e que ela, a União, é capaz de o fazer melhor a fim de alcançar os objectivos dos Tratados. Em relação àquelas atribuições, este princípio confere, portanto, prioridade, ou preferência, à intervenção dos Estados...”, acrescentando de seguida que “...ao conferir prioridade aos Estados no exercício das suas atribuições concorrentes da Comunidade a ideia de subsidiariedade dá aos Estados membros oportunidade de manter e reforçar a sua especificidade e, concretamente, a especificidade do seu ordenamento jurídico e dos princípios e valores que o regem...”.

compete a cada um dos Estados-membros a criação e execução das suas políticas fiscais, estabelecendo igualmente aquele TFUE (vide anterior TCE) que na UE em matéria fiscal o órgão competente para legislar é o Conselho, sempre em votação por unanimidade, facto que, como já várias vezes evidenciamos, se traduz num autêntico direito de veto nas mãos dos Estados-membros.

É também sobejamente conhecido que a Comissão tem insistentemente defendido, e tentado, que aquela votação deixe de ser por unanimidade e passe para uma maioria qualificada, facto que como também sabemos até hoje nunca aconteceu nem está visível num horizonte temporal, aliás, até no projecto que esteve em discussão sobre a “Constituição Europeia” se mantinha este autêntico direito de veto ao prever-se no art.º III – 171.º que o Conselho “...delibera por unanimidade, após consulta ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social...”⁹⁶⁶. Esta mesma intenção continua a estar plenamente assumida no Artigo 113.º do TFUE (ex-artigo 93.º TCE), nas “versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia”, ao estabelecer que “...o Conselho, deliberando por unanimidade, de acordo com um processo legislativo especial, e após consulta do Parlamento Europeu e do Comité Económico e Social...”⁹⁶⁷. Isto é, os Estados-membros da EU não arredam pé deste seu direito de veto em matéria de tributação.

Entre outras vezes que tal temática foi debatida, a Comissão, no seio da Conferência Intergovernamental de 2003 e 2004 sobre a instituição de um Tratado Constitucional para a União Europeia, no seu “Avis de la Commission sur la CIG”, disse claramente que “...en ce qui concerne la fiscalité, la Commission indique qu’une description très précise permettrait d’étendre le champ de la majorité qualifiée. Ce serait par exemple le cas pour la fiscalité liée au fonctionnement du marché intérieur, à savoir la modernisation et simplification des législations existantes, la co-opération

⁹⁶⁵ Sobre este princípio diz MARÍA TERESA MATA SIERRA, *La Armonización Fiscal en la Comunidad Europea*, 2.ª Edição, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1996, pags 198, que “...el principio de subsidiariedad, tal y como se formula y utiliza a nivel comunitario, en la actualidad, unido a la necesidad de que las decisiones en materia fiscal se tomen por unanimidad, no supone, a nuestro juicio, sino el reconocimiento de que la labor comunitaria ha de circunscribirse necesariamente al alcance que los propios Estados miembros estén dispuestos a dar al proceso integrador...”

⁹⁶⁶ Veja-se MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, em *Constituição Europeia*, Coimbra Editora, 2004, pags. 86.

⁹⁶⁷ Atente-se na “...publicação ... (das) ... versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, bem como dos seus Protocolos e Anexos, tal como resultarão das alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa, assinado a 13 de Dezembro de 2007 em Lisboa...”, publicada pelo Conselho da União Europeia, Bruxelas, 30 de Abril de 2008, (OR. fr) – 6655/1/08 REV 1, pags. 124.

administrative, la lutte contre la fraude ou l'évasion fiscales, et les mesures en matière de base d'imposition applicable aux sociétés, ce qui exclut les taux d'imposition; la fiscalité liée à l'environnement..."⁹⁶⁸.

No intróito que fizemos até agora sobre a temática da tributação evidenciam-se ali três partes distintas e com interesses na disciplinação da tributação a nível Comunitário e que representam algumas vezes pontos antagónicos, nomeadamente a nível da competência e forma de produzir a legislação fiscal, a saber : (i) a Comissão, (ii) os Estados-Membros e (iii) as Empresas.

A Comissão, no seu papel de defensora e guardiã dos TUE e TFUE (vide anterior TCE) e do Direito Comunitário em geral, pretende que todas as liberdades que integram e são a razão de ser da UE sejam por todos amplamente difundidas, utilizadas e protegidas, e por esta via prosseguir, entre outros aspectos, os objectivos de dinamização do mercado comunitário à escala planetária e, como foi assumido pelo Conselho Europeu de Lisboa, pretendendo conjugar a fiscalidade existentes no espaço comunitário, proveniente dos Estados-membros, com a concorrência fiscal prejudicial, danosa ou erosiva, de modo a que o espaço comunitário seja um espaço economicamente competitivo à escala mundial, e com isso um espaço atractivo para o investimento empresarial, impedindo por esta via a fraude e evasões fiscais contudo, os Estados-membros, ciosos do quase único poder de exercício de soberania, têm demonstrado que não pretendem abrir mão do seu direito de veto nesta matéria da criação dos seus sistemas fiscais, utilizando-o, entre outros aspectos, para exercitarem uma concorrência entre si na atracção das empresas internacionais para o seu território^{969 970 971}.

⁹⁶⁸ Veja-se COM (2003) 548.

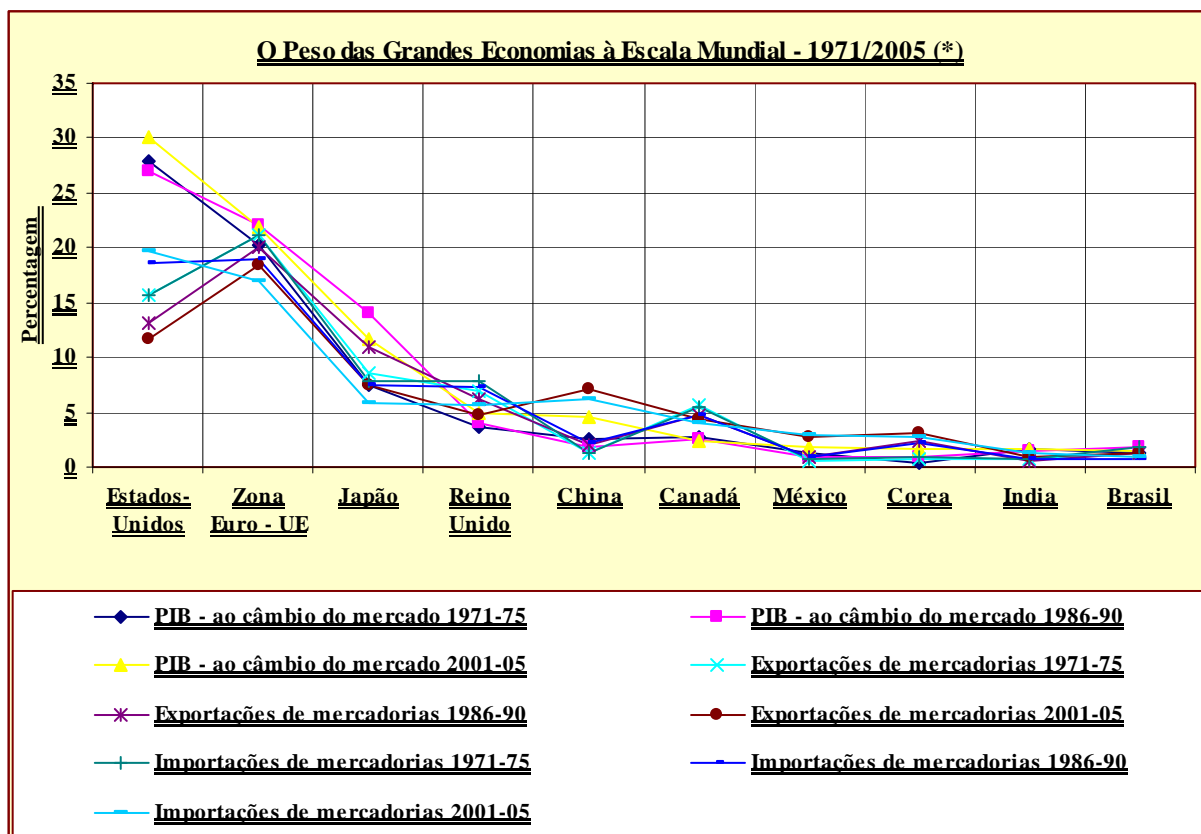
⁹⁶⁹ No sentido de os Estados não querem abrir mão da unanimidade, veja-se PAULO DE PITTA E CUNHA, "O Pendor Federal da Integração – a União Europeia e o Mercosul", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 61, Lisboa, Janeiro de 2001, pags. 38, refere que "...perante a penetração crescente dos elementos federais, o reduto do poder dos Estados tem como componentes fundamentais as exigências de votação unânime do Conselho em determinadas áreas comunitárias, (...), como sucede no domínio da harmonização fiscal..."

⁹⁷⁰ Sobre esta mesma temática escreve JOSÉ GUILHERME XAVIER DE BASTO, *A Tributação do Consumo e a sua Coordenação Internacional*, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1991, pags. 111, que "...a regra da unanimidade nas deliberações do Conselho sobre matéria fiscal explica-se pela importância da soberania fiscal como elemento essencial das soberanias nacionais..."

⁹⁷¹ Sobre esta mesma temática concordamos com DOMINIQUE VILLEMOT, *L'Harmonization Fiscale Européenne*, 2.º Edição, Presses Universitaires de France, Paris, 1995, pags 120 a 121, quando conclui que uma forma de atenuar o défice democrático na tomada de decisões a nível comunitário, consistia na transferência, mesmo que parcial, do Conselho para o Parlamento Europeu, do poder de deliberar em matérias fiscais.

Não é estranho a esse esforço o conhecimento que esses Estados-membros têm do dinamismo económico a nível mundial e que se evidencia bem no quadro que segue, em que se referenciam três grandes ciclos da economia mundial, a saber: “1971-75”, “1986-90” e “2001-05”.

GRÁFICO N.º 8

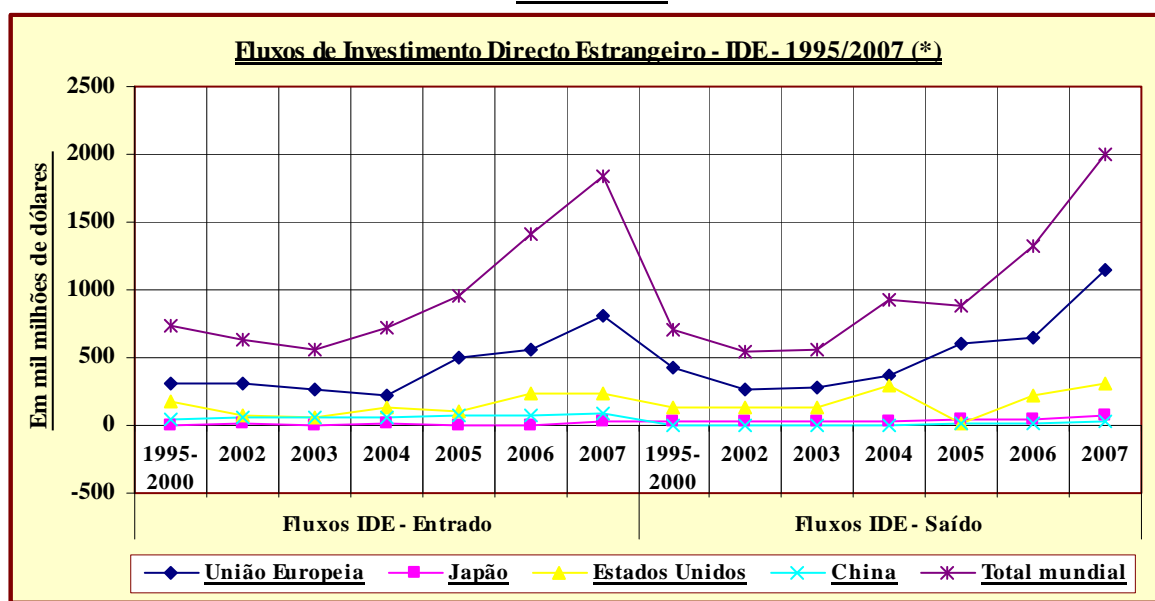
(*)⁹⁷²

Este gráfico evidencia plenamente o papel desempenhado à escala mundial pelos EUA, que assumem aqui a primazia, seguidos pelos UE, como dinamizadores da economia mundial.

⁹⁷² Gráfico da nossa responsabilidade, elaborado com base nos dados constantes do “Cuadro 4.1. El peso de las grandes economías a escala mundial”, constante da publicação do Fondo Monetario Internacional em “*Perspectivas de la economía mundial*, Abril de 2007, *Desbordamientos y ciclos de la economía mundial*”.

Nos três gráficos seguinte evidenciamos dados estatísticos do Investimento Directo Estrangeiro – IDE – nos anos de 1995 a 2007 e a posição relativa da União Europeia, quer em relação à economia mundial, quer em relação a alguns dos seus parceiros no panorama internacional.

GRÁFICO N.º 9

(*)⁹⁷³

Uma vez mais são plenamente evidenciados os papéis preponderantes que os EUA, seguidos pela UE, têm no plano mundial.

⁹⁷³ Gráfico da nossa responsabilidade, elaborado com base nos dados contantes do “Cuadro 1 – Flujos de IED, por regiones y países selectos, 1995-2007, (En miles de millones de dólares y en porcentaje), Fonte INFORME SOBRE LAS INVERSIONES EN EL MUNDO, Las empresas transnacionales y el desafío de las infraestructuras”, NACIONES UNIDAS, Nueva York y Ginebra, 2008.

GRÁFICO N.º 10

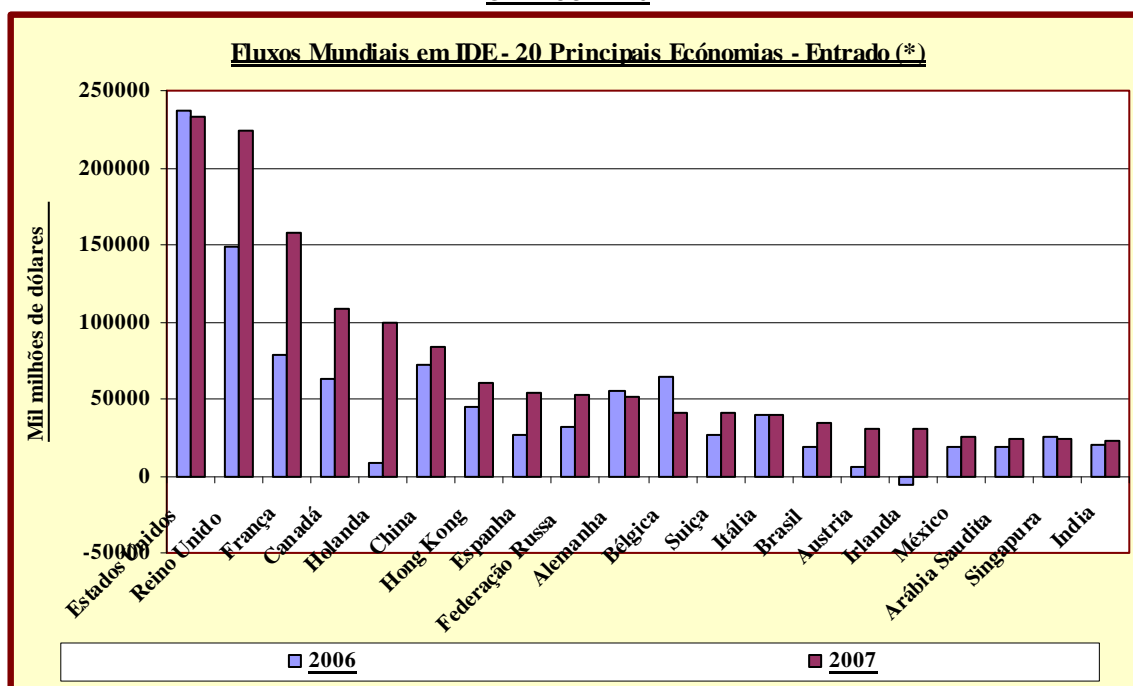
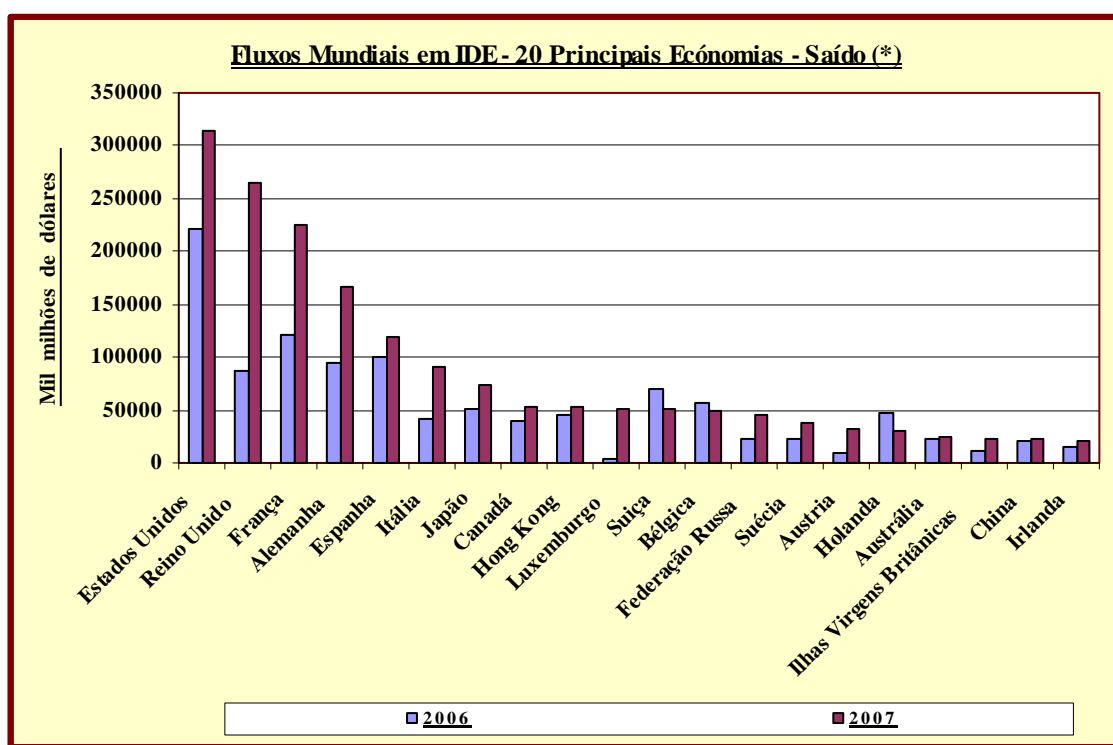
(*)⁹⁷⁴

GRÁFICO N.º 11

(*)⁹⁷⁵

⁹⁷⁴ Gráfico da nossa responsabilidade, elaborado com base nos dados contantes do “Gráfico 1 -Flujos mundiales de IED, 20 principales economías, 2006, 2007, Fonte INFORME SOBRE LAS INVERSIONES EN EL MUNDO, Las empresas transnacionales y el desafío de las infraestructuras”, NACIONES UNIDAS, Nueva York y Ginebra, 2008.

Dos gráficos que acabamos de inserir – sobre os “Fluxos mundiais em IDE, nos anos de 2007 e 2008”, concluímos que, apesar dos EUA continuarem o seu papel dinamizador do mercado mundial, cabe também aos Estados-membros da UE um papel predominante, quer como receptor desse IDE – onde estão inseridos nove países em vinte dos maiores investidores mundiais – quer como exportadores desse capital de investimento – ali se integrando onze países entre os vinte maiores investidores.

Inserimos de seguida quadros que nos permitem ter uma perspectiva da evolução das taxas do imposto sobre as sociedades praticadas nos vários Estados-membros da UE, assim como em algumas das principais economias a nível mundial, quadros estes que, entre outros aspectos que evidenciaremos de seguida, nos permitem desde já concluir que os Estados-membros vão entre si paulatinamente praticando concorrência fiscal através da diminuição das taxas impositivas.

Assim, atente-se que:

⁹⁷⁵ Gráfico da nossa responsabilidade, elaborado com base nos dados contantes do “Gráfico 1, Flujos mundiales de IED, 20 principales economías, 2006, 2007, Fonte INFORME SOBRE LAS INVERSIONES EN EL MUNDO, Las empresas transnacionales y el desafío de las infraestructuras”, *NACIONES UNIDAS*, Nueva York y Ginebra, 2008.

QUADRO N.º 35

TAXAS MÁXIMAS DE TRIBUTAÇÃO DO IMPOSTO SOBRE SOCIEDADES – em % (*)															
	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	Diferença 1995- 2008
ESTADOS – MEMBROS da UNIÃO EUROPEIA															
BE	40.2	40.2	40.2	40.2	40.2	40.2	40.2	40.2	34.0	34.0	34.0	34.0	34.0	34.0	- 6.2
BG	40.0	40.0	40.2	37.0	34.3	32.5	28.0	23.5	23.5	20.0	15.0	15.0	10.0	10.0	- 30.0
CZ	41.0	39.0	39.0	35.0	35.0	31.0	31.0	31.0	31.0	28.0	26.0	24.0	24.0	21.0	- 20.0
DK	34.0	34.0	34.0	34.0	32.0	32.0	30.0	30.0	30.0	30.0	28.0	28.0	25.0	25.0	- 9.0
DE	56.8	56.7	56.7	56.0	51.6	51.6	38.3	38.3	39.6	38.3	38.7	38.7	38.7	29.8	- 27.0
EE	26.0	26.0	26.0	26.0	26.0	26.0	26.0	26.0	26.0	24.0	24.0	23.0	22.0	21.0	- 5.0
IE	40.0	38.0	36.0	32.0	28.0	24.0	20.0	16.0	12.5	12.5	12.5	12.5	12.5	12.5	- 27.5
EL	40.0	40.0	40.0	40.0	40.0	40.0	37.5	35.0	35.0	35.0	32.0	29.0	25.0	25.0	- 15.0
ES	35.0	35.0	35.0	35.0	35.0	35.0	35.0	35.0	35.0	35.0	35.0	35.0	32.5	30.0	- 5.0
FR	36.7	36.7	41.7	41.7	40.0	37.8	36.4	35.4	35.4	35.4	35.0	34.4	34.4	34.4	- 2.2
IT	52.2	53.2	53.2	41.3	41.3	41.3	40.3	40.3	38.3	37.3	37.3	37.3	37.3	31.4	- 20.8
CY	25.0	25.0	25.0	25.0	25.0	29.0	28.0	28.0	15.0	15.0	10.0	10.0	10.0	10.0	- 15.0
LV	25.0	25.0	25.0	25.0	25.0	25.0	25.0	22.0	19.0	15.0	15.0	15.0	15.0	15.0	- 10.0
LT	29.0	29.0	29.0	29.0	29.0	24.0	24.0	15.0	15.0	15.0	15.0	19.0	18.0	15.0	- 14.0
LU	40.9	40.9	39.3	37.5	37.5	37.5	37.5	30.4	30.4	30.4	29.6	29.6	29.6	29.6	- 11.3
HU	19.6	19.6	19.6	19.6	19.6	19.6	19.6	19.6	19.6	17.6	17.5	17.5	21.3	21.3	+ 1.6
MT	35.0	35.0	35.0	35.0	35.0	35.0	35.0	35.0	35.0	35.0	35.0	35.0	35.0	35.0	0.0
NL	35.0	35.0	35.0	35.0	35.0	35.0	35.0	34.5	34.5	34.5	31.5	29.6	25.5	25.5	- 9.5
AT	34.0	34.0	34.0	34.0	34.0	34.0	34.0	34.0	34.0	34.0	25.0	25.0	25.0	25.0	- 9.0
PL	40.0	40.0	38.0	36.0	34.0	30.0	28.0	28.0	27.0	19.0	19.0	19.0	19.0	19.0	- 21.0
PT	39.6	39.6	39.6	37.4	37.4	35.2	35.2	33.0	33.0	27.5	27.5	27.5	26.5	26.5	- 13.1
RO	38.0	38.0	38.0	38.0	38.0	25.0	25.0	25.0	25.0	25.0	16.0	16.0	16.0	16.0	- 22.0
SI	25.0	25.0	25.0	25.0	25.0	25.0	25.0	25.0	25.0	25.0	25.0	25.0	23.0	22.0	- 3.0
SK	40.0	40.0	40.0	40.0	40.0	29.0	29.0	25.0	25.0	19.0	19.0	19.0	19.0	19.0	- 21.0
FI	25.0	28.0	28.0	28.0	28.0	29.0	29.0	29.0	29.0	29.0	26.0	26.0	26.0	26.0	+ 1.0
SE	28.0	28.0	28.0	28.0	28.0	28.0	28.0	28.0	28.0	28.0	28.0	28.0	28.0	28.0	- 0.0
UK	33.0	33.0	31.0	31.0	30.0	30.0	30.0	30.0	30.0	30.0	30.0	30.0	30.0	30.0	- 3.0
PAÍSES MEMBROS DA OCDE															
AUSTRÁLIA	36.0	36.0	36.0	36.0	36.0	36.0	34.0	30.0	30.0	30.0	30.0	30.0	30.0	30.0	- 6.0
CANADÁ	44.6	44.6	44.6	44.6	44.6	44.6	42.1	38.6	36.6	36.1	36.1	36.1	36.1	34.6	- 10.0
JAPÃO	51.6	51.6	51.6	51.6	48.0	40.9	40.9	40.9	40.9	39.5	39.5	39.5	39.5	42.0	- 9.6
NORUEGA	28.0	28.0	28.0	28.0	28.0	28.0	28.0	28.0	28.0	28.0	28.0	28.0	28.0	28.0	0.0
SUIÇA	28.5	28.5	28.5	27.5	25.1	24.9	24.7	24.4	24.1	24.1	21.3	21.3	21.3	21.3	- 7.2
USA	40.0	40.0	40.0	40.0	40.0	39.3	39.3	39.3	39.3	39.3	39.3	39.3	39.3	39.0	- 1.0
OUTROS PAÍSES															
BRASIL	--	--	37.4	31.7	31.9	31.7	31.9	31.2	31.2	29.2	37.4	31.7	31.9	31.7	- 5.7
CHINA	--	--	33.0	33.0	33.0	33.0	33.0	33.0	33.0	33.0	33.0	33.0	33.0	25.0	- 8.0
ÍNDIA	--	--	35.0	35.0	35.0	38.5	39.6	35.7	36.8	35.9	36.6	33.7	34.0	34.0	- 1.0
RUSSIA	--	--	--	--	--	--	43.0	24.0	24.0	24.0	24.0	24.0	24.0	24.0	- 19.0

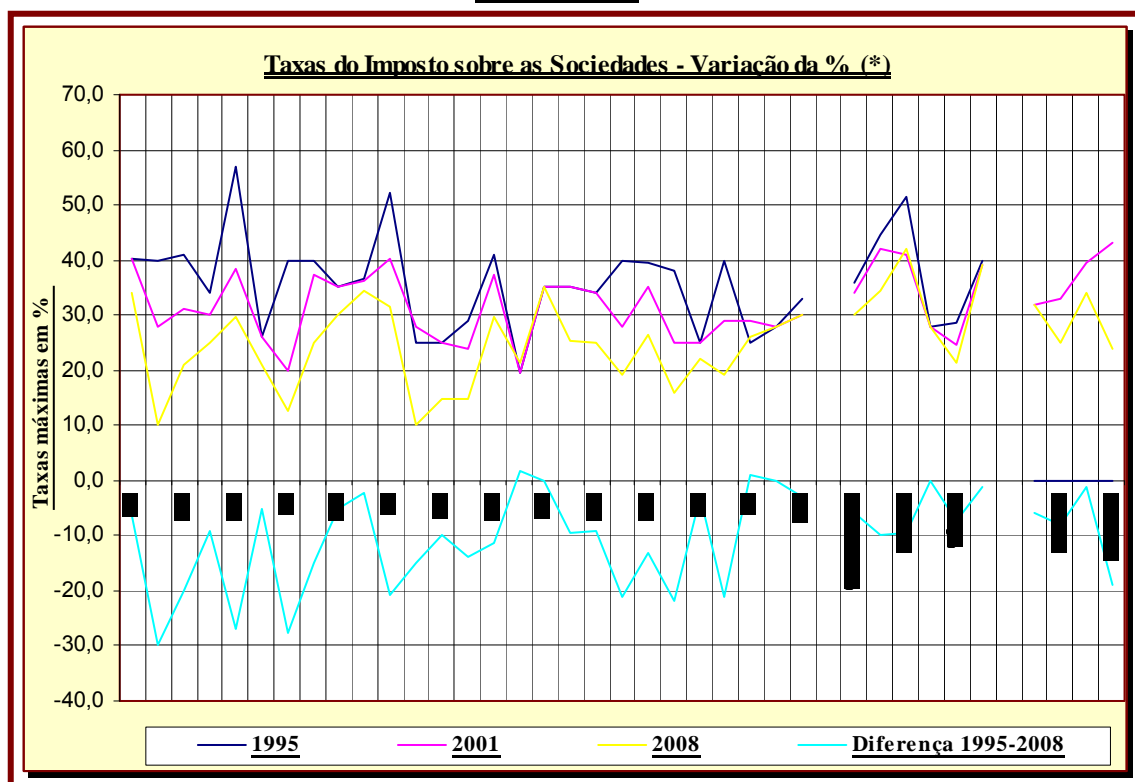
(*) ⁹⁷⁶

- Esta tabela evidencia a constante modificação, em baixa, das taxas máximas de tributação do imposto sobre as sociedades, quer dos Estados-membros da UE, quer de outros países a nível mundial;
- Apenas dois Estados-membros da UE mantiveram constantes as taxas de tributação desde 1995 até 2008 – Malta e Suécia – e, em relação a outros países membros da OCDE, apenas um deles teve o mesmo procedimento – Noruega;

⁹⁷⁶ Tabela da nossa responsabilidade, elaborado com base nos dados contantes da “Table II-4.1 adjusted top statutory tax rate on corporate income, 1995-2008, in %”, pag. 88, *Taxation trends in the European Union Data for the EU Member States and Norway*, 2008 edition, Eurostat, Statistical books, EUROPEAN COMMISSION.

- Apenas dois Estados-membros da UE procederam a um ligeiro aumento das suas taxas de tributação – Hungria e Finlândia –, não tendo mais nenhum país fora da UE procedido de igual forma;

GRÁFICO N.º 12

(*) ⁹⁷⁷

- Este gráfico, elaborado com dados constantes da tabela acima integrada, é plenamente evidenciada a descida generalizada das taxas do imposto sobre as sociedades, descida esta que tem o seu auge num diferencial de trinta pontos percentuais;

QUADRO N.º 36

ESTADOS – MEMBROS da UNIÃO EUROPEIA														
TAXAS MÁXIMAS DE TRIBUTAÇÃO DO IMPOSTO SOBRE SOCIEDADES – em % (*)														
	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Euro Area-15	37.4	37.5	37.6	36.2	35.5	35.3	33.8	32.6	31.0	30.5	29.0	28.6	27.7	26.5
EU-25	35.0	35.0	34.9	33.9	33.3	32.2	31.1	29.7	28.7	27.4	26.3	26.0	25.5	24.4
EU-27	35.3	35.3	35.2	34.1	33.5	31.9	30.7	29.3	28.3	27.1	25.5	25.3	24.5	23.6
	Diferença 1995-2008													
	-10.9													
	-10.6													
	-11.7													

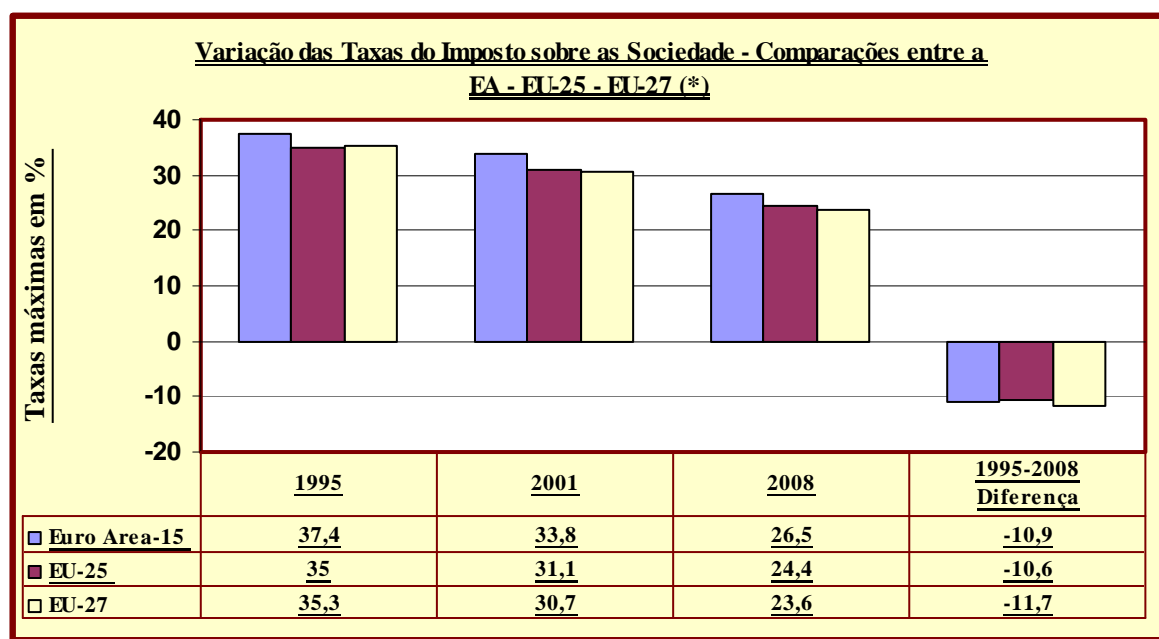
(*) ⁹⁷⁸

⁹⁷⁷ Gráfico da nossa responsabilidade, elaborado com base nos dados contantes da “Table II-4.1 Adjusted top statutory tax rate on corporate income - 1995-2008, in %”, pag. 88, *Taxation trends in the European Union Data for the EU Member States and Norway*, 2008 edition, Eurostat, Statistical books, EUROPEAN COMMISSION.

⁹⁷⁸ Tabela da nossa responsabilidade, elaborado com base nos dados contantes da “Table II-4.1 adjusted top statutory tax rate on corporate income, 1995-2008, in %”, pag. 88, *Taxation trends in the European*

- Esta tabela demonstra-nos que as taxas médias da UE sofreram ainda um abaixamento médio com o seu alargamento de 25 (vinte e cinco) para 27 (vinte e sete) Estados-membros, assim como nos demonstra a diminuição daquelas taxas nos Estados-membros que integram a zona euro da UE, facto evidenciado no gráfico que imediatamente integramos e que nos alerta para essa descida acentuada e sustentada.

GRÁFICO N.º 13

(*) ⁹⁷⁹

Se atentarmos nos processos que as empresas utilizam para levarem a cabo a sua concentração económica com o aumento das suas dimensões em vista à obtenção de uma melhor rentabilidade, nomeadamente através da diminuição de custos, designadamente os custos fiscais, factores que contribuem para um aumento da capacidade produtiva e obtenção de ganhos de produtividade, concluímos que o fazem, quer através da expansão da empresa, quer pelo aumento da sua dimensão, quer pelo aumento da sua dimensão e número de estabelecimentos, quer pela incorporação de outras empresas que já tomaram dimensões internacionais, e por via de quaisquer destes mecanismos conseguirem, por exemplo, a constituição de grupos

Union Data for the EU Member States and Norway, 2008 edition, Eurostat, Statistical books, EUROPEAN COMMISSION.

⁹⁷⁹ Gráfico da nossa responsabilidade, elaborado com base nos dados contantes da "Table II-4.1 Adjusted top statutory tax rate on corporate income, 1995-2008, in %, pag. 88, *Taxation trends in the European Union Data for the EU Member States and Norway*, 2008 edition, Eurostat, Statistical books, EUROPEAN COMMISSION.

sem fronteiras. Isto é, converterem-se em autênticos grupos multinacionais, ou seja a sua globalização económica ⁹⁸⁰, conseguindo por via da expansão da sua dimensão em empresas de grupos económicos multinacionais alcançarem economias de escala, ou seja, a proporcionalidade dos aumentos dos custo de produção são proporcionalmente menores que a proporcionalidade que conseguem na produção pelo grupo, isto é, vão-se conseguido obter os mesmos produtos a um menor custo ⁹⁸¹.

As empresas quando analisam os sistemas fiscais e os vêm capazes de lhes gerarem ganhos de produtividade, sabem perfeitamente que esse objectivo pode ser alcançado através da baixa tributação real dos Estados em que se localizam, ou seja, como os impostos que suportam a final são custos e produção, quanto menor for este custo menor será a sua influência nos preços finais, e por conseguinte maior será a sua capacidade de concorrência nos mercados em que se inserem e por via disto maior será a sua capacidade de gerar lucros, objectivo que a final representa para os seus accionistas os ganhos do capital investido.

Evidentemente que as empresas, quer quando projectam fazer investimentos em outros países, quer quando projectam as suas actividades, entre outros aspectos, têm sempre em atenção os custos fiscais que irão suportar e que são inerentes ao exercício e desenvolvimento das suas actividades, factos que para as mesmas é sempre tido em conta através do relevo que o planeamento fiscal lhes aporta nesses custos, ou seja, é fundamental para as empresas conhecerem os sistemas fiscais em que se inserem e tirarem partido das suas lacunas ou imperfeições, ou ainda das diferentes disparidades dos sistemas fiscais existentes entre os Estados, e por via disto diminuïrem os seus custos de produção.

Contrapondo-se a esta realidade os Estados tentam constantemente aperfeiçoarem os seus sistemas fiscais, com uma regulamentação o mais precisa possível de modo a evitarem lacunas e imperfeições legais, caminhando, entre outros aspectos, na celebração de convenções de dupla tributação internacional, na cooperação entre si pelas administrações fiscais, designadamente através da troca de

⁹⁸⁰ Neste sentido veja-se BERNARD & COLLI, *Dicionário Económico e Financeiro*, 1.º Volume, Publicações Dom Quixote, Lisboa, 1997, fls.158 e 159, sob a entrada “Concentração”.

⁹⁸¹ Neste sentido veja-se GRAHAM BANNOCK, R.E.BAXTER e RAY REES, *Dicionário de Economia*, Verbo, Lisboa, 1987, pags. 146 e 150, sob a entrada “Economias de Escala (*Economies of Scale*)”.

informações, na regulamentação dos preços de transferência ou na criação de cláusulas anti-abuso⁹⁸².

ii. Tributação unitária ou global a nível da União Europeia

Facilmente se imaginam os obstáculos que a nível fiscal as empresas encontram quando pretenderem exercer o seu direito de estabelecimento no espaço comunitário, uma vez que têm que se integrar em tantos ordenamentos jurídico-tributários quantos os Estados-membros em que se querem estabelecer, isto é, estão perante mais uma complexidade acarretada pelo exercício de um direito fundamental inserto nos TUE e TFUE (vide anterior TCE) e estruturante para os mesmos, com todas as consequências a nível dos custos de contexto que as empresas plurilocalizadas têm que enfrentar⁹⁸³, facto que é antídoto à ambição da UE plasmada pelo Conselho Europeu de Lisboa na pretensão de criar uma economia europeia como sendo a mais competitiva a nível mundial.

Assim, para tentar ultrapassar estes obstáculos provocados pela diversidade dos sistemas fiscais existentes na UE – tantos quantos os Estados-membros que em cada momento integram esta organização regional internacional – e colocados às empresas que exercem ou pretendem exercer a sua actividade em mais que um Estado-membro, a Comissão apresentou a sua intenção de proporcionar às empresas plurilocalizadas no espaço comunitário a possibilidade de serem sujeitas a uma tributação de nível global para as actividades desenvolvidas neste espaço comunitário^{984 985}, e por via de tal solução deixarem de terem de cumprir tantos ordenamentos jurídico-tributários quantos os Estados-membros em que estão inseridas, conseguindo por esta via uma ampla diminuição dos custos de contexto que

⁹⁸² Neste sentido veja-se ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, “A Posição Portuguesa Face à Regulação Comunitária da Concorrência Fiscal, Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional”, *Fisco*, Lisboa, 2003, pags. 159

⁹⁸³ Sobre a preocupação que a Comissão tem sobre a redução dos custos de cumprimento veja-se o “DOCUMENTO DE TRABALHO DA COMISSÃO – Quantificação dos custos administrativos e redução dos encargos administrativos na União Europeia”, COM (2006) 691 final, Bruxelas, 14.11.2006.

⁹⁸⁴ No contexto da resolução da problemática dos preços de transferência a OCDE rejeita a adopção da tributação pelo método consolidado do grupo de empresas, reafirmando, como única alternativa, a aplicabilidade do Princípio da Plena Concorrência. Neste sentido veja-se PAULA ROSADO PEREIRA, *A Tributação das Sociedades na União Europeia – Entraves Fiscais ao Mercado Interno e Estratégias de Actuação Comunitária*, Almedina, Coimbra 2004, pags.250.

⁹⁸⁵ A OCDE rejeita a aplicação do fraccionamento global do grupo multinacional com base numa fórmula encontrada na consolidação do fiscal grupo e, apenas admitem o Princípio da Plena Concorrência, conforme parágrafos 3.63 e 3.74 constante em “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Ministério das Finanças, Lisboa 2002.

essa realidade acarreta, uma vez que assim essas empresas conseguiriam uma diminuição dos seus obstáculos fiscais em face da eliminação dos custos de adaptação aos vários sistemas fiscais e às respectivas cargas burocráticas, conseguindo-se por esta via, entre outras, a resolução de duplas tributações ou não tributações, a resolução dos preços de transferência, a eliminação da falta de dedução de prejuízos fiscais transfronteiriços ⁹⁸⁶ .

Os estudos que a Comissão ao longo dos tempos tem desenvolvido sobre a temática da tributação das empresas plurilocalizadas em mais do que um Estado-membro da UE, apontam como meta a alcançar que a tributação directa dessas empresas seja feita na UE por um único conjunto de regras fiscais que permitam determinar uma matéria colectável única consolidada a nível comunitário, imbricando nesta problemática o entendimento que aquele órgão da UE manifestou sobre a aplicação no espaço comunitário dos sistemas contabilísticos para efeitos fiscais, e por tal via solucionar, entre outros aspectos, toda a problemática inerente aos preços de transferência das operações vinculadas.

O trilhar de tal caminho permitiria às empresas ficarem sujeitas a um conjunto único de regras tributárias que fosse eficaz, eficiente, simples e transparente, conseguindo-se por esta via a eliminação, e consequente aproveitamento pelos Sujeitos Passivos, das lacunas existentes entre os múltiplos sistemas fiscais do espaço comunitário, com a consequente evitação dos riscos de evasão, fraude e infracção fiscal. Isto é, conseguia-se assim um caminho jurídico que globalmente, no espaço da UE, encontrava uma solução aos múltiplos problemas que acarreta às empresas terem que trabalhar com múltiplos sistemas fiscais, com os consequentes custos de contexto e, por sua vez, conseguiam os Estados-membros eliminar todas as questões inerentes à evasão e fraude fiscais, assim como todas as questões das operações vinculadas, criando-se por esta via uma maior apetência para a actividade empresarial global a nível do espaço comunitário, ou seja, uma maior capacidade de

⁹⁸⁶ Na sua Comunicação da Comissão em “A Política Fiscal da União Europeia, prioridades para os próximos anos”, COM (2001) 260 final, pags. 18, afirma-se que “...este estudo sobre a fiscalidade das empresas permitirá que a Comissão esteja em melhores condições para analisar as alterações que deverá propor. Uma das questões importantes continuar a procurar soluções isoladas para os obstáculos fiscais, preservando a coexistência dentro da UE de 15 [hoje 25] regimes fiscais distintos (com as resultantes implicações a nível de custos). A alternativa consistiria em procurar soluções mais abrangentes e politicamente ambiciosas, tais como proporcionar às empresas um conjunto único de regras relativamente à matéria colectável do imposto sobre as sociedades para as actividades por elas desenvolvidas a nível da UE...”, acrescentando logo de seguida que “...os operadores económicos são favoráveis a este tipo de solução pan-europeia mais abrangente para a eliminação dos obstáculos fiscais transfronteiriços...”.

aproveitamento das amplas liberdades constantes dos TUE e TFUE (vide anterior TCE), sobretudo a liberdade de estabelecimento.

Os caminhos que a Comissão poderia trilhar, na senda de uma tributação consolidada para as empresas que a nível do espaço comunitário exercem as suas actividades em vários Estados-membros, seriam distintos consoante o resultado final que se pretendesse obter da legislação fiscal criada para esse efeito. Ou seja, poderia a União Europeia⁹⁸⁷ enveredar por uma solução eminentemente federalista e criar um autêntico imposto europeu sobre as empresas com intuito de arrecadar para si o tributo final, isto é, passávamos a ter dois sujeitos de uma relação jurídico-tributária num hipotético imposto sobre as empresas europeias, em que por um lado estava a UE como sujeito activo dessa relação jurídica, em substituição total dos actuais Estados-membros, e por outro lado as empresas como sujeitos passivos dessas obrigações fiscais da UE, ou então, disciplinar-se juridicamente a criação de uma matéria comum consolidada para as empresas que exercem as suas actividades em mais que um Estado-membro da UE, repartindo-se em seguida essa matéria colectável pelos Estados-membros em causa, ou num sistema mais puro, levando-se os cálculos até ao imposto final e repartindo este tributo por esses Estados-membros mas, tenha-se em atenção, que nestas duas últimas soluções sempre seria necessário criarem-se chaves de repartição para os Estados-membros envolvidos.

Estas várias opções que se apresentaram permitem que a Comissão e os Estados-membros trilhem caminhos diversificados em função das suas ambições sobre a tributação das empresas que exercem actividades em múltiplos Estados-membros, e por tal, as regras de tributação consolidada poderia seguir uma das seguintes opções:

- A criação de um Imposto Europeu sobre o Rendimento das Empresas;
- A Tributação pelas regras fiscais do Estado de Origem;
- A criação de uma Tributação de Base Comum Consolidada a Nível da União Europeia.

⁹⁸⁷ Refere PAULA ROSADO PEREIRA, *A Tributação das Sociedades na União Europeia – Entraves Fiscais ao Mercado Interno e Estratégias de Actuação Comunitária*, Almedina, Coimbra, 2004, pags.254 que “...no âmbito de um espaço de integração económica como a UE, e em virtude de uma maior comunhão de interesses entre os Estados e da existência de uma estrutura institucional seria possível (...) pelo menos em termos gerais, implementar um método unitário de tributação...”

Todas estas possíveis formas de tributação que apontamos apenas tem em vista a tentativa de se encontrarem soluções para a tributação das actividades empresariais desenvolvidas no espaço comunitário e por via disso ficavam de fora deste sistema as actividades que essas empresas desenvolvessem em países terceiros, assim como este sistema também não dá resposta à problemática das Convenções sobre Dupla Tributação Internacional, nem encontra solução para os vários sistemas contabilísticos em vigor nos diversos Estados que a nível mundial essas empresas multinacionais têm que utilizar⁹⁸⁸.

Expostos os possíveis caminhos que a Comissão pode trilhar para encetar juntamente com os Estados-membros novas formas de tributação das empresas no espaço comunitário, vamos agora passar em revista cada uma daquelas três possíveis soluções, tendo sempre presente que cada delas tem potencialidades para trazer vantagens acrescidas à temática das operações vinculadas e praticadas entre empresas que desenvolvam as suas actividades no espaço comunitário em mais que um Estado-membro, socorrendo-nos, entre outros dos estudos relativamente recentes que a Comissão Europeia levou a cabo sobre a temática da tributação, porquanto não nos iremos debruçar sobre as particularidades dos estudos anteriores, designadamente, sobre o “Relatório *Neumark*, de 1992”, o “Relatório *Segré*, de 1966”, o “Programa de acção da Comissão no domínio dos impostos directos, de 1967”, o “Relatório *Van den Tempel*, de 1970”, a “Resolução do Conselho sobre a UEM, de 1971”, o “Programa de acção da Comissão, de 1975”, o “Relatório *Burke*, de 1980”, o “Livro Branco, de 1985”, o “Relatório *Ruding*, de 1992, o “Primeiro Relatório *Monti*, de Março de 1996” e o “Segundo Relatório *Monti*, de Novembro de 1996”, e assim referir-nos-emos aos seguintes documentos:

- “La Fiscalité des Entreprises dans le Marche Intérieur”⁹⁸⁹;
- “A Política Fiscal da União Europeia – Prioridades para os Próximos Anos”⁹⁹⁰;

⁹⁸⁸ A temática da tributação e das suas consequências, nunca foi pacífica a nível da União Europeia, e também o não foi aquando da discussão do projecto de o novo tratado constitucional europeu, conforme se pode ver em GUILHERME D'OLIVEIRA MARTINS, *O Novo Tratado Constitucional Europeu, Da Convenção à CIG*, Gradiva/Fundação Mário Soares, Lisboa, 2004, pags. 86, quando afirma que “...alguns desejaram que a União evoluísse para receitas de natureza fiscal, uma vez que a existência de impostos europeus garantiria maior estabilidade e transparência, desde que, porém, em caso algum pudesse haver aumento da carga fiscal global que pesa sobre os contribuintes...”

⁹⁸⁹ Veja-se o documento da Comissão Europeia, *Sec (2001) 1681 Final*.

⁹⁹⁰ Veja-se o documento da Comissão Europeia, *COM (2001) 260 final*.

- “Para um Mercado Interno sem Obstáculos Fiscais – Estratégia Destinada a Proporcionar às Empresas uma Matéria Colectável Consolidada do Imposto sobre as Sociedades para as suas Actividades a Nível da EU”⁹⁹¹;
- “Um Mercado Interno sem Obstáculos em Matéria de Fiscalidade das Empresas – Realizações, Iniciativas em Curso e Desafios a Ultrapassar”⁹⁹²;
- “Esbozo de una Posible Aplicación Experimental del Régimen de Imposición Según las Normas del Estado de Origen a las Pequeñas y Medianas Empresas”⁹⁹³;
- “Execução do programa comunitário de Lisboa – Progressos realizados e acção futura para uma matéria colectável comum consolidada do imposto sobre as sociedades (MCCC IS)”⁹⁹⁴;
- “Coordenar os sistemas de fiscalidade directa dos Estados-Membros no mercado interno”⁹⁹⁵

iii. Imposto Europeu sobre o Rendimento das Empresas

O Imposto Europeu sobre o Rendimento das Empresas – “IERE”, também designado pela expressão anglo-saxónica “*European Corporate Income Tax*”, ou abreviadamente “*EUCIT*”, seria na sua expressão mais pura a criação de um imposto pessoal de tributação do rendimento das empresas que desenvolvem as suas actividade no espaço comunitário⁹⁹⁶, tributando-se por esta via os resultados consolidados dos grupos multinacionais que tenham integrado empresas localizadas em Estados-membros da UE.

⁹⁹¹ Veja-se o documento da Comissão Europeia, COM (2001) 582 Final.

⁹⁹² Veja-se o documento da Comissão Europeia, COM (2003) 726 Final.

⁹⁹³ Veja-se o documento da Comisión Europea, Dirección General XXI, Fiscalidad y Unión Aduanera, Política Fiscal, Coordinación de Asuntos Fiscales, Bruselas, 24 de Junio de 2004, Ref.: TAXUD C.1/DOC (04) 1410.

⁹⁹⁴ Veja-se o documento da Comissão Europeia, COM (2006) 157 Final.

⁹⁹⁵ Veja-se o documento da Comissão Europeia, COM (2006) 823 Final.

⁹⁹⁶ Para quem partilhe uma visão para a União Europeia, no sentido de caminhar por um qualquer tipo de federalismo, esta tributação global tem sentido. Veja-se assim GUILHERME D'OLIVEIRA MARTINS, *O Novo Tratado Constitucional Europeu, Da Convenção à CIG*, Gradiva/Fundação Mário Soares, Lisboa, 2004, pags. 13, quando afirma que “...Portugal – ou qualquer outro Estado médio ou pequeno – só tem a ganhar com uma **Europa política, eficaz e actuante**. E tem tudo a perder com a prevalência das lógicas exclusivamente nacionais e proteccionistas, que apenas favorecem as maiores potências. (...) Deste modo, a União Europeia não pode ser confundida nem com mera organização inter-governamental nem com uma cornucópia de fundos e subsídios. A cooperação de políticas económicas, **o federalismo fiscal** (sublinhado nosso), a coesão económica, social e territorial, a economia social de mercado e o pleno emprego constituem horizontes essenciais para a compreensão e para a afirmação do «modelo social e político europeu» ...”

A criação jurídica do “EUCIT” impunha “*ab initio*” o desenvolvimento de um conjunto de regras de tributação das actividades empresariais a nível comunitário que vigorariam para todos os Estados-membros⁹⁹⁷, em simultaneamente com as regras fiscais vigentes em cada um desses Estados-membros e que apenas se aplicariam às empresas cuja actividade fosse unicamente desenvolvida num só Estado-membro, ou seja, teríamos em vigor tantos sistemas fiscais de tributação das empresas quantos os Estados-membros e acrescentaríamos mais um sistema fiscal da UE.

A aplicação prática deste sistema de tributação “EUCIT” tanto poderia ficar a cargo de órgãos próprios da União Europeia que teriam a incumbência de proceder à determinação da matéria colectável, liquidação, administração e sua cobrança, como tais tarefas procedimentais poderiam ser atribuídas, em todo ou em parte, às Administrações Fiscais dos Estados-membros em que se situasse a sede do grupo multinacional, podendo até num modelo mais puro toda a receita tributária dali gerada ser integralmente atribuída à UE^{998 999}, ou em modelos mitigados, a receita fiscal ser total ou parcialmente atribuídas aos Estados-membros onde fossem desenvolvidas as actividades empresariais, sendo *conditio sine qua non* para a aplicabilidade de um sistema mitigado que fossem criadas fórmulas de repartição do imposto a final

⁹⁹⁷ Neste sentido veja-se SYLVAIN PLASSCHAERT, *Na EU Tax on Consolidated Profits of Multinational Enterprises*, European Taxation (IBFD), Janvier 1997, quando afirma que “...ici, aux taux unique d'imposition est proposé, établi par l'EU dont le produit bénéficierait totalement ou partiellement à l'EU. Ce régimes s'appliquerait à toutes les (grandes) sociétés ayant un niveau élevé d'activités multinationales à l'intérieur de l'EU...”, *apud* Commission Européenne em “La Fiscalité des Entreprises dans le Marche Intérieur”, SEC(2001) 1681 final, pags 388.

⁹⁹⁸ Atente-se que neste campo há já um longo curso de experiência na UE, e que poderia ser aproveitado neste campo, porquanto são receitas próprias da União as geradas pelo Direito Aduaneiro que, como se sabe, são cobradas pelas alfandegas existentes nos diferentes Estados-membros e que a título de despesa de cobrança retêm nos seus cofres 25% (vinte e cinco por cento) do valor total cobrado. Ou seja, estamos perante puras receitas que originariamente são disciplinadas juridicamente pela UE, através de regulamento, e que na prática são os Estados-membros os “agentes aplicadores e cobradores” daqueles tributos, com direito a uma remuneração fixa pelo seu “trabalho”. Veja-se neste sentido que o valor constante do Orçamento Comunitário é valorado já com a extracção da percentagem devida aos Estados-membros.

Ressources propres traditionnelles (RPT)				
	Cotisations nettes dans le secteur du sucre (75 %)	Droits de douane nets (75 %)	Total des ressources propres traditionnelles nettes (75 %)	Frais de perception (25 % des RPT brutes) (p.m.)
	(1)	(2)	(3)=(1)+(2)	(4)
Total	123,4	14 079,7	14 203,1	4 734,4

Veja-se o sítio da Internet: http://ec.europa.eu/budget/budget_detail/current_year_fr.htm.

⁹⁹⁹ A percentagem devida aos Estados-membros pela arrecadação dos direitos aduaneiros comunitários é de 25% de acordo com a norma que se pode extrair da conjugação da alínea a) do n.º 1 e do n.º 3 do artigo 2.º da “DÉCISION DU CONSEIL, du 7 juin 2007, relative au système des ressources propres des Communautés européennes (2007/436/CE, Euratom)”, que estabelece que “Les États membres retiennent, à titre de frais de perception, 25 % des montants [des] recettes provenant (...) des droits du tarif douanier commun et autres droits établis ou à établir par les institutions des Communautés sur les échanges avec les pays non membres, des droits de douane sur les produits relevant du traité...”.

calculado em vista à sua repartição pelos Sujeitos Activos – UE e ou Estados-membros – levando-nos o seu sistema mais puro à criação de um autêntico federalismo fiscal ¹⁰⁰⁰.

iv. **Tributação pelo Estado de Origem**

○ **Introdução**

Em sequência da actividade que a Comissão tem desenvolvido sobre a temática da tributação directa dos rendimentos das empresas a nível da UE e no seguimento da sua Comunicação intitulada Comissão “*Um Mercado Interno sem obstáculos em Matéria de Fiscalidade das Empresas*” ¹⁰⁰¹ onde se estudava a possibilidade da introdução do Sistema de Tributação pelo Estado de Origem ^{1002 1003} no tocante às pequenas e médias empresas – PME, foi apresentado um estudo em vista à aplicação na UE deste sistema de tributação, sob o título de “*Esbozo de una posible aplicación experimental del régimen de imposición según las normas del estado de origem a las pequeñas y medianas empresas*” ^{1004 1005 1006}, pretendendo-se escarpelizar a forma de

¹⁰⁰⁰ Poderíamos definir “*Federalismo fiscal*” ao conjunto de regras de direito comunitário, quer de índole primária, quer de índole secundária, quer administrativas ou procedimentais, desenvolvidas em vista ao financiamento da UE e ou também para repartição parcial com os seus Estados-membros, que tivessem em vista o financiamento da UE, os seus órgãos, serviços e políticas relacionadas com a satisfação das necessidades públicas inseridas na sua esfera de competências.

¹⁰⁰¹ COM (2003) 726 final

¹⁰⁰² De acordo com PAULA ROSADO PEREIRA, *A Tributação das Sociedades na União Europeia, Entraves Fiscais ao Mercado Interno e Estratégias de Actuação Comunitária*, Almedina, Coimbra, 2004, pags.257, este modelo de tributação foi inicialmente idealizado por MALCOLM GAMMIE e desenvolvido por um grupo de individualidades designado pelo “Grupo de Estocolmo”, composto por Sven-Olof (Suécia), Robert Baconnier (França), Malcolm Gammie (Reino Unido), Hugh Ault (EUA), Albert Rädler (Alemanha), Ad der Kinderen (Holanda) Jim Hausman (Canadá) e David Tillinghast (EUA). Atente-se que entre outros, este grupo de trabalho incorpora no seu seio dois peritos dos EUA, país federado em que a tributação das sociedades pode servir de base a este estudo, ou até de uma maior ou menor aproximação às eventuais formas que a UE poderia introduzir no seu seio para proceder a uma tributação das sociedades que tenham actividades transfronteiriças. Voltaremos a fazer uma breve análise a esta temática.

¹⁰⁰³ Um excerto do conteúdo do trabalho elaborado por SVEN-OLOF LONDIN e MALCOLM GAMMIE e publicado em IBFD Publications, 2001, com nove páginas, pode ser analisado no sítio da Internet da União Europeia http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/HST_book_summary.pdf.

¹⁰⁰⁴ Comisión Europea, Dirección General XXI, Fiscalidad Y Unión Aduanera, Política Fiscal, Coordinación de asuntos fiscales, Bruselas, 24 de junio de 2004, TAXUD C.1/DOC (04) 1410, versão original em inglês.

¹⁰⁰⁵ A definição de micro, pequena e média empresa esta definida na Recomendação da Comissão com o n.º 2003/361/CE, de 6 de Maio de 2003, válido a partir de 01/01/2005, em que se estabelece que é considerada:

Empresa de média dimensão: com um número de trabalhadores <250/volume de negócio até € 50 milhões ou balanço total até € 43 milhões;

Empresa de pequena dimensão: com um número de trabalhadores <50/volume de negócio até € 10 milhões ou balanço total até € 10 milhões;

Micro empresa: com um número de trabalhadores <10/volume de negócios até € 2 milhões ou balanço total até € 2 milhões.

se levar à prática a designada “*Tributação pelo Estado de Origem*”, na expressão francófona “*Imposition Selon les Règles de l'État de Résidence*”, ou na expressão anglo-saxónica de “*Home State Taxation*”, em relação às actividades transfronteiriça desenvolvidas pelas pequenas e médias no espaço comunitário, sugerindo aquele estudo que a sua aplicabilidade teria apenas e só um carácter experimental¹⁰⁰⁷, tentando-se por esta via analisar a viabilidade de tal sistema fiscal de tributação em vista até à sua aplicação a outro tipo de empresas de maior dimensão, ou seja, seria um teste a levar a cabo através de empresas de pequena e média dimensão, e por tal com uma testabilidade melhor controlável, antes de se partir para as empresas de grandes dimensões económicas e multi-localizadas.

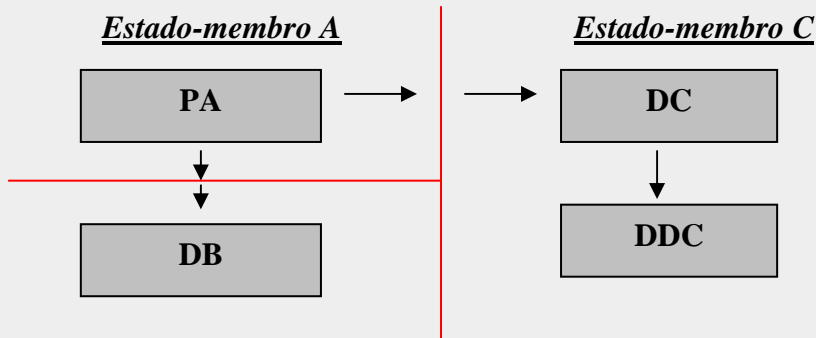
¹⁰⁰⁶ De acordo com a informação no sítio da Internet da “Direction Générale Fiscalité et Union Douanière de la Commission Européenne”, com data de 13 de Janeiro de 2006, a Comissão em 7 Julho de 2004 apresentou para apreciação no Conselho ECOFIN informal de 10 e 11 de Setembro de 2004, um “non-paper” onde expunha os seus pontos de vista sobre a criação e aplicação experimental do “sistema de tributação segundo as regras do estado de residência para as pequenas e médias empresas” que contudo não chegou a ser examinado com a profundidade que lhe seria de dispensar, ou seja, apesar de ter sido desenvolvido um trabalho exaustivo sobre uma experimentação de regras únicas aplicáveis às PME que levassem a cabo operações transfronteiriças e que se plurilocalizassem em mais que um Estado-membro, os Estados-membros, pela via do Conselho ECOFIN, não deram seguimento a este estudo que está assim suspenso *sine die*. Veja-se a informação constante no sítio da Internet da “Direction générale Fiscalité et Union douanière de la Commission européenne” acerca da temática “Imposition selon les règles de l'état de résidence pour les Petites et Moyennes Entreprises” http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/home_state_taxation/index_fr.htm.

¹⁰⁰⁷ De acordo com as informações constantes da página da Internet da Commission européenne, Fiscalité et Union douanière, Fiscalité, Fiscalité des entreprises, Imposition selon les règles de l'État de résidence (Home State Taxation), com o endereço electrónico de http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/home_state_taxation/index_fr.htm, o sistema de “...imposition selon les règles de l'État de résidence aurait un caractère facultatif aussi bien pour les États membres que pour les entreprises et prendrait la forme d'un système pilote d'une durée de cinq ans...” – (sublinhado nosso).

Descrição da a situação:

Um grupo de empresas tem a seguinte estrutura:

- Sociedade mãe **PA**, situada no *Estado-membro A*
- Filial **DB**, situada no *Estado-membro B*
- Filial **DC**, situada no *Estado-membro C*
- Sub-filial **DDC**, situada no *Estado-membro C*

**Estado-membro B****Definições:**

- As empresas **PA**, **DB**, **DC** y **DDC** podem constituir um “grupo no Estado de origem”
- O *Estado-membro A* é o “Estado de origem”
- O *Estado-membro B* é o “Estado de acolhimento” relativamente a **DB**
- O *Estado-membro C* é o “Estado de acolhimento” relativamente a **DC** y **DDC**
- Os *Estados-membros A*, *B* y *C* formalizarão a sua cooperação no projecto-piloto através dos instrumentos jurídicos, (p. e., uma “Convenção sobre o Estado de origem” ou “Acordo sobre o Estado de origem” multilateral)

* Este quadro foi elaborado a partir do conteúdo constante do “non-paper” apresentado pela Comissão, cujos elementos integrais estão descritos a pags. 4, constante no sítio da Internet http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/HST_Non-Paper_FR.pdf.

QUADRO N.º 37

O quadro supra ilustra um diagrama de funcionamento de um grupo de empresas que têm actividades em mais que um Estado-membro e foi retirado do “*Esbozo de una posible aplicación experimental del régimen de imposición según las normas del estado de origem a las pequeñas y medianas empresas*”¹⁰⁰⁸.

Os quadros que a seguir inserimos dão-nos uma perspectiva da dinâmica das PME's no espaço comunitário, quer no tocante à sua proporcionalidade do universo das empresas em exercício, quer no tocante ao volume de negócios proporcionado e, sobretudo, no manancial de trabalhadores que empregam, evidenciando-se ali o papel fulcral que este universo empresarial tem a nível da UE¹⁰⁰⁹ e, por tais factos, é

¹⁰⁰⁸ Comisión Europea, Dirección General XXI, Fiscalidad Y Unión Aduanera, Política Fiscal, Coordinación de asuntos fiscales, Bruselas, 24 de junio de 2004, *TAXUD C.1/DOC (04) 1410*, versão original em inglês, a pags. 4.

¹⁰⁰⁹ Os referidos quadros foram extraídos do documento estatístico elaborado pelo, EUROSTAT, *Statistics in focus n.º 31/2008*, Industry, trade and services, da autoria de SCHMIEMANN, MANFRED, pags. 1 e 4.

compreensível a motivação posta pela Comissão em pretender iniciar a sua experimentação da “*Home State Taxation*” por este universo empresarial, reconhecendo-se-lhes assim um papel dinamizador na economia comunitária, designadamente ao nível dos postos de trabalho que ocupa, contudo a sua pequena dimensão é um facto constrangedor à ultrapassagem das barreiras da internacionalização, ou seja, pretende-se com esta iniciativa dar-se um passo na facilitação da deslocalização transfronteiriça da actividade empresarial às PME.

GRÁFICO N.º 14

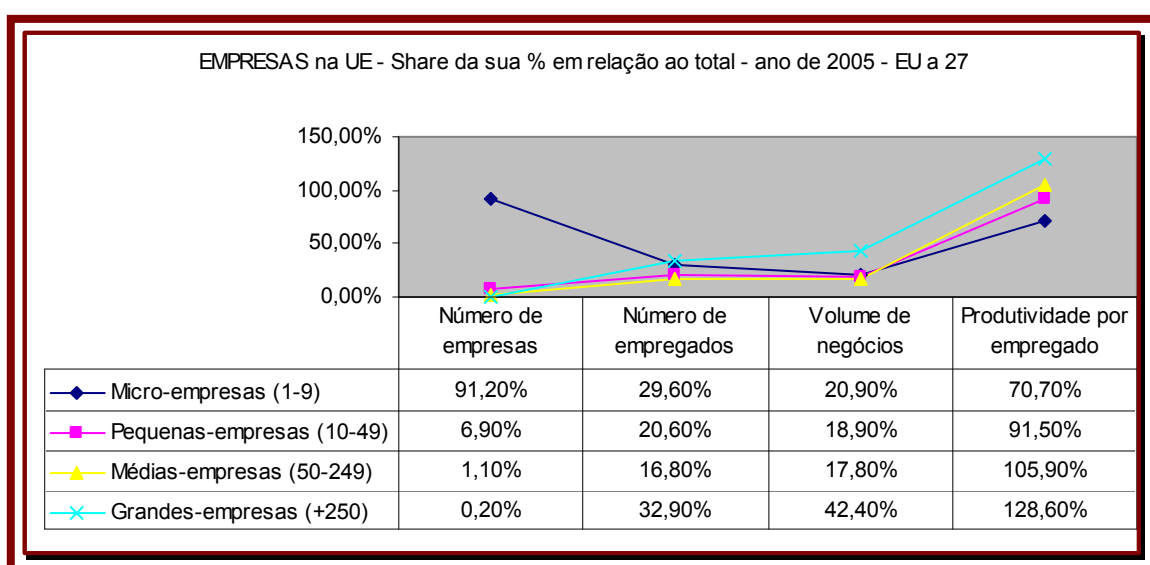
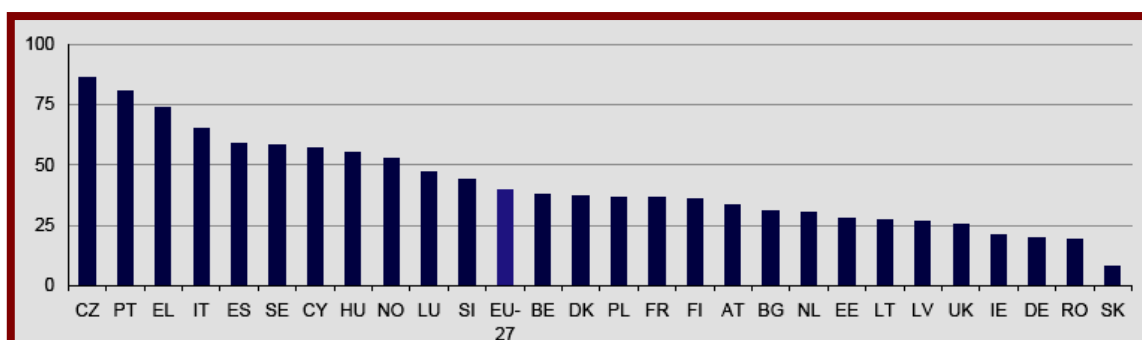


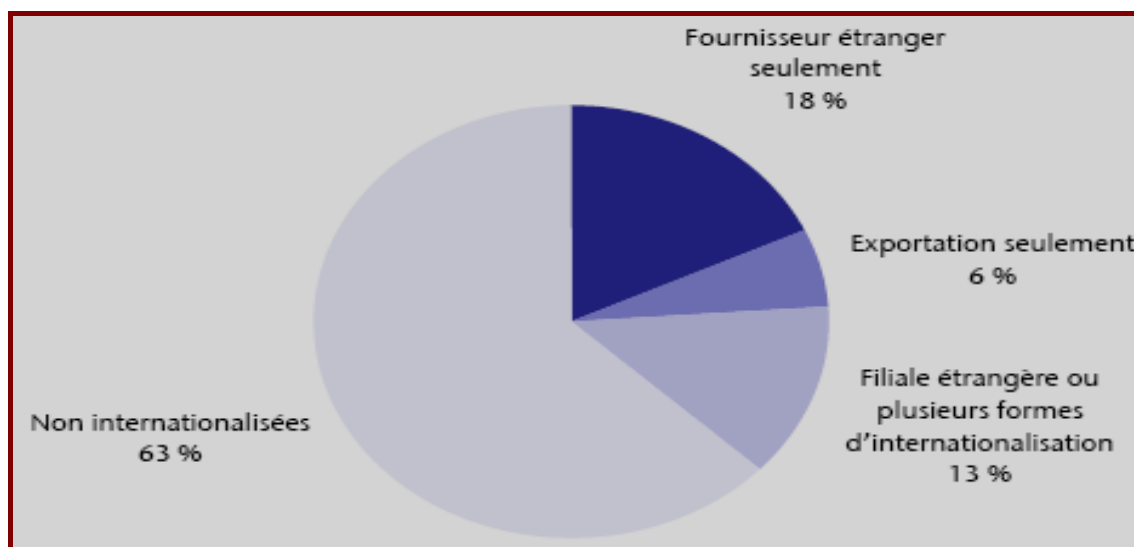
GRÁFICO N.º 15



*Este gráfico demonstra a percentagem de PMEs – extraídas as empresas financeiras – por cada mil habitantes, em 2005.

Os quadros¹⁰¹⁰ que inserimos em seguida demonstra-nos a pequena capacidade que as PME's têm em se internacionalizar, facto que a UE quer incentivar com a diminuição, entre outros, dos entraves fiscais através da criação deste regime piloto da "Home State Taxation".

GRÁFICO N.º 16

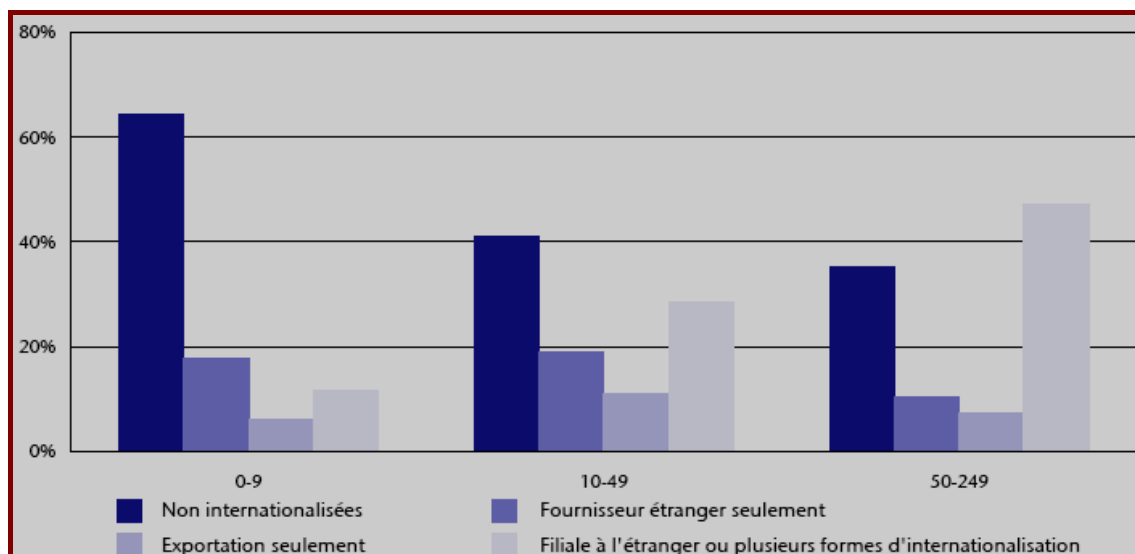


*Este gráfico demonstra a percentagem das PME's de que por alguma via procederam à internacionalização da sua actividade em relação ao ano de 2003.

Aliás se se atentar nos quadros que em seguida inserimos, a internacionalização as PME's aumenta na proporcionalidade da sua dimensão, quer quanto à frequência com que essas empresas se internacionalizam, quer quanto à percentagem do seu volume de negócios obtido pelas exportações.

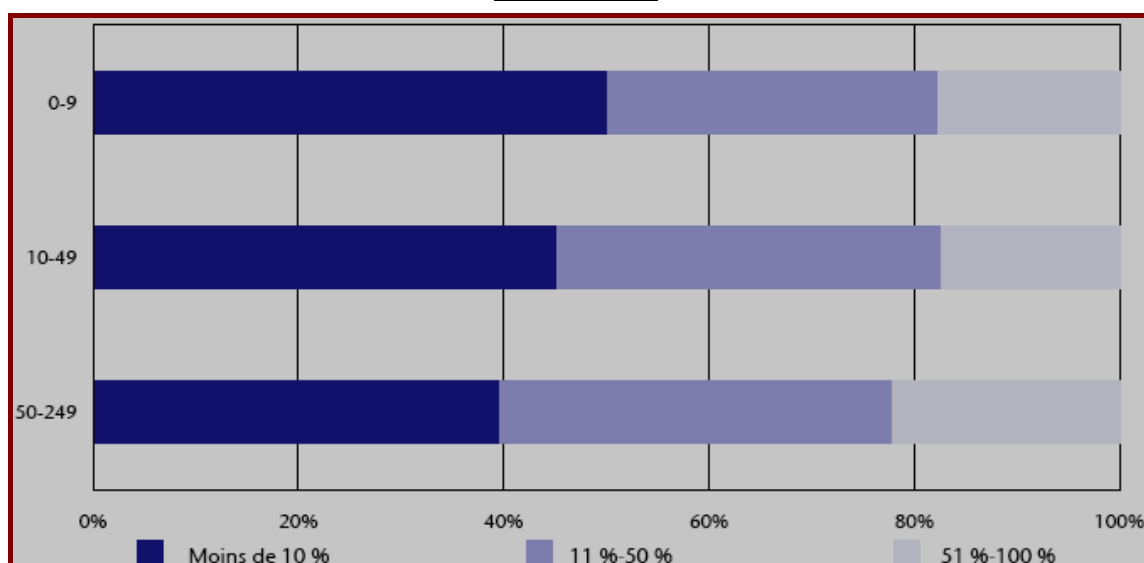
¹⁰¹⁰ Os quadro que aqui inserimos foram extraídos da publicação *L'internationalisation des PME*, N.º 4, 2003, publicado pelo Observatoire des PME européennes, 4 Direction Générale Entreprises de la Commission des Communautés Européennes, em colaboração com a "KPMG Special Services et par EIM Business & Policy Research aux Pays-Bas" e cooperação com "European Network for SME Research (ENSR) et Intomart", vejamos-se pags. 16, 20 e 21.

GRÁFICO N.º 17



**Este gráfico demonstra a frequência com que a PMEs se internacionalizaram em atenção à sua dimensão e em relação ao ano de 2003.*

GRÁFICO N.º 18



**Este gráfico demonstra a dimensão das exportações, proporcionalmente à % do valor total de negócios, em relação à dimensão da PME no ano de 2003.*

○ **Os trabalhos desenvolvidos para a Tributação pelo Estado de Origem**

Já passamos em revista as diversas formas de tributação que a UE poderia recorrer para tentar criar regras únicas de tributação do rendimento a nível do espaço comunitário gerado pelas empresas plurilocalizadas no seu espaço. Iremos agora

fazer uma breve exposição da possibilidade de utilização das regras da Tributação pelo Estado de Origem.

O regime de tributação única do rendimento segundo as regras fiscais da “*Home State Taxation*”, traduz-se na capacidade de tributação daquelas empresas implantadas em mais que um Estado-membro, ou seja, que exercem as suas actividades além fronteiras do Estado-membro em que têm a sua sede, de se submeterem a um único conjunto de regras fiscais para determinação do rendimento global de toda a sua actividade desenvolvida no espaço comunitário, regras estas que corresponderam às regras de tributação do rendimento das empresas do Estado-membro em que se localiza a sede do grupo, ou seja, pelas regras fiscais do Estado-membro onde está a sociedade-mãe ¹⁰¹¹.

O “*Home State Taxation*” tem na sua essência um reconhecimento mútuo dos sistemas de tributação do rendimento das empresas constantes dos diversos Estados-membros que em cada momento integram a UE, assumindo uma paridade de tratamento em cada um desses Estados-membros equivalente aos seus próprios sistemas tributários do rendimento e aplicáveis àquelas empresas que apenas exercem actividade interna em cada um deles. Estamos assim evidentemente num reconhecimento recíproco dos múltiplos sistemas de tributação do rendimento empresarial existentes nos Estados-membros da UE e aplicável como regime fiscal de tributação consolidado aos grupos empresariais que exerçam actividades transfronteiriças contudo, tal caminho tributário levanta algumas dificuldades que iremos passar em revista.

A proposta da Comissão sobre uma eventual aplicação do “*Tributação pelo Estado de Origem*” é orientada no sentido da sua aplicabilidade chegar apenas só até à fase da determinação da base tributável do grupo de empresas, ou da empresa, que exerce uma actividade transfronteiriça, continuando os Estados-membros envolvidos a aplicarem as suas taxas internas à parte proporcional da matéria colectável que lhes seja imputada relativamente à sua globalidade, o que acarreta logo como questão

¹⁰¹¹ Refere ANA PAULA DOURADO, *A Tributação dos Rendimentos de Capitais: A Harmonização na Comunidade Europeia*, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1996, pags. 114 e 115, que o método de tributação nos termos do qual se verifica “...o lançamento pelo Estado da fonte do rendimento total da empresa, incluindo o rendimento com fonte noutros territórios, e a subsequente distribuição de receitas entre Estados de acordo com uma regra de distribuição (...) é irrealista no plano mundial, mas o mesmo não se pode dizer de uma União Económica e Monetária...”.

fulcral à determinação dessa proporcionalidade na base tributável a sua repartição pelos Estados-membros envolvidos através da criação de uma chave de repartição para o conjunto dos Estados-membros envolvidos na actividade desse grupo de empresas, ou dessa empresa.

Além da questão fulcral da criação de uma chave de repartição da base tributável este sistema acarreta outras dificuldades, uma vez que no actual momento a UE já integra 27 Estados-membros e tal facto implica outros tantos sistemas fiscais distintos. Efectivamente para se aplicar o sistema de “*Tributação pelo Estado de Origem*” era *conditio sine qua non* que todos os sistemas de tributação sobre o rendimento das empresas a vigorarem nesses 27 Estados-membros admitissem a tributação segundo o regime específico da consolidação do grupo¹⁰¹², factor jurídico essencial para que o sistema “*Home State Taxation*” pudesse vigorar em pleno na UE, porquanto, se assim não acontecesse, introduziam-se no espaço comunitário factores distorcionadores das regras da sã concorrência que os TUE e TFUE (vide anterior TCE) impõem como base estruturante para o exercício das amplas liberdades, designadamente da liberdade de estabelecimento.

Na eventualidade de se partir para esta experiência piloto apenas com os Estados-membros que tivessem no seu ordenamento juridico-tributário o sistema de tributação consolidado do grupo de empresas, e que a ele quisessem voluntariamente aderir, este sistema de tributação levantaria ainda outras dificuldades, como seja a determinação dos critérios que se iriam estabelecer para se determinar o Estado-membro em que se deveria situar a sede da empresa ou grupo de empresas, acrescendo a isto ainda a necessidade de se criarem mecanismos jurídicos que permitissem delimitar o âmbito do grupo. Isto é, conhecerem-se as regras que nos indicariam quais as empresas, estabelecimentos estáveis, subsidiárias ou filiais que deviam integrar o grupo para cálculo da determinação da matéria colectável, ou ainda estabelecerem-se as regras de determinação das relações do grupo com entidades fora do mesmo ou com países terceiros, as dificuldades inerentes até à falta de harmonização dos distintos sistemas contabilísticos de cada um dos Estados-Membros, não olvidando toda a problemática relacionada com a aplicabilidade das Convenções de Dupla Tributação celebradas com aqueles Estados que não aderissem

¹⁰¹² Sobre os sistemas de tributação através da consolidação de resultados em vigor nos diversos Estados-membros da UE, veja-se o tema seguinte sobre a criação na UE da MCCC IS.

ao sistema e ou ainda com os Países terceiros geradores de rendimentos para o grupo.

Evidentemente que todas estas dificuldades que acabamos de expor são amplamente conhecidas da Comissão, contudo isso não a impediu de tentar incentivar os Estados-membros a levarem por diante uma experiência piloto que tem como premissa que a mesma não traga um custo significativo para os cofres dos Estados-membros que a ela aderirem, tentando-se partir para aquela experiência com a condição de ser tentada com um número limitado de grupos de empresas cuja actividade seja desenvolvida em mais que um Estado-membro, tendo também por outro lado o intuito de incentivar a deslocalização das empresas ao nível do espaço comunitário na busca de novos mercado dentro do mercado europeu.

A ponderação de todos estes factores levou a Comissão a propor que esta iniciativa começasse pelas PME's que exercessem a sua actividade em mais que um Estado-membro da UE, e assim, iremos passar resumidamente em revista o estudo que aquele órgão da UE apresentou e que pretende ultrapassar uma tributação directa por cada um dos Estados-membros em cada uma das empresas do grupo está inserida e tentar levar à prática outra modalidade de determinação da matéria colectável.

É evidente que a atitude da Comissão de iniciar a sua experimentação pelas PME's que exercem actividades transfronteiriças, baseia-se no facto de haver um reduzido número delas que desenvolvem a sua actividade além fronteiras do seu Estado-membro, sabendo igualmente que este tipo concreto de empresas é responsável pela maioria dos empregos existentes no espaço comunitário, aliás como evidenciamos no quadro que antecede, e sabendo-se igualmente que estas estruturas empresariais são as mais sensíveis aos custos de adaptação aos vários sistemas fiscais quando se lançam na internacionalização. Isto é, são nas PME's onde pesam mais os custos de contexto de adaptação a novos sistemas fiscais e, por esta via quer também aquele órgão incentivar estas estruturas empresariais à sua internacionalização europeia reduzindo-lhe desta forma os custos de adaptação.

A Comissão sugere que o sistema *"Home State Taxation"* pudesse vir a ser iniciado por aqueles Estados-membros cujos sistemas de tributação do rendimento

das empresas incorporem o regime jurídico da tributação consolidada da matéria colectável dos grupos, celebrando entre si acordos bilaterais ou multilaterais¹⁰¹³, ou então através do mecanismo da cooperação reforçada, utilizando-se assim o sistema jurídico de tributação do Estado-membro da sociedade-mãe. A divisão da matéria colectável global entre os Estados-membros envolvidos seria levada a cabo com base numa fórmula de repartição pré-estabelecida, procedendo assim cada um desses Estados-membros ao cálculo do seu imposto pelas taxas em vigor no seu ordenamento fiscal aplicadas à matéria colectável que lhes tinha sido atribuída, taxas aquelas que seriam já as taxas finais, ou seja, nela eram incluídas as partes destinadas ao Estado central, regionais, adicionais ou de qualquer espécie.

Aquele órgão da UE propõe que as regras fiscais aplicáveis ao grupo de empresas sejam aquelas que vigorarem no Estado-membro da sociedade-mãe, mas alerta aquela Comissão que também estas regras de determinação do Estado-membro da sociedade-mãe devem estar previamente muito bem definidas e, por tal, sugere que este conceito seja densificado como o local onde a sociedade-mãe tem a sua sede central ou onde está radicada a sua direcção efectiva nos dois últimos anos antes do grupo de empresas aderir ao sistema “*Home State Taxation*”, tempo este mínimo para que aqueles grupos não exercitassem a manipulação da localização da sua sede num Estado-membro em que eventualmente a determinação da matéria colectável lhes fosse mais favorável – “*rule shopping*” – ¹⁰¹⁴ e por esta via verem os seus custos fiscais diminuídos.

Assim, pretendendo a Comissão evitar o recurso por parte dos grupos de empresas ao “*rule shopping*” sugere também que o “conceito de empresas” que

¹⁰¹³ De acordo com as informações constantes da página da Internet da “Commission européenne, Fiscalité et Union douanière, Fiscalité, Fiscalité des entreprises, Imposition selon les règles de l'État de résidence (Home State Taxation)”, com o endereço electrónico de http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/home_state_taxation/index_fr.htm, a Comissão sugere que “...les États membres acceptant d'introduire le système pourraient le faire par l'intermédiaire d'un accord bilatéral ou multilatéral complétant à titre temporaire les dispositions existantes des conventions bilatérales ou multilatérales en matière de double imposition, ou par la conclusion d'une nouvelle convention multilatérale...”.

¹⁰¹⁴ Sabendo que há dois elementos fulcrais na determinação do imposto final a pagar, em que um é o(i) *modus operandi* da determinação da matéria colectável e que pode conter normas que propiciem uma maior ou menor matéria colectável e outro (ii) as taxas que se aplicam sobre a matéria colectável, que podem ser mais altas ou mais baixas, assim o produto final, ou seja o imposto a pagar, poderá ser mais ou menos elevado.

Efectivamente há Estados que tendo optado por taxas de tributação mais baixas contudo obtêm um imposto elevado uma vez que as regras de determinação da matéria colectável geram um valor grande, quando comparados com outros países que, apesar de terem taxas de tributação mais elevadas, têm contudo normas de determinação da matéria colectável que levam a que esta seja de menor valor e por tal, são susceptíveis de gerarem um menor imposto final a pagar.

integram o grupo seja antecipadamente densificado legislativamente, sugerindo que apenas poderiam ser considerados aqueles grupos em que cumulativamente as empresas que o integram tivessem uma participação mínima de, por exemplo 51%, 75%, ou de 100%, que nunca a mesma empresa poderia integrar dois grupos distintos, que este regime se aplicasse apenas a sociedades de capitais e que tal projecto deveria ter uma duração mínima de 5 (cinco) anos, prazo este minimamente razoável para avaliação do impacto desta nova forma de tributação no espaço comunitário.

Evidenciamos que a praticabilidade de um sistema de “*Tributação pelo Estado de Origem*” pressupunha à partida a necessidade de se estabelecer uma fórmula de repartição da matéria colectável global do grupo entre os Estados-membros envolvidos, e assim a Comissão fez sugestões neste campo ao indicar que se podiam utilizar factores como a massa salarial paga em cada Estado, o número de empregados aí existentes, ou em alternativa uma fórmula composta por três factores com igual representatividade, a saber, um terço da massa salarial, um terço das vendas e um terço dos activos da PME ^{1015 1016 1017 1018}.

A Comissão estava ciente que os grupos envolvidos no sistema “*Home State Taxation*” podiam integrar empresas que mantinham relações comerciais com países terceiros e por tal era necessário determinarem-se quais as relações empresariais que ficavam sujeitas àquela forma de determinação da matéria colectável. Neste sentido tomou a opção de sugerir que apenas seriam integradas neste sistema de tributação as relações empresariais praticadas pelo grupo dentro da UE e que ficariam fora do sistema todos aqueles rendimentos obtidos em países terceiros. Relativamente a estes concretos rendimentos sugere aquele órgão da UE que as regras tributárias

¹⁰¹⁵ Neste sentido veja-se PAULA ROSADO PEREIRA, *A Tributação das Sociedades na União Europeia, Entraves Fiscais ao Mercado Interno e Estratégias de Actuação Comunitária*, Almedina, Coimbra, 2004, pags.262, ao indicar que as fórmulas de imputação do lucro tributável se baseiam, em regra, numa combinação dos seguintes factores: custos, activos, salários e vendas.

¹⁰¹⁶ No sua Comunicação da Comissão “Um Mercado sem obstáculos em Matéria de fiscalidade das empresas – realizações, iniciativas em curso e desafios a ultrapassar”, *COM (2003) 726 Final*, pags 25, são indicadas algumas hipóteses de fórmulas, baseadas em níveis macroeconómicos, a nível dos Estados-Membros e a nível micro económicos, ou, seja a nível das empresas, podendo ter-se em conta uma repartição com base no valor acrescentado ou, uma repartição proporcional com base em elementos a extrair das empresas.

¹⁰¹⁷ A OCDE refere que geralmente as fórmulas de repartição utilizadas integram uma combinação de quatro factores, a saber, custos, activos, massa salarial e vendas, conforme parágrafo 3.59 em “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Ministério das Finanças, Lisboa, 2002

¹⁰¹⁸ Na explanação sobre a MCCC IS que em seguida trataremos, abordaremos com maior profundidade a temática da fórmula de repartição da matéria colectável entre os diversos Estados-membros.

aplicáveis seriam as do Estado-membro da empresa do grupo que os obtinha, facto que arrastava consigo toda a problemática de aplicabilidade das CDT existentes esses países terceiros e esses Estados-membros.

Perante a eventualidade do grupo praticar operações empresariais dentro do espaço comunitário e paralelamente haverem empresas ali integradas que obtinham rendimentos com empresas estabelecidas em Países terceiros haveria que gizar procedimentos que conduzissem à determinação de duas bases tributáveis distintas, a saber, a sociedade-mãe apresentaria uma declaração no Estado-membro competente de acordo com o sistema *“Home State Taxation”* em vista à determinação da matéria colectável de acordo com aquelas regras e onde eram englobadas todas as actividades geradas a nível da União Europeia, e paralelamente cada uma das empresas que compõem o grupo apresentariam uma declaração nos seus Estados-membros com incorporação dos factos tributários ocorridos com empresas localizadas em Países terceiros tendo em vista a sua tributação de acordo com esses sistemas fiscais. Isto é, o grupo ficaria assim sujeito a duas formas distintas de tributação para os seus rendimentos consoante a sua proveniência fosse gerada dentro do espaço comunitário ou proviesse de ligações com empresas em Países terceiros.

Em relação ao concreto objecto do nosso estudo – consequências das operações vinculadas – o sistema de *“Home State Taxation”* soluciona o problema uma vez que as operações internas não são valoradas para efeitos de tributação do rendimento, isto é, ficavam por esta via solucionados os problemas fiscais inerentes às valorações dos preços de transferência, às eventuais correcções e consequências inerentes à dupla tributação ou não tributação e às questões ligadas às eventuais correcções de prejuízos fiscais, uma vez que se se alterassem os valores das transacções praticadas por uma das empresas do grupo acarretariam consigo outra eventual correcção de sinal contrário na outra empresa vinculada, tornando assim inútil, para efeitos de tributação do rendimento tais correcções. Contudo, esta problemática apenas estaria solucionada para as operações ocorridas a nível do espaço comunitário, mantendo-se toda aquela problemática nas operações ligadas com empresas do grupo em Países terceiros, ou seja, pelo menos não sendo o problema totalmente solucionado sempre seria reduzida a sua dimensão.

Há que salientar que a opção pela determinação da matéria colectável segundo as normas de “*Tributação pelo Estado de Origem*” traria para as empresas envolvidas uma considerável redução nos custos de contexto de adaptabilidade e conformação aos sistemas fiscais em que passariam a enquadrar-se, trazendo-lhes assim uma maior simplicidade no cumprimento das suas obrigações fiscais.

Como vimos este sistema de “*Home State Taxation*” tinha a sua existência legal paralelamente com os restantes sistemas dos Estados-membros que em cada momento fizessem parte da UE, isto é, teríamos tantos sistemas fiscais quantos os Estados-membros integrados desta organização regional internacional, acrescentando-lhe mais um sistema de “*Tributação pelo Estado de Origem*” e, por tal facto, sempre poderíamos encontrar nesta nova introdução de mais um sistema de tributação um factor destorcinador da sã concorrência, isto é, a introdução no mercado comunitário de laivos de discriminação na liberdade de estabelecimento.

Efectivamente haveria assim a susceptibilidade de num mesmo Estado-membro localizarem-se duas empresas que a final contribuíram para os cofres desse Estado-membro com diferentes impostos finais, e tudo isto apesar de todos os elementos necessários ao apuramento da matéria colectável serem exactamente iguais para as duas empresas em questão, variando apenas e tão só o facto de para uma se utilizarem as normas jurídicas para a determinação dessa matéria colectável constante do sistema “*Home State Taxation*” e para as outras as regras internas desse Estado-membro.

É evidente que a partir do momento que a determinação da matéria colectável de duas empresas se faz por regras distintas o resultado final será diferente, e por via disto, há possibilidade de a final, apesar de estarem sujeitas à mesma taxa, suportarem impostos finais distintos, pelo que “teoricamente” este conjunto de regras tributárias de “*Tributação pelo Estado de Origem*” sempre poderá levar à discriminação entre empresas localizadas no mesmo Estado-membro, ou seja, sempre “teoricamente” pode levar à violação do Princípio da não discriminação que é uma das essências dos TUE e TFUE (vide anterior TCE).

É evidente que quando tentamos entrar na análise de uma eventual tributação supra estatal teremos que fazer com ela uma ligação no plano contabilístico, que as

empresas são obrigadas a possuir e gerir. É sabido que os sistemas fiscais utilizam, para levarem à prática a tributação das empresas, os dados constantes das suas contabilidades, e por tal, quando esses sistemas contabilísticos são da responsabilidade dos diversos Estados-membros e paralelamente se pretende introduzir um sistema supra estatal de tributação, seria igualmente forçoso que houvesse uma harmonização desses sistemas contabilísticos para que todas as empresas sujeitas a esse sistema jurídico de tributação supra estatal evidenciassem os factos tributários através de uma única forma contabilística.

Foi com base nesta necessidade que a Comissão através da sua Comunicação de 24.11.2003 ¹⁰¹⁹ sugeriu como ponto de partida para este estudo de aproximação das normas contabilísticas, que se tivessem em atenção as consequências que resultariam com a introdução em vigor das NIIF – *Normas Internacionais de Informação Financeira* – aplicáveis a partir de 2005 a cerca de 7000 empresas. Esta preocupação daquele órgão da UE baseia-se na consulta que levou a cabo junto de 45 contribuintes dos mais variados sectores que iriam aplicar as NIIF ¹⁰²⁰.

A Comissão menciona no seu relatório final aspectos importantes que aqueles contribuintes evidenciaram, e entre os quais sobressai um elevado número dos inquiridos que considerou a sua situação financeira fundamentada nas IAS seria o único ponto de partida comum, lógico e neutro, para que a União Europeia implementasse um sistema de determinação de uma matéria colectável única ¹⁰²¹.

¹⁰¹⁹ Comunicação da Comissão “Um Mercado sem obstáculos em Matéria de fiscalidade das empresas – realizações, iniciativas em curso e desafios a ultrapassar”, COM (2003) 726 Final, pags 18 e ss.

¹⁰²⁰ Para um conhecimento exaustivo das Normas Internacionais de Relato Financeiro (IFRS) em vigor na UE vejam-se: “REGULAMENTO (CE) N.º 1606/2002 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 19 de Julho de 2002 relativo à aplicação das normas internacionais de contabilidade” e “REGULAMENTO (CE) N.º 1126/2008 DA COMISSÃO de 3 de Novembro de 2008 que adopta determinadas normas internacionais de contabilidade nos termos do Regulamento (CE) N.º 1606/2002 do Parlamento Europeu e do Conselho”. Atente-se que este último Regulamento apresenta como sua primeira justificação o seguinte: “De acordo com o Regulamento (CE) n.º 1606/2002, em relação a cada exercício financeiro com início em ou depois de 1 de Janeiro de 2005, as sociedades regidas pela legislação de um Estado-Membro cujos títulos são negociados publicamente devem, em determinadas condições, elaborar as suas contas consolidadas em conformidade com as normas internacionais de contabilidade, na acepção do artigo 2.º do mencionado regulamento” (sublinhado nosso), ou seja, a necessidade da transparência internacional a sobrepor-se aos interesses individuais.

¹⁰²¹ O relatório da consulta pode ver-se na página da Internet da União Europeia sob a Web “fiscalité des entreprises”, sob o título, *Rapport de synthèse sur les résultats de la consultation publique organisée par la DG «Fiscalité et union douanière» et concernant l'application des normes comptables internationales (IAS) en 2005 et ses conséquences en ce qui concerne l'instauration d'une base d'imposition consolidée pour les activités transeuropéennes des sociétés commerciales*, em que a pags 3 é afirmado que “...Plusieurs considèrent les états financiers fondés sur les IAS comme le seul point de départ commun logique et neutre d'une base d'imposition commune...”.

Em face desse estudo levado a cabo pela Comissão, este órgão da UE analisou as abordagens feitas por aqueles contribuintes para daí extrair as seguintes conclusões que aqui reproduzimos integralmente:¹⁰²²

- “...A dependência contabilística é um elemento essencial do conceito de matéria colectável comum, independentemente de resultar ou não das NIIF, pelo que deveria ser objecto de uma análise mais aprofundada...”;
- “...Embora o fundamento para o estabelecimento de uma matéria colectável comum continue por definir, as contas elaboradas em conformidade com as NIIF fornecem um ponto de partida útil e neutro para a discussão dos aspectos fiscais. Como ponto de partida comum a nível da UE os trabalhos técnicos aprofundados poderão, pois, utilmente basear-se nas NIIF...”;
- “...Ainda que se verifique que deveria ser privilegiada uma outra abordagem para o estabelecimento de uma matéria colectável comum, os trabalhos realizados neste âmbito NIIF não deixarão de ser pertinentes...”¹⁰²³.

○ **Conclusão**

Como mera nota em jeito de conclusão é para nós evidente, aliás como já acima referimos, que a opção por uma tributação global das empresas que exercem actividades transfronteiriças por se encontrarem integradas em grupos localizados em mais que um Estado-membro traria vantagens em vista à eliminação dos efeitos fiscais nefastos que resultam das operações vinculadas e da aplicabilidade de todo o regime jurídico internacional inerente à temática dos preços de transferência¹⁰²⁴ mas, uma eventual introdução de um sistema unificado de determinação da matéria colectável

¹⁰²² Ver Comunicação da Comissão “Um Mercado sem obstáculos em Matéria de fiscalidade das empresas – realizações, iniciativas em curso e desafios a ultrapassar”, COM (2003) 726 Final, pags 24, sob a epígrafe “Conclusões relativamente a esta secção.”

¹⁰²³ Sobre a multiplicidade de sistemas contabilísticos existentes nos diversos Estados-membros da UE e os problemas gerados às PME é plenamente reconhecido no *FINAL REPORT OF THE EXPERT GROUP ACCOUNTING SYSTEMS FOR SMALL ENTERPRISES – RECOMMENDATIONS AND GOOD PRACTICES*, November 2008, consultável no sítio da Internet da “European Commission Enterprise and Industry Directorate-General – Promotion of SMEs’ competitiveness” – http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/craft/accounting/doc/accounting_systems_report.pdf. Na parte que em seguida dedicaremos à análise da MCCC IS faremos referência a esta concreta situação.

¹⁰²⁴ Neste sentido veja-se PAULA ROSADO PEREIRA, *A Tributação das Sociedades na União Europeia – Entraves Fiscais ao Mercado Interno e Estratégias de Actuação Comunitária*, Almedina, Coimbra, 2004, pags.251, quando afirma que “...o princípio da tributação unitária ou global apresenta, em suma, a considerável vantagem de permitir resolver as questões de preços de transferência, ultrapassando simultaneamente as dificuldades que se levantam no tocante à aplicação do princípio do preço de plena concorrência [que é o] elemento basilar no contexto da tributação das empresas como entidades separadas...”

nível da União Europeia deveria ser também acompanhada, tanto quanto possível, da consequente unificação contabilística¹⁰²⁵, porquanto, é daqui que se extraem os elementos necessários ao conhecimento das realidades fiscais.

Como referimos em nota de rodapé logo no início da apresentação desta concreta temática, a Comissão desde a sua apresentação, em 7 Julho de 2004, ao Conselho ECOFIN informal de 10 e 11 de Setembro de 2004 de um “non-paper”, que não tem prosseguido com os estudos e iniciativas necessários à eventual implementação na UE do Sistema de Tributação pelo Estado de Origem para as PME's, prossequindo, contudo, os seus esforços no estudo sobre a Tributação de Base Comum Consolidada a Nível da União Europeia, que em seguida iremos analisar e em que trataremos de forma algo mais aprofundada algumas das questões aqui equacionadas.

v. Tributação de Base Comum Consolidada a Nível da União Europeia

o Introdução

Está em estudo na UE um sistema fiscal que tem em vista a criação originária de uma Tributação de Base Comum Consolidada a Nível da União Europeia, – também designado pela expressão anglo-saxónica “*Common Consolidated Tax Base*”, ou na expressão francófona de “*Assiette commune consolidée pour l'impôt des sociétés*” –, e cujo fim em vista é permitir que um grupo de empresas plurilocalizadas no espaço comunitário seja submetido a um único conjunto de regras fiscais para determinação da base tributável relativamente às suas diversas actividades desenvolvidas nos Estados-membros da UE, permitindo-se em seguida a sua repartição pelos Estados-membros envolvidos em vista à aplicabilidade das suas taxas internas e consequente cobrança dos impostos a si devidos¹⁰²⁶.

¹⁰²⁵ Sobre a necessidade de unificação a nível internacional de critérios contabilísticos, reconhece a OCDE, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Ministério das Finanças, Lisboa, 2002, parágrafo 3.70, que se “...suscitam igualmente dificuldades relacionadas com a determinação das vendas realizadas por cada membro [e] essas dificuldades são acrescidas pela existência, nos territórios que relevam da competência das diversas autoridades fiscais, de normas contabilísticas (...) diferentes [pelo que] há que harmonizar as normas contabilísticas entre todos os países, se se quiser calcular correctamente os lucros do grupo multinacional no seu conjunto...”.

¹⁰²⁶ Acerca da necessidade de harmonização e coordenação no âmbito fiscal a nível da UE veja-se POMP, RICHARD e LUCAS MAS, MAYRA O., “La Tributación Multiestatal De Sociedades En Estados Unidos (Una introducción al modelo de articulación entre sistemas tributarios estatales del mercado norteamericano)”, *Cronica Tributaria*, Num. 122/2007, pag.s 138, quando afirma que “En el ámbito

O estudo desta solução a nível do espaço comunitário está a cargo do “Grupo de Trabalho para uma Matéria Colectável Comum Consolidada do Imposto sobre as Sociedades”, doravante também designada por GT MCCC IS, – ou na expressão anglo-saxónica “Common Consolidated Corporate Tax Base Working Group – CCCTB WG”, ou na expressão francófona “Groupe de Travail sur une Assiette Commune Consolidée pour l'Impôt des Sociétés – GT ACCIS” –, integrado por especialistas dos vinte e sete Estados-membros e por elementos representativos dos Serviços da Comissão^{1027 1028}. Contudo, se se analisarem as actas das diversas reuniões vão sendo ali integrados, entre outros, académicos, especialistas integrantes de diversificadas associações empresariais, representantes de associações contabilísticas, do secretariado da OCDE, especialistas de países terceiros, como por exemplo os EUA. Ou seja, tentam-se colher a maior diversidade de contributos possíveis de forma a habilitar a Comissão a formular um eventual “quadro legal” que venha a ser proposto como possível solução da tributação consolidada das sociedades na UE¹⁰²⁹.

européen, la acción de armonización y coordinación en el ámbito de la fiscalidad se justifica por el fin global establecido en los Tratados constitutivos de suprimir entre los Estados miembros, los derechos de aduanas, así como cualesquiera otras medidas de efecto equivalente, así como de garantizar que la competencia no sea falseada en el mercado interior”.

¹⁰²⁷ Para um conhecimento generalizado sobre o “Contexto”, as “Informações úteis acerca do grupo de trabalho para a matéria colectável comum consolidada de imposto sobre as sociedades”, assim como as “Reuniões” que já foram realizadas por este GT MCCC IS, veja-se o sítio da Internet da “Direction Générale Fiscalité et Union Douanière de la Commission Européenne”, actualizado até 17/04/2008, http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/common_tax_base/index_fr.htm#practical.

¹⁰²⁸ Na informação genérica constante da página da Internet da “Direction Générale Fiscalité et Union Douanière de la Commission Européenne”, é plenamente assumido que os especialistas dos diversos Estados-membros apenas integram o GT MCCC IS nessa qualidade e por tal a sua função é eminentemente técnica e nunca tem subjacente qualquer carácter político, ou seja, é plenamente assumido que as posições daqueles especialistas nunca vinculam os Estados-membros de que provêm e, por tal, isso significa que não é por tal facto que os Estados-membros ficam politicamente obrigados a aplicar as eventuais regras que dali venham a sair.

¹⁰²⁹ Um quadro elucidativo sobre a diversidade de participantes nas discussões do GT MCCC IS é-nos dado pelo excerto do texto extraído do “Relatório da Reunião” levada a cabo por aquele GT, havida em 10 e 11 de Dezembro de 2007, e que reproduzimos: “Participant à la réunion les représentants des organisations suivantes: l'AMCHAM UE (Chambre de commerce américaine), le CEA (Comité européen des assurances), le CEPS (Centre for European Policy Studies), la CFE (Confédération fiscale européenne), l'EATLP (Association européenne des professeurs de droit fiscal), l'EBIT (European Business Initiative on taxation), Eurochambres (Association des chambres européennes de commerce et d'industrie), la FBE (Fédération bancaire européenne), la FEE (Fédération des experts comptables européens), l'UEAPME (Union européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises), Business Europe et le secrétariat de l'OCDE. En outre, plusieurs experts spécialisés dans les mécanismes de répartition en provenance des États-Unis et de l'Union européenne sont invités et tous les EM sont présents. La réunion est présidée par les SC” (sublinhado nosso). Veja-se este trecho do relatório no ponto 2 do item « I. OUVERTURE DE LA RÉUNION », da “Compte rendu, établi par la présidence, de la réunion du groupe de travail sur une assiette commune consolidée pour l'impôt des sociétés”, que ocorreu em “Bruxelles les 10 et 11 décembre 2007” e constante do doc. CCCTB/WP/64/fr, Commission Européenne Direction Générale Fiscalité et Union Douanière Analyses et Politiques Fiscales, Groupe de travail ACCIS, Bruxelles, le 4 mars 2008. Ou seja, fica assim bem demonstrada a participação multidisciplinar que aquele Grupo de Trabalho pretende abranger com a inclusão tão ampla e variadas sensibilidades implicadas nos temas em debate.

O objectivo primeiro deste GT MCCC IS, que se traduz como já dissemos num estudo puramente técnico, isto é, arredado de quaisquer influências políticas, tem em vista, entre outros aspectos, sugerir um conceito para o que será a MCCC IS, examinar e propor os seus princípios basilares estruturantes, indicar quais serão os elementos estruturantes que fundamentarão a determinação da MCCC IS, criar os mecanismos de repartição entre os diversos Estados-membros implicados concretamente na MCCC IS relativamente às sociedades que exercem actividades plurilocalizadas em mais que um Estado-membro, sugerir os mecanismos administrativos para a aplicabilidade prática da MCCC IS.

Isto é, pretende a Comissão colher ali um estudo fundamentado que lhe permita sugerir ao Conselho que adopte, evidentemente por unanimidade, uma forma única de determinação da MCCC IS em todas as suas vertentes, quer dos sujeitos activos e passivos desta relação jurídico-tributária, quer do direito delimitador dos factos jurídicos conducentes à determinação da “Matéria Colectável Comum Consolidada do Imposto sobre as Sociedades”, quer do direito aplicável para a repartição daquela MCCC pelos Estados-membros interessados, quer do direito aplicável às formas de reacção judicial e administrativa que as sociedades possam utilizar para reagir contra os actos administrativos, quer o direito aplicável de cariz sancionatório, sob uma perspectiva de sanções administrativas e judiciais, quer o direito delimitador do exercício das competências administrativas nas relações procedimentais entre os Estados-membros e as sociedades, ou entre os Estados-membros entre si^{1030 1031}.

¹⁰³⁰ Esta intenção é plenamente assumida pela Comissão em múltiplos documentos por si elaborados ao longo de anos e sumariamente densificada na breve exposição que faz na página da Internet da “Direction Générale Fiscalité et Union Douanière de la Commission Européenne”, actualizado até 17/04/2008,

http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/common_tax_base/index_fr.htm#practical.

¹⁰³¹ O conteúdo do mandato que foi dado ao GT MCCC IS pela Comissão, com intuito explícito que esta tivesse um estudo capaz de suportar a apresentação, entre outros, junto do Conselho da adopção de uma MCCC IS a utilizar por todos os Estados-membros, está bem evidenciado no “Projet de programme de travail du Groupe de travail Assiette Commune Consolidée pour l’Impôt des Sociétés «GT ACCIS»”, relativo à sua, “Réunion du mardi 23 novembre 2004”, doc. ACCIS/GT\003\doc\fr, Bruxelles, le 26 octobre 2004, pags. 2 e 3, quando ali expressamente se elenca o conteúdo que deve ser alcançado a final por aquele Grupo de Trabalho, e que a seguir transcrevemos para demonstrarmos a ambição daquele órgão da UE, senão vejamos.

Elencados através de quatro itens, aquele GT MCCC IS propõem-se alcançar:

“I - Principes fiscaux généraux: à utiliser pour orienter le développement d’une ACCIS et pour évaluer le traitement des différents éléments structurels

Par exemple – Principes économiques généraux pouvant servir de critères, par exemple: équité, efficience, efficacité, simplicité, certitude et transparence, bien-être économique et distorsion, et Principes de comptabilité fiscale tels que: évaluation et mesure des actifs et des passifs, séparation des actifs et des passifs (absence de compensation), date de comptabilisation des produits et des charges, importance relative, prééminence de la substance sur la forme, prudence, distinction possible entre dépenses en capital et dépenses d’exploitation;

II - Éléments structurels traditionnels de l’assiette

O mandato inicial deste GT MCCC IS tinha uma duração prevista de três anos e com uma previsão de quatro reuniões anuais, depositando a Comissão naquele GT uma esperança em alcançar para o espaço comunitário quatro objectivos essenciais e relacionados com a tributação das sociedades, como entes jurídicos capazes de desenvolver e incentivar o crescimento económico-financeiro no espaço comunitário, conseguindo, por esta por via:

(i) Eliminareм quaisquer obstáculos que a tributação societária incorporasse e que fossem potenciadores da criação de entraves à eficácia e ao bom funcionamento do mercado interno;

(ii) Identificar todos aqueles possíveis elementos necessários à implementação de uma matéria colectável comum consolidada do imposto sobre as sociedades, as quais deveriam ter sempre como escopo, ou linha de horizonte, a melhoria da competitividade internacional das sociedades europeias, de forma a transformá-las em sociedades capazes de responderem as necessidades económicas do século XXI;

(iii) Conseguirem-se reduzir os constrangimentos administrativos, quer para as sociedades, quer para as administrações fiscais, de modo que os mesmos tivessem um efeito redutor dos custos de contexto existentes pela prática de actividades empresariais transfronteiriças e, por último;

(iv) Que fossem criados mecanismos para que os Estados-membros fossem capazes de preservar os seus legítimos interesses financeiros, sobretudo, que fossem criados mecanismos tendentes, senão à total eliminação, pelo menos à redução das possibilidades de evasão e fraude fiscais pelas empresas que se encontram plurilocalizadas no espaço comunitário.

Isto é, incentivar à europeização das sociedades de modo a que elas actuem no seu “espaço natural”, que é o espaço comunitário, mas que a criação de uma MCCC não lhes sirva para criarem entraves às administrações fiscais e ao seu direito aos

Par exemple – Types d'actifs, et taux et méthodes d'amortissement fiscalement deductible Voir également IAS 16, 36, 37 et 38 – Provisions - Plus-values - Stocks – Dépenses - Pertes - Dividendes inter-sociétés - Règles comptables fiscales - Fusions et acquisitions - Incitations spéciales, par exemple recherche et développement;

III - Éléments additionnels d'une assiette commune consolidée

Méthode de consolidation - Cadre juridique et administratif, y compris audit, etc. - Régime antifraude (y compris législation sur les sociétés étrangères contrôlées) - «Waters Edge» – Définitions et règles pour délimitation UE/non UE - Conventions de double imposition - UE et non UE (et participants UE et non-participants UE) - Mécanisme de répartition de l'assiette consolidée entre les États membres

IV - Application de l'assiette commune consolidée

Implications techniques d'une mise en oeuvre partielle par les États membres (cooperation renforcée) Obligatoire ou facultative - Restriction à certaines catégories d'entreprise, par exemple selon la taille, le secteur, etc.”

tributos de imposto societário, e por via disso, a especial referência que é feita á necessidade de eliminação da evasão e fraude fiscais ^{1032 1033 1034}.

¹⁰³² Os amplos objectivos que o GT MCCC IS deve alcançar estão também bem evidenciados no “Mandato” que a Comissão gizou e que constam do Doc. ACC/IS/GT/002\doc\fr, Bruxelles, le 26 octobre 2004, pags. 2.

¹⁰³³ O GT MCCC IS já concretizou até hoje treze reuniões que evidenciamos no seguinte quadro:

GT MCCC IS – Reuniões e data da sua realização													
Reunião	1. ^a	2. ^a	3. ^a	4. ^a	5. ^a	6. ^a	7. ^a	8. ^a	9. ^a	10. ^a	11. ^a	12. ^a	13. ^a
Data	23/11 2004	10/03 2005	02/06 2005	23/09 2005	7 e 8/12 2005	09/03 2006	01 e 02/06 2006	12/09 2006	12 e 13/12 2006	13/03 2007	27 e 28/09 2007	10-11- 12/12 2007	14 e 15/04 2008

QUADRO N.º 38

De acordo com o “Relatório” organizado pelo GT MCCC IS a reunião havida no passado dia 14 e 15 de Abril de 2008 foi a última que este GT levou a cabo, aliás, é patente naquele “Relatório” as dissintonias havidas entre os especialistas dos Estados-membros, o Presidente do GT e os Serviços da Comissão, uma vez que os representantes dos Estados-membros pretendiam continuar com a feitura de mais reuniões, enquanto que o seu Presidente e os Serviços da Comissão entendiam que os trabalhos até então realizados eram já uma boa proposta de trabalho para a Comissão, chegando o Presidente a chamar a atenção aos especialistas que o objectivo daquele GT mais não era do que ser um suporte técnico para a Comissão e não de assumirem o papel de representantes dos Estados-membros na negociação de qualquer compromisso final, ou seja, é bem evidenciado pelo Presidente do GT que os especialistas integrantes daquele GT estavam ali apenas e só nessa qualidade de “pessoas do saber” e não como representantes dos Estados-membros que politicamente assumissem ou intercedessem em favor dos seus Estados-membros, parte esta que apenas se enquadraria noutros patamares dos órgãos da União Europeia. Não resistimos à tentação de transcrever na íntegra o excerto daquele “Relatório” e que é evidenciador dos conflitos que acarreta o facto de a tributação estar a cargo do Conselho, por unanimidade, ou dito de outra forma, cada Estado-membro tenta para fazer valer as suas opiniões pretendendo com isso nunca “perder” posições que entenda que lhe são mais favoráveis. Veja-se este excerto: “...*Certains experts demandent que d'autres réunions aient lieu avant toute présentation d'une proposition. D'autres, tout comme les SC, considèrent qu'il n'est pas nécessaire d'organiser d'autres réunions. Les SC font remarquer que les EM qui réclament des réunions supplémentaires sont justement ceux qui ont le moins contribué aux cours des précédentes réunions. Le président confirme donc qu'aucune autre réunion du groupe de travail technique ne sera organisée. Par ailleurs, il rappelle également aux experts que l'objectif du GT est d'apporter aux SC une assistance technique et non de négocier un accord en tant que représentant des EM...*”. Atente-se, inclusive, que os Serviços da Comissão tiveram até que chamar à atenção para alguns representantes de Estados-membros de que até tinham sido muito pouco colaboradores durante todo aquele processo, contudo, queriam agora continuar a levar aqueles encontros *ad aeternum*, isto é, até que conseguissem valer as suas posições dentro do GT. Veja-se a página da “Direction Générale Fiscalité et Union Douanière de la Commission Européenne”, actualizado até 17/04/2008, da Internet no sítio http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/common_tax_base/index_fr.htm#practical, e o “Relatório” do GT MCC IS, de 15 e 15 de Abril de 2008, doc. CCCTB/WP/68/fr, Bruxelas, 2 de Juillet 2008, pags. 13, ponto n.º 77.

¹⁰³⁴ A complexidade da criação de uma “legislação” comunitária que proceda à determinação da matéria colectável dos grupos que no espaço comunitário desenvolvam as suas actividades é de tal forma complexa, que o GT MCCC IS teve que se desdobrar em vários subgrupos com especiais incumbências de tratarem de assuntos específicos e, há medida que o tempo de análise foi avançando, houve até necessidade de se criarem novos subgrupos, facto este demonstrativo da complexidade do tema em debate. Assim, inicialmente foram constituídos quatro subgrupos para tratarem dos temas de (i) ativos e depreciações, (ii) provisões e reservas, (iii) rendimento tributável, (iv) aspectos internacionais, contudo, posteriormente e em face do desenvolvimento dos estudos em curso foi necessário criarem-se mais dois subgrupos que ficaram incumbidos de se debruçarem sobre (v) a tributação dos grupos e (vi) sobre os mecanismos de repartição. Neste sentido vejam-se as afirmações da Comissão, COM (2007) 223 final, Bruxelas, 02.05.2007, pags.4, item 2.1.

○ **Os trabalhos desenvolvidos pelo GT MCCC IS**

Com a finalidade de apresentação à Comissão de um provável “quadro normativo integral” em vista à disciplinação, em todas as suas vertentes, da determinação da “Matéria Colectável Comum Consolidada do Imposto sobre as Sociedades” na UE, foram, essencialmente, gizados três documentos e consequentemente debatidos nas reuniões a nível do GT, cujo escopo final era trazer à discussão os aspectos essenciais, ou pelo menos mais relevantes, sobre:

(i) Um quadro técnico orientador, quer da constituição dos Grupos societários enquadráveis, quer sobre os “normativos” disciplinadores da determinação da matéria colectável comum consolidada, quer das relações que devem ser estabelecidas com as fontes dos rendimentos, isto é, os rendimentos provenientes de actividades oriundas exclusivamente do espaço comunitário e aqueles que provêm simultaneamente de actividades dentro da UE e com países terceiros¹⁰³⁵;

(ii) Um quadro técnico disciplinador da repartição entre os Estados-membros envolvidos da matéria colectável comum consolidada em vista à tributação por cada um deles da matéria colectável correspondente, com a consequente arrecadação do seu imposto¹⁰³⁶;

(iii) Um quadro técnico sobre um conjunto de “regras” disciplinadoras da tramitação administrativo-fiscal dos procedimentos necessários às partes envolvidas – Grupos societários e administrações fiscais – e necessários à iniciação, condução e conclusão dos procedimentos administrativos que toda esta temática implica, nomeadamente, quem deve ser considerada a autoridade fiscal principal com quem os contribuintes principais se relacionaram, evitando-se desta forma a pulverização de tais entidades e suas consequências nefastas¹⁰³⁷.

¹⁰³⁵ Para um conhecimento exaustivo do documento elaborado sobre toda esta temática, e que tinha em vista a sua discussão pelo GT MCCC IS na sua reunião de 27 e 28 de Setembro de 2007, veja-se o Doc. *ACCIS/WP057\doc\fr*, Bruxelles, le 26 juillet 2007, sob a epígrafe “ACCIS: ébauche d’un cadre technique”.

¹⁰³⁶ Para um conhecimento exaustivo do documento elaborado sobre toda esta temática, e que tinha em vista a sua discussão pelo GT MCCC IS na sua reunião de 10, 11 e 12 de Dezembro de 2007, veja-se o Doc. *CCCTB/WP060\doc\fr*, Bruxelles, le 13 novembre 2007, sob a epígrafe, “ACCIS: ébauche d’un mécanisme de répartition”;

¹⁰³⁷ Para um conhecimento exaustivo do documento elaborado sobre toda esta temática, e que tinha em vista a sua discussão pelo GT MCCC IS na sua reunião de 10, 11 e 12 de Dezembro de 2007 veja-se o Doc. *ACCIS/WP061\doc\fr*, Bruxelles, le 13 novembre 2007, sob a epígrafe, “ACCIS: ébauche d’un cadre administratif”.

○ **Âmbito de aplicação da MCCC IS**

– **Âmbito Subjectivo**

A Comissão pretende com a criação da MCCC IS que esta seja aplicada às sociedades que desenvolvam a sua actividade em mais que um Estado-membro da UE, isto é, desde que em mais que um Estado-membro uma sociedade esteja implantada, independentemente da forma jurídica que tenha adoptado, designadamente quer seja pela integração num grupo de sociedades, quer seja pela criação de uma filial, sucursal, ou estabelecimento estável, ou seja, pretende aquele órgão da UE criar com esta forma de determinação unitária na UE da matéria colectável comum consolidada que toda a actividade desenvolvida na UE pelas sociedades seja ali integrada, e por tal, a Comissão terá *ab initio* que definir quais os contribuintes ali enquadráveis¹⁰³⁸.

O âmbito de incidência subjectiva está em estudo e aquele órgão da UE tem em mente várias alternativas, evidenciadas, nomeadamente, no estudo que concretamente foi elaborado para este efeito “ébauche d’un cadre technique”¹⁰³⁹.

São ali patentes as hipóteses lançadas a debate e partindo-se até de uma provável enumeração na directiva dos tipos societários que fiquem enquadráveis, sugerindo-se que a aplicabilidade da MCCC seja também aplicável a sociedades residentes em países terceiros e que se integrem naqueles tipos societários que desenvolvam as suas actividades num Estado-membro da UE, nomeadamente, através de um Estabelecimento Estável.

Assume-se naquele documento que as sociedades enquadráveis na MCCC IS podem sê-lo enquanto tal por se integrarem num grupo societário, podem sê-lo por serem residentes num Estado-membro e desenvolvem a sua actividade em mais que

¹⁰³⁸ Reiteradamente a Comissão assume, aliás há longos anos a esta parte, que o mercado único é o mercado natural das empresas que nele exercem a sua actividade e por tal tem assumido aquele órgão que “...l’objectif de l’ACCIS est de supprimer les entraves au bon fonctionnement du marché unique qui résultent des régimes d’imposition sur les sociétés et non d’intensifier la concurrence fiscale...”, aliás como expressamente vem descrito no item 67 do doc. *CCCTB/WP060\doc\fr* Bruxelles, le 13 novembre 2007, “ACCIS: ébauche d’un mécanisme de répartition”, Réunion des 10, 11 et 12 décembre 2007, pages. 18.

¹⁰³⁹ O documento de trabalho que nos referimos tem a epígrafe de “ACCIS : ébauche d’un cadre technique”, *Doc. ACCIS/WP057\doc\fr*, Bruxelles, le 26 juillet 2007, Réunion des jeudi 27 et vendredi 28 septembre 2007.

um Estado-membro, podem sê-lo porque são não residentes – quer sociedades não residentes, quer sociedades-mães não residentes – porque na UE desenvolvem actividades através de entidades previstas numa das diversas formas jurídicas permitidas. Isto é, pretende-se com aquelas regras encontrarem-se os eventuais contribuintes – pessoas jurídicas – que sejam sujeitos às regras únicas de determinação da matéria colectável comum consolidada aplicáveis a todo o espaço comunitário¹⁰⁴⁰.

Pelos estudos que até agora foram desenvolvidos, podemos considerar que as entidades jurídicas que se enquadrarão naquela MCCC IS serão:

- (i) As sociedades residentes na UE que desenvolvam a sua actividade em mais que um Estado-membro;
- (ii) Os grupos de sociedades residentes na UE e que desenvolvam a sua actividade em mais que um Estado-membro;
- (iii) E aquelas entidades jurídicas referidas anteriormente que não sejam consideradas residentes na UE mas que aqui desenvolvam a sua actividade pelas formas legalmente permitidas¹⁰⁴¹.

Isto é, aquilo que a Comissão pretende fazer é criar regras comuns para a determinação de uma matéria colectável comum consolidada que permitam aquelas entidades jurídicas uma maior facilitação nas actividades transfronteiriças, à movimentação dos factores de produção, ao exercício da liberdade de estabelecimento, ao investimento directo estrangeiro e por esta via também à movimentação da liberdade de capitais.

¹⁰⁴⁰ No *Doc. ACCIS/WP057\doc\fr*, Bruxelles, le 26 juillet 2007, sobre a “ACCIS: ébauche d’un cadre technique”, os Serviços da Comissão elencam, não de forma exaustiva, um conjunto de situações com potencialidades de enquadrarem contribuintes com capacidade de verem a sua situação tributária integrada na MCCC IS em virtude de exercerem actividades em mais que um Estado-membro. Vejam-se os exemplos constantes do ponto 6 do item II. Structure de base du document, a pags. 4, em que se elencam as seguintes hipóteses:

“...i) les sociétés non membre d’un groupe résidentes d’un EM de l’UE; ii) un ES unique dans l’UE d’une société ne résidant pas dans l’UE; iii) une société résidente non membre d’un groupe avec un ou plusieurs ES dans l’UE; iv) une société ne résidant pas dans l’UE ayant plusieurs ES dans l’UE; v) un groupe de sociétés dont les sociétés apparentées sont détenues à concurrence de > 20 % mais < 50 %; vi) un groupe de sociétés dont des sociétés apparentées, bien que détenues à concurrence de plus de 50 %, ne sont pas consolidées fiscalement (> 50 % mais < 75 %), et vii) les sociétés consolidées fiscalement (> 75 %)

¹⁰⁴¹ Os Serviços da Comissão no *Doc. ACCIS/WP057\doc\fr*, Bruxelles, le 26 juillet 2007, sobre a “ACCIS: ébauche d’un cadre technique”, ponto 6, item II. Structure de base du document, a pags. 4 vêm esclarecer as diferenças que atribuem às variadas detenções do capital, com direito a voto, que as sociedades possam deter entre si, esclarecendo que consideram as detenções de capital entre > 20% e ≤ 50% como sociedades interligadas (aparentadas), > 50% e ≤ 75% como integradas num grupo, mas sem hipótese de integração na consolidação da matéria colectável comum e > 75% como sociedades integrantes num grupo cuja matéria comum colectável será consolidada.

Para que seja possível utilizarem-se os mecanismos jurídicos da MCCC IS, é necessário que haja um domínio mínimo de 75% do capital entre as sociedades integrantes do grupo, enquadrando-se também aqui a detenção por estas de estabelecimentos estáveis, percentagem esta que não deve nunca ser inferior durante todo o exercício fiscal em causa do limiar mínimo de 50%, ou seja, o que está proposto pelos Serviços de Comissão é que será necessário um domínio societário igual ou superior a 75% do capital com direito de voto, isto é, daquele capital societário que permite um controlo efectivo na sociedade^{1042 1043}, seja através de um domínio

¹⁰⁴² De acordo com o documento da Comissão, SEC (2006) 1690, Bruxelles, 19.12.2006, “Document de Travail des Services de la Commission Annexe à la Communication de la Commission au Conseil, au Parlement Européen et au Comité Économique et Social Européen”, “le traitement fiscal des pertes dans les situations transfrontalières”, “Annexes techniques”.{COM(2006) 824 final}, pags. 10, na UE a tributação das sociedades pelo regime consolidada teria a seguinte composição em relação à permissão fiscal, quer esta se visse pela consolidação interna, quer seja vista pela consolidação a nível a renda mundial.

QUADRO N.º 39

Tributação dos Grupos – Regimes fiscais dos grupos implantados a nível nacional e com implantação internacional				
	Estados-membros	Regimes fiscais de tributação dos grupos de sociedades		
		Tributação dos grupos	Participação mínima	Tributação dos grupos internacionais
1	Alemanha	Organschaft	> 50 %	
2	Austria	Gruppenbesteuerung	> 50 %	Sim
3	Bélgica	Non	–	
4	Chipre	Group relief	= 75 %	
5	Dinamarca	Sambeskatning	> 50 %	Sim
6	Espanha	Consolidación fiscal	= 75 %	
7	Estónia	n.a.	n.a.	
8	Finlândia	Konserniavustus	= 90 %	
9	França	Intégration fiscale	= 95 %	Apenas em situações excepcionais
10	Grécia	Non	–	
11	Hungria	Non	–	
12	Irlanda	Group relief	= 75 %	
13	Itália	Consolidato nazionale	> 50 %	Sim
14	Letónia	Transfert intragroupe des pertes	= 90 %	
15	Lituânia	Non	–	
16	Luxemburgo	Intégration fiscale	= 95 %	
17	Malta	Group relief	= 51 %	
18	Holanda	Fiscale eenheid	= 95 %	
19	Polónia	Globalisation	= 95 %	
20	Portugal	Lucro consolidado	= 90 %	
21	República Checa	Non	–	
22	Reino Unido	Group relief	= 75 %	
23	Eslováquia	Non	–	
24	Eslovénia	Globalisation	= 90 %	
25	Suécia	Koncernbidrag	= 90 %	

Do quadro seguinte agrupamos os Estados-membros que permitem, ou não, a consolidação:

QUADRO N.º 40

PAÍSES QUE <u>NÃO</u> PERMITEM A TRIBUTAÇÃO CONSOLIDADA	Bélgica, Grécia, Hungria, Lituânia, República Checa e Eslováquia
PAÍSES QUE <u>PERMITEM</u> A TRIBUTAÇÃO CONSOLIDADA	Alemanha, Chipre, Espanha, Finlândia, Irlanda, Letónia, Luxemburgo, Malta, Holanda, Polónia, Portugal, Reino Unido, Eslovénia, Suécia, Áustria, Dinamarca, França, Itália,

Em relação àqueles Estados-membros que permitem a consolidação ainda os podemos dividir em:

directo ou indirecto¹⁰⁴⁴, assumindo os Serviços da Comissão que a consolidação requer sempre um controlo do grupo de todas as sociedades em 75% e que esse

QUADRO N.º 41

PAÍSES QUE PERMITEM A TRIBUTAÇÃO CONSOLIDADA	Tributação dos Grupos <u>Só Internamente</u>	Alemanha, Chipre, Espanha, Finlândia, Irlanda, Letónia, Luxemburgo, Malta, Holanda, Polónia, Portugal, Reino Unido, Eslovénia, Suécia
	Tributação dos Grupos <u>a Nível Internacional</u>	Áustria, Dinamarca, França, Itália,

¹⁰⁴³ Os Serviços da Comissão evidenciam de forma precisa que a opção pela tributação consolidada das sociedades na UE apenas será levada a cabo a partir da participação mínima de capital societário de 75%, ao afirmarem que "...on suggère qu'un contribuable soit considéré comme détenu à 75 % et donc inclus dans un groupe consolidé s'il passe le test des 75 % au début et à la fin de l'exercice fiscal et si cette participation ne tombe jamais en dessous du seuil des plus de 50 % à tout moment au cours de l'exercice fiscal...", *Doc. ACCIS/WP057\doc\fr*, Bruxelles, le 26 juillet 2007, sobre a "ACCIS: ébauche d'un cadre technique", ponto 92, item 2. "Modifications du niveau de participation", pags. 36.

¹⁰⁴⁴ Os Serviços da Comissão evidenciam estas suas opções com alguns exemplos práticos que integramos para uma melhor evidenciação do controlo societário que é ali exigido. Assim no *Doc. ACCIS/WP057\doc\fr* – Bruxelles, le 26 juillet 2007, sobre a "*ACCIS: ébauche d'un cadre technique*", a pags. 33 a 34, em que se evidenciam situações que podem originar-se pelas relações societárias entre agrupamentos que integram sociedades e ou estabelecimentos estáveis, quer em Estados-membros da UE, quer em países terceiros. Assim veja-se os esquemas que inserimos de imediato extraídos dos pontos 87 e 88.

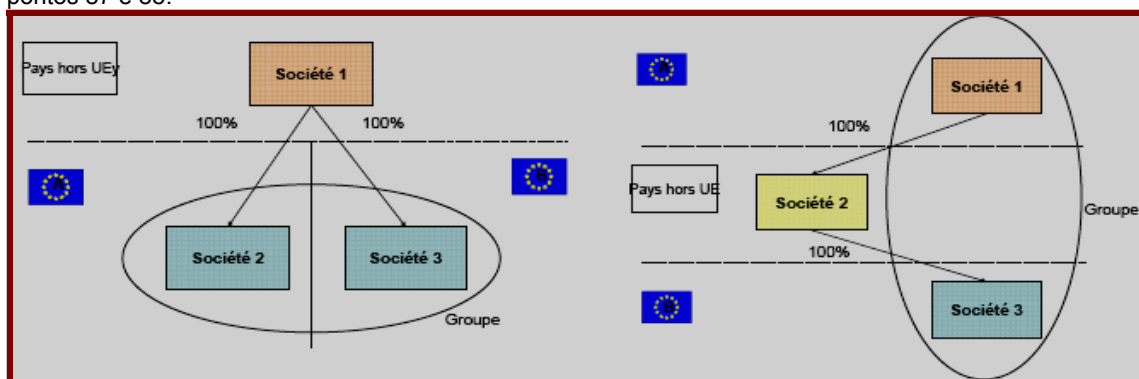


Figura 1 - QUADRO N.º 42

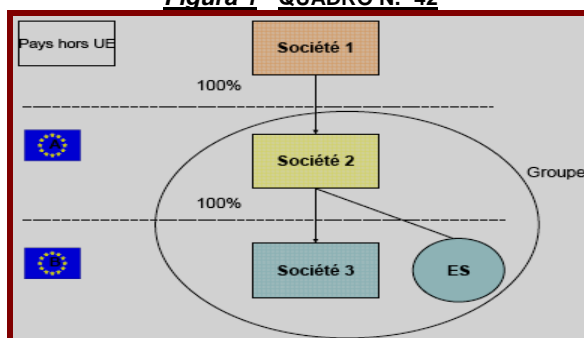


Figura 2 - QUADRO N.º 43

domínio seja mantido durante um período mínimo de seis meses, evitando-se deste modo que as alterações momentâneas dos grupos lhes acarretem insegurança jurídica¹⁰⁴⁵. Quando seja alcançado o valor de detenção do capital de 75%, ficciona-se, para efeitos de consolidação, que essa detenção é de 100%¹⁰⁴⁶.

– Âmbito Objectivo

Com a criação da MCCC IS pretende a Comissão que aqueles contribuintes que sejam considerados residentes na EU a sua tributação se faça sob o princípio da universalidade, ou seja, serão aqui sujeitos à consolidação todos os rendimentos obtidos a nível global, quer provenham da UE, quer de países terceiros, enquanto que os contribuintes que sejam considerados não residentes serão tributados pelo princípio da fonte, isto é, apenas serão objecto de consolidação os rendimentos obtidos na UE pelos estabelecimentos estáveis aqui implantados.

Pretende a Comissão implantar uma MCCC IS que seja determinável através de um cálculo anual, que poderá eventualmente coincidir com o ano civil, mas sugere aquele órgão que este exercício fiscal seja coincidente com todo o exercício contabilístico de doze meses, contudo, para o cálculo da MCCC não pretende assumir explicitamente um tratamento contabilístico uniforme em face da multiplicidade de sistemas contabilísticos nacionais existentes^{1047 1048}. Isto é, continuaremos a ter uma

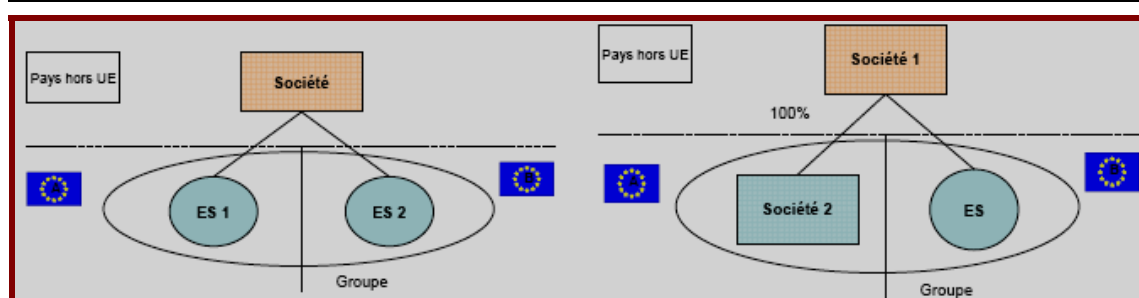


Figura 3 - QUADRO N.º 44

¹⁰⁴⁵ A Comissão, através de exemplos inseridos no *Doc. ACCIS/WP057\doc\fr*, Bruxelles, le 26 juillet 2007, sobre a “ACCIS: ébauche d’un cadre technique”, pags. 30, sob o item 98, demonstra com clareza a sua opção de que a detenção do capital seja por um período mínimo de 6 meses, nunca devendo o mesmo descer abaixo de 50%.

¹⁰⁴⁶ Neste sentido vejam-se os exemplos que os Serviços da Comissão inserem no *Doc. ACCIS/WP057\doc\fr*, Bruxelles, le 26 juillet 2007, sobre a “ACCIS: ébauche d’un cadre technique”, pags. 26, sob o item 86 e 89.

¹⁰⁴⁷ Os Serviços da Comissão assumem esta posição explicitamente no *Doc. ACCIS/WP057\doc\fr*, Bruxelles, le 26 juillet 2007, sobre a “ACCIS: ébauche d’un cadre technique”, pags.7, sob o item 9, ao afirmarem “...comme la Commission l’a souligné par le passé, il est impossible d’établir un lien formel entre l’assiette et les normes IAS/IFRS. Il est vrai qu’un tel lien constituerait un point de départ commun et aurait l’avantage de permettre à l’assiette d’évoluer avec le temps en toute conformité avec les normes IAS/IFRS. Toutefois, actuellement, de nombreux EM n’autorisent pas l’utilisation des normes IAS/IFRS pour

multiplicidade de sistemas contabilísticos¹⁰⁴⁹, nomeadamente as IAS/IFRS, e paralelamente, a existência de regras fiscais únicas para a determinação da MCCC IS. Este facto deverá levar à criação de regras jurídicas que explicitem de forma clara os proveitos e custos a integrar no cálculo da MCCC mas, em face das obrigações contabilístico-financeiras criadas pela imposição a determinados tipos societários de aplicação da Normas de Contabilísticas Internacionais – IAS/IFRS – a Comissão não coloca de parte que certos conceitos sejam dali extraídos para aplicabilidade às regras de determinação da matéria colectável comum consolidada.

la comptabilité des sociétés individuelles et toutes les normes IAS/IFRS ne sont pas jugées adaptées au plan fiscal..., assumindo claramente que a sua opção não passará por aqui, quando terminam este item 9, com a afirmação de que “...en effet, cela est impossible, puisque les sociétés pourront démarrer avec une comptabilité établie en vertu de vingtsept principes comptables nationaux (GAAP) différents. Autrement dit, à moins que la législation ne prévienne de manière explicite un traitement comptable uniforme, l'assiette fiscale serait calculée au départ de comptabilités tenues selon les GAAP nationaux...”, ou seja, será a “legislação fiscal” que for criada que terá um maior labor de densificar princípios que permitam com exactidão preencher esta lacuna.

¹⁰⁴⁸ Aliás na última reunião que o GT MCCC IS teve, 14 e 15 de Abril de 2008, os Serviços da Comissão assumiram plenamente que a MCCC seguiria um “caminho jurídico” distinto da contabilidade, e assim esclarecem que “...les SC énoncent clairement qu'ils ne comptent aucunement harmoniser les règles comptables. Ainsi, aucun lien formel ne sera établi entre l'assiette fiscale et les normes comptables (étant donné que les sociétés dans chaque EM ne peuvent pas toutes utiliser les IFRS comme norms comptables) ...”, acrescentando em seguida que “...toutefois, certains concepts et traitements figurant actuellement dans les Normes Comptables Internationales (IAS/IFRS) pourraient former la base des règles relatives à l'assiette fiscale...”, ou seja, como existem tipos concertos societários que obrigatoriamente se têm que conformar no plano contabilístico-financeiro com as IAS/IFRS, sempre se poderá lançar mão de alguns conceitos ali existentes e transpô-los para efeitos da determinação da MCCC IS, ou seja, a Comissão “deitou por terra” muitas opiniões, que durante anos foram lançadas a debate, de que a consolidação de uma matéria colectável comum no espaço comunitário teria como pressuposto absoluto a existência de uma uniformização contabilística total na UE.

¹⁰⁴⁹ A multiplicidade de sistemas contabilísticos nos diversos Estados-membros que compõem a UE é plenamente reconhecido no “FINAL REPORT OF THE EXPERT GROUP ACCOUNTING SYSTEMS FOR SMALL ENTERPRISES, RECOMMENDATIONS AND GOOD PRACTICES”, November 2008, consultável no sítio da Internet da “European Commission Enterprise and Industry Directorate-General – Promotion of SMEs’ competitiveness” –

http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/craft/accounting/doc/accounting_systems_report.pdf, quando a pags. 5 do seu terceiro parágrafo reconhece que “...O objectivo deste projecto é o de lançar algumas opiniões sobre a maneira como se conseguirão melhorar os sistemas contabilísticos das pequenas empresas para que elas possam fornecer aos seus empresários, e a todas as outras partes interessadas, as informações financeiras adequadas. Tal atitude poderá alcançar-se através da identificação e troca opiniões sobre os sistemas de contabilidade das PME nos Estados-Membros. O objectivo não é o de aumentar a regulamentação ou a carga administrativa, quer ao nível da UE, quer nacional, o que seria contrário ao objectivo da simplificação do ambiente empresarial para as pequenas empresas e para a redução dos encargos administrativos; Assim, as propostas para eventual alteração da legislação contabilística a nível da UE estão subjacentes no âmbito deste projecto...”, terminando no segundo parágrafo do n.º “9. CONCLUSIONS” por se afirmar que “...Os sistemas de contabilidade em vigor para as PME nos Estados-membros são muito variados. Há situações em não são exigidos quaisquer requisitos contabilísticos e outras em que os requisitos contabilísticos são relativamente rigorosos. No entanto, em termos práticos, todas as pequenas empresas precisam de manter algum tipo de registos financeiros, que lhes possibilite manter o controlo financeiro sobre os seus negócios. Este relatório faz uma síntese comparativa dos sistemas de contabilidade das pequenas empresas nos Estados-Membros e identifica algumas boas práticas sobre como melhorar esses mesmos sistemas...” (a tradução do original em inglês para português é da nossa responsabilidade). Resulta da análise àquele documento de trabalho que é intenção da Comissão rever as “práticas contabilísticas das PME” e criarem-se condições para que sejam abreviadas, mas é assumido que a nível da UE há uma multiplicidade daquelas práticas, facto que uma eventual MCCC IS terá que reconhecer e com que a qual terá que trabalhar.

– **O quadro administrativo-fiscal**

As empresas que fazem a sua internacionalização, quer esta se veja como a deslocalização das mesmas no espaço comunitário, quer se veja para além das fronteiras comunitárias, têm sempre que se relacionar com tantas administrações fiscais quantas sejam os Países onde estão implantadas, facto que acarreta custos de cumprimento inerentes à internacionalização empresarial, custos de contexto estes que são inversamente proporcionais à dimensão das empresas. Assim, a criação de uma MCCC IS no espaço comunitário não traria consigo benefícios acrescidos se não fossem também disciplinados os aspectos procedimentais de relacionamento das empresas com as administrações fiscais, facto que foi também objecto de estudo, entre outros, através da elaboração de um documento intitulado “ACCIS: ébauche d’un cadre administratif”¹⁰⁵⁰.

São desenvolvidos naquele documento diversos aspectos procedimentais, nomeadamente:

- (i) A conceptualização sobre quem deve ser considerado o “contribuinte principal” e quem deve ser considerada “autoridade fiscal principal”;
- (ii) O *modus operandi* para a concretização da opção pelo regime da MCCC IS;
- (iii) O cumprimento das declarações fiscais, quer seja pelas sociedades, quer seja pelo grupos societários integrados na MCCC IS;
- (iv) As formas declarativas inerentes ao controlo e determinação da MCCC;
- (v) Os procedimentos inerentes à determinação da MCCC, quer seja pela via da autodeterminação, quer seja pela via da determinação pelas administrações fiscais;
- (vi) Os mecanismos de controlo que podem ser estabelecidos, designadamente uma base de dados a nível da UE;
- (vii) Os mecanismos de reacção que os contribuintes podem utilizar, quer sejam pela via do contencioso administrativo, quer seja pelo via jurisdicional, assim como;
- (viii) Os eventuais mecanismos de resolução dos litígios gerados entre as administrações fiscais.

Aqui apenas vamos fazer uma pequena abordagem de quem será considerado o “contribuinte principal” e quem irá desempenhar o papel de administração principal, a

¹⁰⁵⁰ O documento intitulado “ACCIS: ébauche d’un cadre administratif”, foi elaborado para a “Réunion des 10, 11 et 12 décembre 2007” do GT MCCC IS e consta do *Doc. ACCIS/WP061\doc\fr*, Bruxelles, le 13 novembre 2007.

opcionalidade, ou não, pelo regime da MCCC IS e qual o tempo de duração que o mesmo poderá ter.

Sendo a pretensão da Comissão criar a nível do espaço comunitário uma MCCC IS, será imprescindível que haja um relacionamento jurídico-administrativo entre um contribuinte principal e uma administração fiscal principal, de forma que toda a tramitação procedimental se faça num “guichet único” que concentrará todo aquele procedimento necessário e inerente à MCCC, facto que é plenamente assumido como fulcral a todo este processo e necessário a um elevado nível de coordenação e cooperação administrativa.

▪ **O conceito de contribuinte principal e de autoridade fiscal principal**

A consolidação da matéria colectável comum será levada a cabo, quer pelas sociedades que tenham a sede num Estado-membro e desenvolvam as suas actividades noutros Estados-membros, designadamente através de um estabelecimento estável, quer pelos grupos societários que desenvolvam a sua actividade só em Estados-membros, e ou ainda em países terceiros, quer por sociedades com sede em países terceiros e que têm na UE forma de representações suas, quer ainda por grupos com sede em países terceiros e que na UE têm sociedades por si controladas. Perante todos estes cenários é sempre necessário haver um contribuinte principal que assuma a representação de todo o seu universo empresarial desenvolvido na UE. Para tal assumirá aquele papel:

- (i) A sociedade-mãe¹⁰⁵¹ do grupo que seja residente num Estado-membro;

¹⁰⁵¹ O conceito de sociedade-mãe é variável em função das mais diversas premissas e de acordo com as diversas organizações, designadamente:

1 - De acordo com o “glossário” do *MANUEL DE L’OCDE sur les indicateurs de la mondialisation économique – Mesurer la mondialisation*, ano 2005, sociedade-mãe será aquela que:

“**Société-mère** a) *Investissements entrants*

Dans un pays déclarant, la société-mère d'une filiale sous contrôle étranger est le premier investisseur étranger à l'extérieur des frontières du pays en question qui exerce un contrôle direct ou indirect sur cette filiale. Si ce premier investisseur est également sous contrôle d'un autre investisseur, on peut déduire que la société-mère d'une filiale sous contrôle étranger pourrait être différente de la société du contrôle ultime qui se trouve à la tête du groupe.

b) *Investissements sortants*

Du point de vue d'un pays déclarant, la société-mère d'une filiale contrôlée par les résidents de ce pays et située à l'étranger est l'entreprise consolidée (groupe d'entreprises) qui comprend l'entreprise domestique qui investit à l'étranger et les firmes domestiques que la précédente firme contrôle directement ou indirectement à l'intérieur du pays déclarant.” – (sublinhado nosso).

2 - De acordo com a Directiva do Conselho n.º 90/435/CEE, de 23 de Julho de 1990, e relativa ao “Regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-membros

(ii) Na eventualidade de a sociedade-mãe do grupo não ser residente na UE, assumirá aquele papel a sociedade-mãe do subgrupo residente na UE;

(iii) Na eventualidade de estarmos perante um conjunto de subgrupos implantados na UE aquele papel será assumido por escolha e cairá numa sociedade-mãe residente num Estado-membro;

(iv) Na eventualidade de não existirem subgrupos na UE este papel será desempenhado pela sociedade escolhida pelo grupo que resida num Estado-membro e, em última análise, o;

(v) Estabelecimento estável que se situe num Estado-membro escolhido pelo grupo.

É evidente que o contribuinte principal deverá ser constante ao longo de todo o tempo em que haja lugar à consolidação da matéria colectável comum e enquanto cumprir os critérios para assumir tal papel^{1052 1053}.

diferentes”, com a redacção dada a partir de 1 de Janeiro de 2009, e de acordo com a Directiva do Conselho n.º 2003/123/CE, de 22 de Dezembro de 2003, o conceito de sociedade-mãe será preenchido pela sociedade que em relação a outras preencha as seguintes condições:

“Artigo 3.o – n.º 1. Para os efeitos da presente directiva:

a) É reconhecida a qualidade de sociedade-mãe, pelo menos, a qualquer sociedade de um Estado-Membro que satisfaça as condições enunciadas no artigo 2.o e que detenha no capital de uma sociedade de outro Estado-Membro, que preencha as mesmas condições, uma participação mínima de 20 %. Esta qualidade é também reconhecida, nas mesmas condições, a uma sociedade de um Estado-Membro que detenha no capital de uma sociedade do mesmo Estado-Membro uma participação mínima de 20 %, total ou parcialmente, por intermédio de um estabelecimento estável da primeira sociedade situado noutro Estado-Membro.

A partir de 1 de Janeiro de 2009, a percentagem mínima de participação no capital será de 10 %”,

3 – Por sua vez, como é reconhecido na Reunião do GT da MCCC IS, de 10 e 11 de Dezembro de 2007, a problemática dos preços de transferência e a obrigatoriedade de aplicação do *arm's length principle* coloca-se logo a partir da participação mínima de 20%. Assim veja-se em *Doc CCCTB/WP/64/fr*, Bruxelles, le 4 mars 2008, sob o item 21, pags. 5, quando se afirma que “...les questions relatives à l'établissement des prix de transfert se posent déjà à partir de 20 % de participation détenue pour les sociétés apparentées...”.

4 – Contudo e em relação ao direito societário, entende-se que uma sociedade é dominante sobre a outra se tem capacidade para interferir directamente sobre a outra, sem que essa sua vontade lhe possa ser posta em causa. Assim, por exemplo o “Código das Sociedades Comerciais” português dispõe no seu Artigo 486.º, sob a epígrafe de “Sociedades em relação de domínio”, no seu n.º 1., que “...Considera-se que duas sociedades estão em relação de domínio quando uma delas, dita dominante, pode exercer, directamente ou por sociedades ou pessoas que preencham os requisitos indicados no artigo 483.º, n.º 2, sobre a outra, dita dependente, uma influência dominante. 2. Presume-se que uma sociedade é dependente de uma outra se esta, directa ou indirectamente: a) Detém uma participação maioritária no capital; b) Dispõe de mais de metade dos votos...”.

Do que acabamos de expor fica demonstrado que a detenção da capital societário tem influência, quer para os detentores desse capital, quer para as sociedades participadas, que é variável em função do valor do mesmo e, como dali se conclui a Comissão tem intenção de partir de um valor bastante elevado “75%” para assumir a possibilidade de opção pela tributação pelo lucro consolidado, ou seja, a UE quer aplicar limites diferenciados em função do fim a que se destina essa participação societária.

¹⁰⁵² Sobre o conceito de contribuinte principal veja-se o documento intitulado “ACCIS: ébauche d'un cadre administratif”, elaborado para a “Réunion des 10, 11 et 12 décembre 2007” do GT MCCC IS e constante do *Doc. ACCIS/WP061\doc\fr*, Bruxelles, le 13 novembre 2007, itens 23 a 26, ponto “V. Contribuable principal et autorité fiscale principale”, a pags. 7 e 8.

O relacionamento do contribuinte principal, que em nome e por conta de todo o conjunto empresarial vai actuar num “guichet único”, logicamente que o fará perante o que será a “autoridade fiscal principal” ou seja, aquela autoridade do Estado-membro onde se localiza o “contribuinte principal” e que assumira o papel de se relacionar com as restantes autoridades fiscais dos outros Estados-membros interessados na MCCC IS. Isto é, para efeitos jurídico-administrativos é importante haver um “guichet único”¹⁰⁵⁴ situado num Estado-membro onde todo o procedimento conducente e subjacente à MCCC IS seja tratada por um representante do contribuinte – o contribuinte principal – e por um representante das administrações fiscais do diversos Estados-membros interessados – a autoridade fiscal principal¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁵³ No relatório do GT MCCC IS, *Doc. CCCTB/WP/63/fr*, Bruxelles, le 4 mars 2008, item 9, são apresentadas algumas opiniões divergentes quanto ao conceito de contribuinte principal, isto é, há especialistas dos Estados-membros que pretendem ver clarificada a atribuição da categoria de contribuinte principal com uma ligação económica efectiva ao Estado-membro em que tal posição é assumida, contudo há representantes de empresas que assumem que não há qualquer necessidade de haver uma ligação económica com o Estado-membro em causa para que se possa fazer a sua ligação ao contribuinte principal, ou seja, como lembram ali os Serviços da Comissão, face à discussão ainda em curso, é feito um convite aos especialistas dos EM “...à poursuivre leurs commentaires sur la nécessité d'inclure des critères économiques dans la définition du contribuable principal et, plus particulièrement, sur la manière de définir ces critères et sur leurs modalités d'application...”. Estamos assim perante posições ainda titubeantes, demonstrativas de longos caminhos a percorrer até se encontrar princípios estruturantes bem demarcados, mas deve ter-se em conta a necessidade que há em procurarem-se definições que não admitam interpretações dúbias, designadamente nesta área concreta, para que não venhamos a estar perante a tentativa de se praticar o «shopping des autorités fiscales principales».

¹⁰⁵⁴ O regime do “guichet único” não é uma novidade na UE, porquanto, já foi aqui introduzido para o regime do imposto sobre o valor acrescentado aplicável aos serviços de radiodifusão e televisão e a determinados serviços prestados por via electrónica pela “Directiva 2002/38/CE do Conselho, de 7 de Maio de 2002, que altera, a título tanto definitivo como temporário, a Directiva 77/388/CEE”, em que se permite que “...quelque opérateur que preste tels services par voie électronique a non sujets passifs na Comunidade pode (...) optar pela identificação num único Estado-Membro...”. neste sentido e para um melhor conhecimento deste regime especial veja-se o item “3.1. Lien avec le système de guichet unique”, em COM(2006) 210 final, sobre a “Proposition de DIRECTIVE DU CONSEIL modifiant la directive 2002/38/CE en ce qui concerne la période d'application du régime de taxe sur la valeur ajoutée applicable aux services de radiodiffusion et de télévision et à certains services fournis par voie électronique RAPPORT DE LA COMMISSION AU CONSEIL sur la DIRECTIVE 2002/38/CE DU CONSEIL du 7 mai 2002 modifiant, en partie à titre temporaire, la directive 77/388/CEE en ce qui concerne le régime de taxe sur la valeur ajoutée applicable aux services de radiodiffusion et de télévision et à certains services fournis par voie électronique (présentés par la Commission)”.

¹⁰⁵⁵ A preocupação da UE em facilitar (e controlar) todas as suas potenciais fontes de financiamento, assim como facilitar e diminuir os custos de contexto no comércio comunitário, leva a que por exemplo tenha tomado a “DÉCISION SUR LA DOUANE ÉLECTRONIQUE - Décision 70/2008/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 janvier 2008 sur un environnement sans support papier pour la douane et le commerce (JO L 23 du 26.01.2008, p. 21). Cette décision a réalisé un nouveau progrès d'envergure dans la mise en relation des systèmes douaniers nationaux informatiques et télématiques, profitant à la fois aux douanes et aux entreprises de négoce. En satisfaisant les besoins de la logistique moderne, une douane électronique paneuropéenne augmentera la compétitivité des entreprises opérant en Europe, réduira les coûts de mise en conformité et améliorera la sécurité aux frontières de l'Union européenne. La décision proprement dite établit le cadre de base - objectifs, stratégie et mécanisme de coordination des systèmes de douane électronique - et les grandes échéances à respecter pour la mise en oeuvre des projets de douane électronique. Elle définit également les éléments communautaires et nationaux des systèmes et les tâches et responsabilités qui s'y rattachent; elle établit aussi un cadre pour le suivi et la soumission de rapports relatifs à l'initiative "douane électronique”.

▪ **A Tributação pela MCCC IS como regime opcional**

Os estudos levados a cabo pela Comissão apontam que o caminho que será trilhado nesta temática deverá conter a possibilidade das sociedades visadas poderem optar por tal sistema de tributação, melhor dito, caberá às sociedades visadas optarem por tal sistema de determinação da matéria colectável para o conjunto das actividades desenvolvidas no espaço comunitário, apontando-se como limite de permanência inicial neste sistema de determinação da MCCC um período inicial de cinco anos e renovável sucessivamente por períodos de três anos^{1056 1057}.

– **A fórmula de repartição da MCCC IS**

A determinação da matéria colectável comum consolidada para as empresas detidas por sociedades que no espaço comunitário desenvolvem as suas actividades tem como questão fulcral que essa matéria colectável comum seja justamente repartida entre todos os Estados-membros envolvidos e interessados em calcular e cobrarem o seu tributo, isto é, em arrecadarem o imposto societário que é devido a cada um deles.

¹⁰⁵⁶ Veja-se o documento intitulado “ACCIS: ébauche d’un cadre administratif” e que foi elaborado para a “Réunion des 10, 11 et 12 décembre 2007” do GT MCCC IS, constante do *Doc. ACC/IS/WP061/doc/fr*, Bruxelles, le 13 novembre 2007, em que sob o item 13 se assume que « ...l’option serait valable pour une durée de 5 ans et serait renouvelée automatiquement pour des périodes successives de 3 ans... », contudo esta temática tem que ser amplamente debatida e escalpelizada até porque sendo a vida societária dinâmica no tempo, a constituição dos grupos varia frequentemente pelo que é imprescindível que sejam acauteladas todas as situações de entrada e saída de sociedades para os grupos que estão a ser tributados pela MCCC IS aliás, como também reconhece explicitamente a Comissão no seu Relatório da reunião do GT MCCC IS, havida em Bruxelas em 10 e 11 de Dezembro de 2007, *Doc. CCCTB/WP/64/fr*, Bruxelles, le 4 mars 2008, sob o item 40, que “...la question de savoir si la durée de validité de 5 ans de l’option est adéquate ou trop longue est également examinée étant donné que la situation d’un groupe peut changer en 5 ans. Le système devrait donc prévoir une clause de sortie applicable à condition que le groupe expose des raisons valables. Les SC rappellent que le document de travail traite des réorganisations de groupes, mais reconnaissent que tous les cas possibles n’ont pas été envisagés et invitent les experts à fournir des exemples concrets de cas où l’option devrait cesser avant l’expiration de sa période de validité de 5 ans...”.

¹⁰⁵⁷ Os Serviços da Comissão assumiram no último relatório do GT MCCC IS, *Doc. CCCTB/WP/68/fr*, Bruxelles, le 2 juillet 2008, item 11, pags. 2, que “...le double seuil initialement envisagé (50 % destiné à l’option et 75 % destiné à la consolidation) est susceptible d’être abandonnée pour des raisons de simplicité...”. Acrescentam em seguida que é previsível que seja adoptado um limite único de 75% para que se possa logo optar pelo sistema da consolidação, ou seja, haverá assim uma maior simplificação de limites, contudo, em nossa opinião parte-se já por um limite exageradamente elevado. Neste sentido é ali afirmado pelos Serviços de Comissão de que “...un seul seuil (à savoir 75 % pour la consolidation) figurera donc dans la proposition...”.

Tenha-se em atenção que este sistema global terminará com uma determinação global da matéria colectável para o grupo, sendo por isso imprescindível encontrar-se uma chave que faça a sua repartição pelos Estados-membros envolvidos.

O tema foi tratado pelo GT MCCC IS que para o efeito elaborou um documento de trabalho intitulado “ACCIS: ébauche d’un mécanisme de répartition”¹⁰⁵⁸, em que reconhece que a criação de um mecanismo de repartição da MCCC IS pelos Estados-membros envolvidos não tem apenas subjacente em si uma apreciação puramente técnica, mas tem por detrás de si uma carga política, aspecto este que os Serviços da Comissão, logicamente, não trazem à liça¹⁰⁵⁹. Assim, esta chave de repartição da MCCC IS será uma consequência lógica, necessária e inevitável, da adopção de tal sistema de determinação de uma matéria comum consolidada a nível da UE.

Na sua essência a chave de repartição que vier a ser encontrada deverá suportar-se em quatro princípios estruturantes, a saber:

(i) Deverá ser um mecanismo de repartição tão simples quanto possível de modo a facilitar a sua aplicabilidade, quer pelos contribuintes, quer pelas administrações fiscais;

(ii) Deverá assentar sobre uma composição de factores que sejam de difícil manipulação, ou seja, deverá oferecer as máximas garantias possíveis de fidelidade com a realidade empresarial e sem admissibilidade de deslocalização dos factores em que se suporta, de modo a reflectir a realidade empresarial com a sua implantação económico-financeiro nos Estados-membros em questão;

(iii) Devendo a fórmula de repartição da MCCC fazer uma repartição justa e equitativa da matéria colectável comum consolidada, e;

(iv) Não deve provocar efeitos nefastos em relação à concorrência fiscal entre os Estados-membros envolvidos.

¹⁰⁵⁸ O estudo intitulado “ACCIS: ébauche d’un mécanisme de répartition”, foi elaborado para a reunião que o GT da MCCC IS iria realizar nos dias 10, 11 e 12 de Dezembro de 2007, consta do *Doc. CCCTB/WP060\doc\fr*, Bruxelles, le 13 novembre 2007.

¹⁰⁵⁹ Neste sentido veja-se o “Resumo” inicial do *Doc. CCCTB/WP060\doc\fr*, Bruxelles, le 13 novembre 2007, relativo ao estudo intitulado “ACCIS: ébauche d’un mécanisme de répartition”, onde os Serviços da Comissão afirmam sem margem para dúvidas que “...les services de la Commission estiment que la pondération des facteurs n’est pas un aspect technique et recommandent que les discussions à ce propos aient lieu au niveau politique...”. Para nós não nos restam dúvidas que toda a actividade desenvolvida a nível da UE sobre tributação tem uma altíssima carga política e, demonstrativo deste aspecto está o facto de só o Conselho, e por unanimidade, disciplinar a nível da UE esta temática, daí que para nós não é só a “chave de repartição da MCCC IS” que tem este cariz político, mas toda a temática que temos vindo a discutir, ou seja, a implantação no espaço comunitário de uma MCCC IS.

A Comissão propõe uma fórmula de repartição de MCCC IS, baseada em três factores comuns às empresas, quais sejam:

- (i) O trabalho;
- (ii) Os activos e;
- (iii) As vendas.

Estes factores resultarão na seguinte expressão^{1060 1061 1062 1063}:

$$\text{Mat. Col. "A"} = \left(\frac{1}{3} \left(\frac{1}{2} \frac{\text{Ma. Salarial "A"}}{\text{Ma. Salarial "Grupo"}} + \frac{1}{2} \frac{\text{Nº empregados "A"}}{\text{Nº empregados "Grupo"}} \right) + \frac{1}{3} \frac{\text{Activos "A"}}{\text{Activos "Grupo"}} + \frac{1}{3} \frac{\text{Vendas "A"}}{\text{Vendas "Grupo"}} \right) * \text{MCCC}$$

Em que:

- São ponderados três factores – trabalho, activos e vendas – na mesma proporcionalidade¹⁰⁶⁴;

¹⁰⁶⁰ De acordo com os estudos dos Serviços da Comissão inseridos no estudo intitulado “ACCIS: ébauche d’un mécanisme de répartition”, tendo em vista a reunião que o GT da MCCC IS iria realizar nos dias 10, 11 e 12 de Dezembro de 2007, consta do *Doc. CCCTB/WP060\doc\fr*, Bruxelles, le 13 novembre 2007, a Comissão projectou três prováveis fórmulas de repartição, sendo uma delas suportada numa aproximação macroeconómica e duas em aproximações microeconómicas, em que uma destas duas baseava-se no valor acrescentado enquanto que a que foi objecto de maior consenso, e por tal apresentada como fórmula de estudo em vista à sua adopção, se baseia numa repartição proporcional de três factores. Neste sentido veja-se aquele documento no item 9, pags. 6.

¹⁰⁶¹ Para um estudo da discussão gerada no seio do GT da MCCC IS, vejam-se os “Relatórios das reuniões” inserto nos *Doc. CCCTB/WP/64/fr*, Bruxelles, le 4 mars 2008, para a reunião de 10 e 11 de Dezembro de 2007, itens 44 a 68, pags. 11 a 16, e o *Doc. CCCTB/WP/63/fr*, Bruxelles, le 4 mars 2008, itens 23 a 31, pags. 6 a 8.

¹⁰⁶² Esta fórmula consta do documento elaborado pelos Serviços da Comissão e integra o “Anexo” ao estudo intitulado “ACCIS: ébauche d’un mécanisme de répartition”, tendo em vista a reunião que o GT da MCCC IS iria realizar nos dias 10, 11 e 12 de Dezembro de 2007, consta do *Doc. CCCTB/WP060\doc\fr*, Bruxelles, le 13 novembre 2007.

¹⁰⁶³ Os especialistas americanos que participaram na reunião do GT MCCC IS de 10 e 11 de Dezembro de 2007 foram claros ao afirmarem que é preferível existir uma única fórmula de repartição para todo o espaço comunitário do que a existência de variadas fórmulas como acontece nos EUA, factor que origina situações de planificação fiscal nas empresas inseridas em mais do que um dos Estados dos EUA. Veja-se neste sentido a afirmação constante do *Doc. CCCTB/WP/64/fr*, Bruxelles, le 4 mars 2008, item 56, pags. 14, em que se diz que “...le système européen serait supérieur au système américain car il fournirait un système de répartition uniforme à travers l’UE. Aux États-Unis, les opportunités de planification fiscale découlent principalement du fait que les Etats appliquent des formules de répartition différentes...”.

¹⁰⁶⁴ Na reunião do GT MCCC IS de 10 e 11 de Dezembro de 2007 participaram, entre outros, especialistas americanos que se demonstraram totalmente favoráveis à existência de uma fórmula de repartição proporcional da matéria colectável comum consolidada, alegando que tal opção é preferível ao que se passa actualmente, em que as empresas do grupo societário são tributadas segundo o princípio de entidades separadas em face da sua localização nos diversos Estados-membros, afirmando que a UE tem que caminhar para uma economia integrada e unificada como acontece nos EUA, no Canadá ou nos Cantões Suíços. Esta tomada de posição é bem patente na afirmação constante daquele *Doc. CCCTB/WP/64/fr*, Bruxelles, le 4 mars 2008, item 44, pags. 11, quando ali se escreve que “...un expert américain explique que l’expérience tirée d’économies intégrées unifiées comme les États-Unis, le Canada et les cantons suisses montre que la répartition proportionnelle est raisonnable et préférable à l’approche des entités séparées. Le système européen existant deviendra de plus en plus inapproprié au fur et à mesure que l’UE avancera vers une économie totalement intégrée...”.

- “A” representa a empresa situada em certo e determinado Estado-membro a quem se pretende atribuir a matéria colectável;

- “Grupo” representa o conjunto de empresas situadas no espaço comunitário e sujeitas à MCCC IS^{1065 1066},

¹⁰⁶⁵ Para um estudo sobre a repartição da matéria colectável nos EUA quando às empresas interestaduais ou multiestatais, isto é, àquelas que desenvolvem a sua actividade em mais que um dos Estados dos EUA, veja-se o estudo desenvolvido por POMP, RICHARD e LUCAS MAS, MAYRA O., “La Tributación Multiestatal De Sociedades En Estados Unidos (Una introducción al modelo de articulación entre sistemas tributarios estatales del mercado norteamericano)”, *Cronica Tributaria*, Num. 122/2007, pag.s 137 a 167. Estes autores esclarecem-nos de que nos EUA existem três procedimentos para se determinar o rendimento tributável empresarial com apoio nos parâmetro estabelecidos na Constituição daqueles país, e assim, a distribuição pelos Estados da matéria colectável empresarial de uma empresa multiestatal pode ser feita por via da: (i) contabilidade separada; (ii) pela fórmula de prorrata; e (iii) pelo método de imputação especial, assegurando aqueles autores que o método de prorrata é o método actualmente mais utilizado, veja-se pags. 144.

De acordo com estes autores a fórmula de repartição da matéria colectável entre os Estados dos EUA baseia-se sobretudo numa fórmula de três factores, assim integrados: “ $TI A = TI M \times 1/3 (Ventas A/Ventas M + salarios A/salarios M + Propiedad A/propiedad M)$ ”, em que:

“*TI A Renta mundial gravable de la compañía atribuible al Estado A, y calculada en base a la normativa de dicho Estado;*

TI M Renta mundial gravable prorrateable de acuerdo con la normativa del Estado A;

Ventas A Volumen de ventas en el Estado A. Ventas M Volumen de ventas a nivel mundial;

Salarios A Nivel de salarios en el Estado A. Salarios M Nivel de salarios a nivel mundial;

Propiedad A Propiedades sitas en el Estado A. Propiedad M Propiedades de la compañía a nivel mundial”.

Estes autores indicam-nos de que “...durante muchos años, los Estados atribuyeron el mismo valor a cada factor en la fórmula. Actualmente, la gran mayoría de Estados con un impuesto de sociedades le dan mayor peso al volumen de ventas (en ocasiones multiplican por dos su valor) que a los factores de propiedad o salario, existiendo incluso sistemas fiscales estatales que han implantado la fórmula basada en un solo factor...”, veja-se pags. 149, acrescentando em seguida que a diversidade de valorações entre os diversos Estados é muito grande, conforme ressalta das suas afirmações em notas de rodapé a pags. 149, onde ficamos a saber que em “...algunos Estados eliminan uno de los factores de la fórmula si su denominador es cero. Otros, eliminan un factor si se considera que tiene poca incidencia en la generación de los ingresos...”, acrescentando em seguida alguns exemplos. Assim em “...en 2005, los siguientes Estados ponderaron en más de 1/3 el factor ingresos: Arizona, Arkansas, California, Connecticut, Florida, Georgia, Idaho, Indiana, Kentucky, Louisiana, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan (90% ventas), Minnesota (75% ventas), New Hampshire, New Jersey, New Mexico, New York (60% ventas), North Carolina, Ohio (60% ventas), Oklahoma, Oregon (90% ventas), Pennsylvania (60% ventas), Carolina del Sur, Tennessee, Virginia, West Virginia y Wisconsin (60% ventas). Colorado daba la opción de utilizar una fórmula con dos factores (ventas y propiedad)...”. Mas estas diversidades não se ficam por aqui, pois que o Estado de “...Iowa ha adoptado desde hace muchos años una fórmula basada únicamente en las ventas, siendo de hecho confirmada en Moorman. Connecticut también empleó una fórmula de un solo factor para empresas de manufacturación, expandiendo su aplicación a otras actividades y negocios. Mississippi permite a minoristas, mayoristas y compañías de servicios el uso de la fórmula de un solo factor. También Carolina del Sur prevé esta fórmula basada en ventas sólo para empresas que no sean de manufacturación así como para comerciantes de activos intangibles. Missouri sigue esta tendencia, pero con ciertas condiciones. Nebraska ha adoptado recientemente esta modalidad de fórmula, al igual que Texas e Illinois...”. Contudo, além desta grande variedade de ponderações dos factores, essencialmente do factor vendas, dentro desta fórmula geral, assinalam aqueles autores de que há uma imensa variedade de fórmulas específicas, como se constata da afirmação feita a pags. 149 ao escreverem que “...los Estados empleaban al mismo tiempo fórmulas específicas para determinados sectores, como el bancario, el asegurador o el financiero, así como para mutualidades, telecomunicaciones, actividades petroleras, transporte, publicación, recursos naturales, construcción y aerolíneas, entre otros...”. Concluem estes autores de que “...de hecho, el impuesto de sociedades ha demostrado tener una gran elasticidad ante los diversos cambios estructurales acontecidos, gracias a la continua elaboración de nuevas fórmulas alternativas...”.

Em jeito de nota final sempre podemos afirmar de que os Estados dos EUA construíram uma amálgama de fórmulas de repartição em função da conjugação das suas necessidades de tributação das empresas e

da necessidade de atraírem investimento interno, ou seja, apesar de utilizarem fórmulas de repartição da matéria colectável gerada pelas empresas multiestatais continuam a fazer concorrência entre si através do peso que dão aos diversos factores dessas fórmulas.

Tal situação a nível da UE seria quanto a nós insustentável, isto é, se se chegasse a tal panóplia de fórmulas de repartição da MCCC IS então melhor seria não se fazer nada e deixarem-se estar as tributações das sociedades nos actuais níveis. Se não se conseguir com a elaboração da “legislação” da MCCC IS na UE uma simplificação e economias de contextualização fiscal para as empresas, então melhor fora deixar em pleno vigor só os actuais sistemas de cada um dos Estados-membros em vez de se acrescentar mais uma complexidade ao que se quer simplificar.

¹⁰⁶⁶ De acordo com um estudo desenvolvido na Direcção Geral de Fiscalidade e União Aduaneira da Comissão, UE, sob o *Working paper n°8, March 2005*, com o título “Taxation Papers Formulary Apportionment And Group Taxation In The European Union: Insights From The United States And Canada”, por WEINER, JOANN MARTENS, 2005, consultável no sítio da Internet: http://europa.eu.int/comm/taxation_customs/taxation/taxation.htm, nos diversos Estados dos EUA são aplicáveis as seguintes variáveis à fórmula geral de repartição a que fizemos anteriormente referência e que podemos consultar integralmente na pags. 14 daquele estudo. Assim, é bem evidenciada a diversidade de peso que têm os diversos factores naquela fórmula de repartição, assim como a diversidade de taxas existentes entre aqueles Estados federados. Evidenciados no quadro que abaixo inserido:

Table 1. US State Corporate Income Tax Information, January 1, 2004						
			Standard Apportionment Formula (weight on each factor)			
		Tax Rate (%)	Property	Payroll	Gross Receipts	Mandatory Combination
1	Alabama	6.5	1/3	1/3	1/3	
2	Alaska	9.4	1/3	1/3	1/3	yes
3	Arizona	6.968	1/4	1/4	1/2	yes
4	Arkansas	6.5	1/4	1/4	1/2	
5	California	8.84	1/4	1/4	1/2	yes
6	Colorado	4.63	1/3	1/3	1/3	yes
7	Connecticut	7.5	1/4	1/4	1/2	
8	Delaware	8.7	1/3	1/3	1/3	
9	Florida	5.5	1/4	1/4	1/2	
10	Georgia	6	1/4	1/4	1/2	
11	Hawaii	6.4	1/3	1/3	1/3	yes
12	Idaho	7.6	1/4	1/4	1/2	yes
13	Illinois	7.3	0	0	1	yes
14	Indiana	8.5	1/4	1/4	1/2	
15	Iowa	12	0	0	1	yes
16	Kansas	4	1/3	1/3	1/3	
17	Kentucky	8.25	1/4	1/4	1/2	
18	Louisiana	8	1/4	1/4	1/2	
19	Maine	8.93	1/4	1/4	1/2	yes
20	Maryland	7	1/4	1/4	1/2	
21	Massachusetts	9.5	1/4	1/4	1/2	
22	Michigan		1/20	1/20	9/10	
23	Minnesota	9.8	1/8	1/8	3/4	yes
24	Mississippi	5	1/3	1/3	1/3	
25	Missouri	6.25	1/3	1/3	1/3	
26	Montana	6.75	1/3	1/3	1/3	yes
27	Nebraska	7.81	0	0	1	yes
28	Nevada	No Corporate Income Tax				
29	New Hampshire	8.5	1/4	1/4	1/2	yes
30	New Jersey	9	1/4	1/4	1/2	
31	New Mexico	7.6	1/4	1/4	1/2	
32	New York	7.5	1/4	1/4	1/2	
33	North Carolina	6.9	1/4	1/4	1/2	
34	North Dakota	10.5	1/3	1/3	1/3	yes
35	Ohio	8.5	1/5	1/5	3/5	
36	Oklahoma	6	1/3	1/3	1/3	
37	Oregon	6.6	1/10	1/10	4/5	yes
38	Pennsylvania	9.99	1/5	1/5	3/5	
39	Rhode Island	9	3/10	3/10	2/5	
40	South Carolina	5	1/4	1/4	1/2	
41	South Dakota	No Corporate Income Tax				
42	Tennessee	6.5	1/4	1/4	1/2	
43	Texas	No Corporate Income Tax				
44	Utah	5	1/3	1/3	1/3	yes
45	Vermont	9.75	1/3	1/3	1/3	
46	Virginia	6	1/4	1/4	1/2	
47	Washington	No Corporate Income Tax				
48	West Virginia	9	1/4	1/4	1/2	
49	Wisconsin	7.9	1/4	1/4	1/2	
50	Wyoming	No Corporate Income Tax				
51	District of Columbia	9.975	1/3	1/3	1/3	
	Average in states with a corporate income tax	7.453%	24.5%	24.5%	51.1%	

QUADRO N.º 45

Ainda de acordo com o mesmo autor, no Canadá a fórmula de repartição é muito mais simples e aplicável de uniformemente por todo este país, conforme se pode ver do excerto que transcrevemos daquela obra a pags. 15, quando se afirma que "...this uniformity continues to exist even though both Ontario and Alberta no longer participate in the agreements. These two provinces, as does Quebec, use the same

- “MCCC” representa a matéria colectável comum consolidada do “Grupo” a repartir pelos Estados-membros envolvidos.

Se atentar na fórmula apresentada pela Comissão, esta integra o factor “trabalho” que pondera em partes iguais a massa salarial e o número de assalariadas que geraram aquele custo empresarial, designadamente, os empregados, os seus quadros e administradores, os contratados temporariamente, contudo não devem ser aqui integrados os serviços praticados à empresa em sistema de subcontratação a terceiros, mas já se devem integrar nos factores dos custos de pessoal todos os valores que são considerados como remunerações de acordo com a legislação laboral dos Estados-membros em que a pessoa trabalha assim como as cotizações para os sistemas de segurança social. Estes custos devem ser integrados na empresa do grupo em que efectivamente é prestado o trabalho¹⁰⁶⁷.

Em relação aos “activos” integrados na fórmula, os Serviços da Comissão pretendem incorporar aqui apenas os activos corpóreos, avaliados segundo o seu valor fiscal líquido e constante do sistema de amortizações, não fazendo parte dos mesmos os activos incorpóreos e os stocks, porquanto, quer as imobilizações incorpóreas, quer os stocks, são de muito fácil deslocalização, pelo que a sua integração representaria um elevado risco de manipulação fiscal, facto que a Comissão ponderou para sugerir o seu afastamento da fórmula¹⁰⁶⁸.

allocation formula as the provinces that participate in the federal agreements. Thus, the Canadian provinces have generally used an equally weighted payroll and gross revenue formula and the same tax base for half a century. The provinces retain significant autonomy, however, as they may apply their own local tax rates and tax credits to the post-allocation tax base...

¹⁰⁶⁷ Para uma análise do factor “trabalho”, veja-se o estudo sob o título “ACCIS: ébauche d’un mécanisme de répartition”, tendo em vista a reunião que o GT da MCCC IS iria realizar nos dias 10, 11 e 12 de Dezembro de 2007, consta do *Doc. CCCTB/WP060\doc\fr*, Bruxelles, le 13 novembre 2007, itens 20 a 28, pags. 8 e 9;

¹⁰⁶⁸ Para uma análise do factor “activos”, veja-se o estudo sob o título “ACCIS: ébauche d’un mécanisme de répartition”, tendo em vista a reunião que o GT da MCCC IS iria realizar nos dias 10, 11 e 12 de Dezembro de 2007, consta do *Doc. CCCTB/WP060\doc\fr*, Bruxelles, le 13 novembre 2007, itens 29 a 42, pags. 9 a 13. Acerca da temática sobre a eventual manipulação dos activos incorpóreos, dos activos financeiros e dos stocks, os Serviços da Comissão são absolutamente claros ao não preverem a sua inclusão por meras questões de cautela da sua manipulação, quando, a pags. 18 e sob o item 65, afirmam que “...les actifs incorporels et financiers et les stocks ne seraient pas inclus en raison des risques de manipulation qu’ils présentent et des difficultés d’évaluation et de localisation (en particulier les actifs incorporels)”. Esta mesma opinião é partilhada pelos peritos americanos, pelos peritos das administrações fiscais e pelos especialistas universitários, facto que é plenamente assumido no relatório do GT MCCC IS em *Doc. CCCTB/WP/64/fr*, Bruxelles, le 4 mars 2008, item 46, pags. 11, que “...l’inclusion des actifs incorporels dans le facteur «propriété/actifs» est, du point de vue conceptuel, une bonne idée, mais devrait être abandonnée pour des raisons pratiques...”.

No tocante ao factor “vendas” incorporado naquela fórmula, os Serviços da Comissão entendem que o mesmo não deve ser valorado através das “Vendas pela origem” – isto é, onde elas são fabricadas ou adquiridas pelo grupo empresarial –, devendo antes ser ali inscrito o valor das “Vendas por destino” – considerando-se os destinos dessas vendas e dos serviços segundo as regras do IVA –, em virtude da sua menor capacidade de manipulação pelas empresas, ou seja, mais uma vez, por questões de cautela, a Comissão tenta criar uma fórmula de repartição que seja o menos possível sujeita a manipulação e por tal menos susceptível de riscos de elisão, evasão ou fraude fiscal. Este factor incorpora o volume de negócios dos bens e serviços vendidos, desconsiderando-se aqui, entre outros aspectos, as vendas intragrupo, ficando por esta via solucionada toda a problemática inerente aos preços de transferência¹⁰⁶⁹.

A Comissão, nos estudos que levou a cabo, analisou também a necessidade de introduzir nesta fórmula geral uma cláusula de salvaguarda para aquelas situações excepcionais em que o resultado da distribuição da MCCC IS não esteja conforme ao princípio que a mesma pretende salvaguardar, ou seja, quando a sua aplicação resulte numa distribuição da matéria colectável comum consolidada manifestamente injusta, e por tal sugere a introdução de uma cláusula escapatória como necessidade de reacção às flutuações dum contexto económico através da ajuda de uma fórmula especialmente ajustada¹⁰⁷⁰.

Evidentemente que esta fórmula geral de repartição da MCCC, apesar de nela se integrar um regime de salvaguarda como mecanismo de defesa às suas eventuais distorções, é apenas e só uma fórmula geral, ou seja, será uma fórmula que terá em vista o comum das situações, o que não implica, aliás até impõe, que haja então necessidade de se criarem fórmulas especiais para sectores especiais,

¹⁰⁶⁹ Para uma análise do factor “vendas”, veja-se o estudo sob o título “ACCIS: ébauche d’un mécanisme de répartition”, tendo em vista a reunião que o GT da MCCC IS iria realizar nos dias 10, 11 e 12 de Dezembro de 2007, consta do *Doc. CCTB/WP060\doc\fr*, Bruxelles, le 13 novembre 2007, itens 43 a 60, pags. 13 a 16.

¹⁰⁷⁰ É evidente que a aplicabilidade de uma cláusula geral com certeza que irá deparar com situações, eventualmente muitos ocasionais, que se traduzirão num resultado que é manifestamente desconforme com o “espírito da lei”, apesar de estar conforme a sua letra, facto que deverá originar a criação *ab initio* de mecanismos que permitam corrigir tais injustiças. É evidente que a “legislação” que vier a ser criada deverá precisar todos os conceitos necessários a este regime de salvaguarda assim como o modo alternativo preciso de proceder à distribuição dessa MCCC conforme o espírito que preside à criação da cláusula geral de repartição. Sobre esta questão veja-se o estudo sob o título “ACCIS: ébauche d’un mécanisme de répartition” constante do *Doc. CCTB/WP060\doc\fr*, Bruxelles, le 13 novembre 2007, item 71, pags. 19, e o relatório do GT MCCC IS de 12 de Dezembro de 2007, constante do *Doc. CCTB/WP/63/fr*, Bruxelles, le 4 mars 2008, item 30, pags. 7.

designadamente, para os serviços financeiros, as companhias de seguros, as companhias de transporte aéreo, os caminhos de ferro, os serviços de televisão e de radiodifusão e que traduzam com fidelidade as realidades económico-financeiras desses concretos sectores¹⁰⁷¹.

○ **Conclusão**

O estudo em desenvolvimento e tendente à criação de um conjunto de novas regras de cariz puramente comunitário, aplicáveis uniformemente às empresas que desenvolvem actividades transfronteiriças, trás consigo alguns dos problemas e das vantagens que já abordamos aquando dos comentários que tecemos sobre o sistema “*Home State Taxation*”, mas, como vimos a Comissão tem o projecto da MCCC IS numa fase de estudo muito mais avançada, facto que nos permite concluir que o caminho que aquele órgão da UE pretende traçar passaria por esta forma de determinação de uma matéria colectável comum consolidada, aplicável a todo o tipo societário, independentemente da dimensão das empresas, ou seja, aqui seriam igualmente englobadas as PME's que o sistema “*Home State Taxation*” pretendia alcançar.

A criação de uma tal legislação fiscal de tributação directa a nível da UE traria consigo vantagens em relação à neutralidade fiscal apesar de não a eliminar na totalidade, porquanto, tal como já afirmamos na análise ao sistema “*Home State Taxation*” o facto de os diversos Estados-membros continuarem a aplicar as suas taxas internas relativamente à sua quota-parte da base geral de tributação consolidada do grupo, acarreta, “teoricamente”, algum grau de discriminação entre empresas localizadas no mesmo Estado-membro, ou seja, “teoricamente” sempre poderá levar à violação do princípio da não discriminação, que é uma das essências dos TUE e TFUE (vide anterior TCE), uma vez que as empresas sempre suportaram impostos diferentes face a essa disparidade de taxas, apesar de no plano inter comunitário tal facto também poder ser visto como uma concorrência fiscal aceitável entre os diversos Estados-membros.

¹⁰⁷¹ Sobre esta questão veja-se o estudo sob o título “ACCIS: ébauche d'un mécanisme de répartition” constante do *Doc. CCCTB/WP060\doc\fr*, Bruxelles, le 13 novembre 2007, itens 69 e 70, pags. 18 e 19, e o relatório do GT MCCC IS de 12 de Dezembro de 2007, constante do *Doc. CCCTB/WP/63/fr*, Bruxelles, le 4 mars 2008, item 31, pags. 7 e 8.

Contudo este sistema traria consigo outras vantagens relativamente à “*Tributação pelo Estado de Origem*”, ou seja, como estamos perante um sistema criado pela UE e de sobreposição sobre os sistemas nacionais, não se colocaria toda a problemática inerente à determinação da sede do grupo, assim como seria juridicamente inerte o facto de haverem ordenamentos jurídico-tributários nos Estados-membros que não contivessem o regime de tributação segundo o método de consolidação de resultados¹⁰⁷².

Acrescem outras vantagens, como seja o facto das empresas lidarem com um único conjunto de regras tributárias beneficiando assim de uma substancial diminuição dos custos de conformação com diferentes sistemas fiscais^{1073 1074}, com a consequente simplificação e ultrapassagem dos actuais entraves e distorções que as operações vinculadas acarretam, quer para as empresas envolvidas, quer para as Administrações Fiscais, sendo assim uma forma de ultrapassagem de toda a problemática dos preços de transferência¹⁰⁷⁵ e que agora se colocam face à multiplicidade de ordenamentos jurídicos a que as empresas europeias pluri-localizadas estão sujeitas, solucionando-se também a problemática da dupla tributação ou de compensação de custos e perdas fiscais^{1076 1077} acarretam entre os

¹⁰⁷² De acordo com as explicações dadas na reunião do GT MCCC IS o limite de 75% de detenção do capital com direito a voto para que seja possível a opção das sociedades pelo regime da consolidação da MCCC das actividades desenvolvidas por empresas suas localizadas no espaço comunitário, independentemente da forma jurídica da sua detenção, foi um limite de compromisso em face das disparidades das percentagens existentes nos diversos Estados-membros da UE, uma vez que de acordo com aquelas explicações os limites para a consolidação situam-se entre os 50% e 95%, optando a maioria deles por um limite superior a 75%, ou seja, a proposta ali formulada parte já de uma base sustentada na maioria das diversas legislações fiscais dos Estados-membros. Neste sentido veja-se o relatório do GT MCCC IS em *Doc. CCCTB/WP/64/fr*, Bruxelles, le 4 mars 2008, item 19, pags. 4.

Sobre a distribuição a nível da UE das percentagens mínimas de detenção do capital impostos pelo diversos Estados-membros para permitirem a tributação pelo regime consolidado já anteriormente integramos quadros explícitos sobre esta valoração onde é demonstrada esta afirmação do GT MCCC IS.

¹⁰⁷³ A União Europeia tem metas estabelecidas sobre a diminuição dos custos de conformidade no espaço comunitário, expressamente assumidas na sua página da Internet *EUROPA – Synthèses de la législation – Réduire les coûts administratifs*, onde assume que “...la Commission européenne s'est fixé pour objectif d'alléger les contraintes bureaucratiques auxquelles sont confrontées les entreprises...”. Com esta sua atitude propõe-se “...diminuer les coûts administratifs de 25% en cinq ans...”. Com tal desiderato conseguirá gerar um “...augmentation de 1,5% du PIB, soit près de 150 milliards d'euros.”.

¹⁰⁷⁴ Sobre a “*Quantificação dos custos administrativos e redução dos encargos administrativos na União Europeia*”, veja-se o documento de trabalho da Comissão COM (2006) 691 final – Bruxelas, 14.11.2006.

¹⁰⁷⁵ Na comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu, COM (2007) 223 final, Bruxelas, 2.5.2007, aquele órgão da UE afirma expressamente que nas transacções intragrupos, a criação de uma MCCC IS traria consigo como uma das maiores vantagens o facto de evitar os problemas dos preços de transferência. Veja-se o Anexo 2, pags. 10.

¹⁰⁷⁶ De acordo com o *Doc. ACCIS/WP057/doc/fr*, Bruxelles, le 26 juillet 2007, sob a epígrafe “ACCIS: ébauche d'un cadre technique”, os Serviços da Comissão apenas sugerem que as perdas fiscais sejam dedutíveis em exercícios futuros e sem limite temporal, assumindo expressamente a interdição do reporte dessas perdas para exercícios anteriores. Veja-se, item 84, pags. 25. Sobre o regime fiscal existentes nos diversos Estados-membros sobre perdas fiscais veja-se a nota de rodapé seguinte.

Estados-membros¹⁰⁷⁸, ou seja, estaríamos perante uma fórmula menos ambiciosa do que a criação de um Imposto Europeu sobre o Rendimento das Empresas¹⁰⁷⁹, contudo, talvez venha a ter as mesmas dificuldades de criação e imposição aos Estados-membros.

¹⁰⁷⁷ De acordo com o documento da Comissão, SEC (2006) 1690, Bruxelles, 19.12.2006, “Document de Travail des Services de la Commission Annexe à la Communication de la Commission au Conseil, au Parlement Européen et au Comité Économique et Social Européen”, “le traitement fiscal des pertes dans les situations transfrontalières”, “Annexes techniques”, “{COM(2006) 824 final}”, pags. 9, os sistemas fiscais existentes nos diversos Estados-membros permitem a dedução de perdas fiscais em exercícios futuros, contudo, poucos desses Estados-membros permitem que haja reporte para exercícios anteriores de perdas sofridas em exercícios posteriores, como resulta do quadro por nós elaborado a partir dos elementos extraídos daquele documento.

Normas fiscais dos Estados-membros sobre a dedução das perdas fiscais em exercícios seguintes							
		Reporte para trás	Reporte para a frente			Reporte para trás	Reporte para a frente
1	Alemanha	1 ano - opcional	ilimitado	14	Letónia	não	5 anos
2	Austria	não	ilimitado	15	Lituania	não	5 anos
3	Bélgica	não	ilimitado	16	Luxemburgo	não	ilimitado
4	Chipre	não	ilimitado	17	Malta	não	ilimitado
5	Dinamarca	não	ilimitado	18	Holanda	3 anos - obrigatório	ilimitado
6	Espanha	não	15 anos	19	Polónia	não	5 anos
7	Estónia	n. a.	n. a.	20	Portugal	não	6 anos
8	Finlândia	não	10 anos	21	República Checa	não	5 anos
9	França	3 anos - opcional	ilimitado	22	Reino Unido	1 ano - opcional	ilimitado
10	Grécia	não	5 anos	23	Eslováquia	não	5 anos
11	Hungria	não	ilimitado	24	Eslovénia	não	7 anos
12	Irlanda	1 ano - opcional	ilimitado	25	Suécia	não	ilimitado
13	Itália	não	5 anos				

QUADRO N.º 46

¹⁰⁷⁸ No relatório do GT MCCC IS em Doc. CCCTB/WP/64/fr, Bruxelles, le 4 mars 2008, item 8, pags. 2, os representantes empresariais sustentam a criação de uma solução global para a tributação das sociedades a nível da UE apelando efectivamente para a eliminação que tal solução traria em relação à eliminação da dupla tributação internacional, à eliminação de toda a problemática dos preços de transferência, designadamente a crescente exigência de que são alvo em matéria da sua justificação, a compensação de perdas transfronteiriças e ainda eliminação, ou pelos menos a substancial diminuição, da complexidade administrativa que acarreta a existência de empresas localizadas em mais que um Estado-membro, sendo assim plenamente favoráveis a uma solução global para a UE do imposto sobre as sociedades. Assumem vários dos especialistas presentes naquela reunião, aliás como vem expresso no seu relatório, de que será a melhor forma de ultrapassagem dos obstáculos criados às empresas plurilocalizadas no espaço comunitário proceder a uma aproximação pela via da consolidação da MCCC, incorporada de uma chave da sua repartição, estando cientes de que quando as empresas pretendem proceder à concorrência fiscal fazem-no através da deslocação dos seus lucros para países onde a tributação é baixa mas sem contudo pretenderem deslocalizar efectivamente a sua actividade económica, veja-se o item 68 a pags. 16.

¹⁰⁷⁹ Na reunião que o GT MCCC IS teve nos dias 14 e 15 de Abril de 2008, é interessante destacar-se uma observação feita por um dos especialistas americanos participantes, ao afirmar que a criação deste sistema de determinação da MCCC IS, integrado por uma sistema de repartição baseado em três factores e uniformemente aplicado para todos os Estados-membros da UE, seria um sistema fiscal superior ao constante nos EUA, uma vez que ali as múltiplas chaves de repartição em face dos distintos Estados que integram aquele país são considerados como oportunidades de planificação fiscal utilizável pelas empresas. Neste sentido veja-se o relatório do GT MCCC IS, Doc. CCCTB/WP/64/fr, Bruxelles, le 4 mars 2008, item 56, pags. 14.

IV PARTE

OS REGIMES DE TRIBUTAÇÃO DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA EM ALGUNS PAÍSES A NÍVEL MUNDIAL

I. INTRODUÇÃO

Na II e III Partes deste nosso trabalho analisamos, quer a problemática dos preços de transferência vistos sob a lupa da OCDE, quer a problemática originada pelas operações vinculadas ocorrida no seio das empresas plurilocalizadas em mais que um Estado-membro da UE, influenciando esta última, entre outros aspectos, a perspectiva dos princípios estruturantes da existência do espaço comunitário, traduzidos, entre outros factores, pela liberdade de estabelecimento e a sua ampla movimentação no seu seio, tendo-se aqui em atenção que a empresa é por excelência o pólo aglutinador dos factores de produção, destacando-se entre eles a liberdade de movimentação de capitais, a liberdade de movimentação de trabalhadores, a liberdade de movimentação das mercadorias e serviços.

Nesta parte faremos uma breve e sintética análise de alguns ordenamentos jurídico-tributários, apenas e só relativamente à disciplina legal que os mesmos fazem sobre a problemática dos “preços de transferência”, integrando-se nesta breve análise alguns ordenamentos jurídicos de países exteriores à UE e de Estados-membros da UE.

A nossa opção por estes ordenamentos jurídicos teve em conta as seguintes premissas:

(i) Em relação aos países exteriores à UE:

- Pretendemos introduzir países exemplificativos de continentes opostos no mapa mundial e que são em simultâneo exemplo de como é que nestes continentes podem estar lado a lado economias que se integram no mundo desenvolvido, e de outras que se integram nas novas economias florescentes, assim, exemplificamos como economias desenvolvidas no continente Americano os Estados Unidos da América – E.U.A., a par com uma economia florescente representada pelo Brasil;

- Inserimos como exemplos de economias desenvolvidas no continente Asiático o Japão, a par com a China representativa de uma economia em franco florescimento;

(ii) Em relação aos países integrados na UE:

- Iremos analisar o ordenamento jurídico da Alemanha, que cumulativamente se integra como uma das principais economias mundiais e como a principal economia dentro do espaço comunitário, sendo assim por excelência uma referência económica;
- Seguidamente inserimos neste estudo os dois países da UE que integram a Península Ibérica, Espanha e Portugal, pelos seguintes motivos:
 - São dois exemplos de economias distintas, quer a nível mundial, quer na UE, tendo, sem qualquer margem para dúvida, um peso muito maior Espanha que Portugal;
 - Como último fundamento, para nós absolutamente lógico, está a nossa nacionalidade Portuguesa e o facto deste estudo se desenvolver na Universidade de Santiago de Compostela.

Esta breve análise, que como já afirmamos é muito sintética, tem apenas e só em vista demonstrar que os mais díspares ordenamentos jurídico-tributários se ocupam, e cada vez mais em crescendo¹⁰⁸⁰, das eventuais implicações fiscais dos problemas dos preços de transferência que obrigatoriamente as empresas inter-relacionas e plurilocalizadas têm que praticar, dado que todas as operações vinculadas têm que ser valoradas e relevadas em termos contabilísticos, pugnando-se, como vimos, que em regra essas operações devem ser, para efeitos fiscais, valoradas sob o prisma da aplicabilidade do princípio *at arm's length*. Isto é, em regra os ordenamentos jurídico-tributários dos mais díspares países utilizam o princípio da valoração segundo o preço praticado pela empresa independente, aliás e como vimos, princípio esse estruturante das linhas directrizes da OCDE¹⁰⁸¹.

¹⁰⁸⁰ A demonstração da crescente preocupação legislativa e de busca de conhecimentos sobre essa multiplicidade de ordenamentos jurídicos, pode ser sentida pela constante publicação a nível mundial de obras sobre tal temática, designadamente a publicação feita pelo IBFD TAX TRAVEL COMPANIONS, Amsterdam, Netherlands, 2009, intitulada *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2009 Edition and Transfer Pricing*, onde se incluem análises feitas a 29 (vinte e nove) países espalhados por todos os continentes, pags. 263 a 547.

¹⁰⁸¹ Esta nossa análise terá como suporte fundamental a publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada *Prix de transfert*, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, "Chapitre 7", pags. 269 a 327.

II. REGIMES DE TRIBUTAÇÃO DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA DE ALGUNS PAÍSES FORA DA “UNIÃO EUROPEIA”

A nossa análise irá começar pela apresentação de alguns regimes de tributação dos preços de transferência de alguns países situados fora do universo dos vinte e sete Estados-membros da UE, começando-se por uma análise sumária do regime em vigor nos EUA¹⁰⁸².

¹⁰⁸² A nossa análise baseia-se no trabalho desenvolvido por HEIMET, MICHAEL (PhD, PDG de Ceteris Inc) e JOHNSON, MICHELLE (Ceteris Inc.), inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada *Prix de transfert*, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, “Chapitre 7”, “Section VII”, itens 1600 a 1625, pags. 316 a 327.

i. **O regime jurídico da tributação dos preços de transferência nos EUA**

o **Introdução**

As sociedades que pretendam implantar a sua actividade nos EUA devem ter em atenção que este país tem uma especial atenção à problemática dos preços de transferência, implicando isso que as mesmas devem-se esforçar por compreender em geral a sua regulamentação assim como as exigências que são feitas a nível da documentação, sob pena de se sujeitarem a prolongadas inspecções, a penalidades por falta do pagamento dos tributos devidos em face da sua legislação e ainda a uma eventual dupla tributação¹⁰⁸³.

Na senda da maior parte dos países desenvolvidos, os EUA integram no seu sistema jurídico-tributário legislação específica em vista à disciplinação dos preços de transferência praticados intra-grupos e relativamente à transferência internacional de bens corpóreos, incorpóreos e serviços, desenvolvendo-a na Secção 482 do Código do Imposto sobre os Rendimentos (*Internal Revenue Code - IRC*), que tem como mote estruturante que os preços de transferência praticados no seio daqueles grupos e, relativamente às transferências entre si daqueles activos, devem obedecer ao princípio de plena concorrência, ou seja, de acordo com aquela legislação americana o preço praticado entre partes ligadas, ou que estejam debaixo do mesmo controlo, deverá coincidir com o preço que seria praticado entre partes independentes¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁸³ Uma especial atenção neste sentido é feita por HEIMET, MICHAEL (PhD, PDG de Ceteris Inc) e JOHNSON, MICHELLE (Ceteris Inc.), inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada *Prix de transfert*, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, "Chapitre 7", "Section VII", na primeira parte do item 1601, pags. 316.

¹⁰⁸⁴ Neste sentido veja-se HEIMET, MICHAEL (PhD, PDG de Ceteris Inc) e JOHNSON, MICHELLE (Ceteris Inc.), inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada *Prix de transfert*, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, "Chapitre 7", "Section VII", itens 1600 a 1602, pags. 316 e 317, essencialmente quando afirmam que "...comme celui de la plupart des pays, le régime américain des prix de transfert adhère au standard de pleine concurrence. Néanmoins, les Etats-Unis d'Amérique s'écarterent, à plus d'un égard, de plusieurs concepts centraux issus des Principes de l'OCDE et mis en oeuvre dans le nombreux pays. L'utilisation généralisée de la méthode des bénéfices comparables à la place de la méthode transactionnelle de la marge nette, plus rigoureuse et plus ciblée, est un des traits distinctifs de la réglementation américaine. Un autre trait caractéristique est le standard de la «proportionabilité aux revenus» («commensurate with income»)..."

Vamos passar em revista os principais pontos do regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência nos E.U.A. e, para uma melhor pré-visualização, inserimos um quadro representativo das temáticas que desenvolveremos.

E.U.A.				
CONCEITO DE EMPRESAS ASSOCIADAS		A presunção de controlo suporta-se muito mais na realidade dos factos do que na forma legal ou no modo da sua exercitação		
MÉTODOS DE DETERMINAÇÃO DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA	Hierarquia nos Métodos Aplicáveis		NÃO – Regra do Melhor Método	
	Métodos aplicáveis às “OPERAÇÕES VINCULADAS DE ACTIVOS CORPÓREOS”			
	1	Comparable Uncontrolled Price Method - CUP		
	2	Resale Price Method – RPM		
	3	Cost Plus Method – CPM		
	4	Comparable Profits Method – CPM		
	5	Profit Split Method – PSM		
	6	Unspecified Method – UM		
	Métodos aplicáveis às “OPERAÇÕES VINCULADAS DE ACTIVOS INCORPÓREOS”			
	1	Comparable Uncontrolled Transactional Method – CUTM		
	2	Profit Comparable Method – CPM		
	3	Profit Split Method – PSM	a) Método Comparável do Fraccionamento do Lucro b) Método Residual do Fraccionamento dos Lucros	
	4	Unspecified Method – UM		
	Métodos aplicáveis às “OPERAÇÕES VINCULADAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS”			
	1	Services Cost Method – SCM		
	2	Comparable Uncontrolled Services Price Method – CUSPM		
	3	Gross Services Margin Method – GSMM		
	4	Cost of Services Plus Method – CSPM		
	5	Comparable Profits Method – CPM		
	6	Profit Split Method – PSM		
7	Unspecified Method – UM			
AJUSTAMENTOS	Ajustamento primário		Sim	
	Ajustamento correlativo		Sim	
	Operação secundária e Ajustamento secundário		Sim	
	Prazo máximo de caducidade		Geral – 3 anos Factos já avaliados – 10 anos após a avaliação Evasão fiscal, dados falsos e fraude – sem limite de tempo	
DOCUMENTAÇÃO – Obrigação de manter documentação comprovativa			Sim	
APP – ACORDOS PRÉVIOS SOBRE OS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA			Unilaterais	
			Bilaterais	
			Multilaterais	
PENALIZAÇÕES	Tipo de Infractor	Pequenas sociedades empresariais, empresários individuais ou companhias holdings pessoais	Desde que exceda o valor de 5.000 dólares americanos o valor da correcção	
		Outras sociedades	Desde que exceda o valor de 10.000 dólares americanos o valor da correcção	
	Características das Infracção	Avaliação substancialmente errónea	Preços de transferência originais são superiores a 200% ou inferior a 50% aos preços estabelecidos	Sanção de 20% (vinte por cento) sobre o valor que deixou de ser arrecado
			Ajustamentos dos preços de transferência originam correcções à matéria colectável num valor superior a cinco milhões de dólares ou a 10% das receitas brutas	
		Erro grosseiro de avaliação	Preços de transferência originais com valores superiores a 400% ou inferior a 25% dos preços estabelecidos	Sanção de 40% (quarenta por cento) sobre o valor que deixou de ser arrecado
			Ajustamentos dos preços de transferência originam correcções à matéria colectável num valor superior a vinte milhões de dólares ou a 20% das receitas brutas	
	Afastamento da Sanção	O contribuinte tem que provar que agiu de boa fé e com toda a razoabilidade que a situação comercial exigia nas suas operações vinculadas intra-grupo		

QUADRO N.º 47

○ **Conceito de empresas associadas**

CONCEITO DE EMPRESAS ASSOCIADAS	A presunção de controlo suporta-se muito mais na realidade dos factos do que na forma legal ou no modo da sua exercitação
--	---

QUADRO N.º 48

De acordo com a Sec. 482 do IRC¹⁰⁸⁵ é permitido à Administração Tributária dos EUA procederem à redistribuição dos proveitos ou custos entre as partes que sejam "detidas ou controladas directa ou indirectamente, pelos mesmos interesses". Face à Treas. Reg. § 1.482-1 (i) (4)¹⁰⁸⁶ e tendo em vista os fins previstos na Sec. 482 do IRC, a expressão "controlado" significa qualquer tipo de controlo, directo ou indirecto, independentemente de ser juridicamente vinculativo ou não, de serem exercíveis ou exercidos, incluindo controle levado a cabo por dois ou mais contribuintes, sejam ou não associados ou filiados, que agem em conjunto ou com um objectivo comum¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸⁵ É a seguinte a redacção da Sec.482 of the US Internal Revenue Code: "Em quaisquer circunstâncias que duas ou mais organizações, comerciantes ou empresas (estejam ou não estabelecidas, estejam ou não organizados nos Estados Unidos, e sejam ou não filiados) pertencentes ou controlados directa ou indirectamente pelos mesmos interesses, o Secretário pode distribuir, repartir ou atribuir o rendimento bruto, deduções, créditos ou subsídios entre, ou no meio, de tais organizações, comerciantes ou empresas, se determinar que tal distribuição, repartição, ou alocação é necessária para prevenir a evasão dos impostos ou para claramente reflectir o rendimento de qualquer uma dessas organizações, comerciantes ou empresas".

"No caso de uma qualquer transferência (ou licença) ou propriedade imaterial (dentro do significado da Secção 936 (h) (3) (B)), o rendimento relativamente a tal transferência ou licença deve ser compatível com os rendimentos imputáveis à propriedade imaterial". (Tradução do original em inglês feita através de adaptação nossa).

¹⁰⁸⁶ De acordo com as definições constantes do Tesour. Reg § 1.482-1(i) Definitions temos que, por força do n.º 4, a definição de "**Controlado** inclui qualquer tipo de controlo, directo ou indirecto, seja juridicamente vinculativo ou não, por qualquer meio exercível ou exercido, incluindo o controlo resultante das acções de dois ou mais contribuintes actuando em conjunto ou com uma finalidade ou um objectivo comum. O que é determinante é a realidade do controlo e não a sua forma ou o modo do seu exercício. A presunção de controlo surge se o rendimento ou as deduções tiverem sido arbitrariamente deslocadas", por força do n.º 6 a definição de "**Grupo, grupo controlado, e grupo de contribuintes controlados** significam os contribuintes pertencentes ou controlados directa ou indirectamente pelos mesmos interesses" e por força do n.º 8 a definição de "**Operação controlada ou transferência controlada** significa qualquer operação ou a transferência entre dois ou mais membros do mesmo grupo de contribuintes controlados. O termo **transacção não controlada** significa qualquer transacção entre dois ou mais contribuintes que não são membros do mesmo grupo de contribuintes controlados". (Tradução do original em inglês feita através de adaptação nossa).

¹⁰⁸⁷ Para uma análise detalhada sobre o conceito de empresas associadas e sujeitas a um controlo comum, veja-se JOSEPH ANDRUS, da PricewaterhouseCoopers, Boston, *Transfert Pricing Database*, do INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, sobre os preços de transferência dos "United States", sob o item 2.6. *Concepts of "associated enterprises" and "control"*, no sítio da Internet www.ibfd.org, escrevendo este autor, e trazendo à colação a jurisprudência sobre esta temática, sob o item 2.6., *Conceitos de "empresas associadas" e "controle"*, que, "Coerente com a finalidade e âmbito da Sec. 482, os tribunais têm dado geralmente uma definição ampla do termo "controle". Os tribunais têm indicado que a frase deverá ser interpretada a partir da sua real capacidade, sem se preocupar como pode, ou não, ser exercida, ou seja, o modo como as partes numa particular transacção possam fazer acordos que difiram daquelas que seriam estabelecidas entre partes independentes e de acordo com o princípio at arm's length. Em **B. Forman Co. v. Comissário** (453 F.2d 1144, 1155 (2d Cir. 1972), **certiorari denied**, 407 E.U. 934 (1972)), o tribunal decidiu que a aplicação da Sec. 482 a empréstimos concedidos a uma empresa por cada um dos seus dois accionistas e que detêm 50% como co-

A análise sobre o controlo baseia-se muito mais nas circunstâncias e factos do que em testar a propriedade legal, e assim a presunção de controlo suporta-se muito mais na realidade dos factos do que na forma legal ou no modo da sua exercitação¹⁰⁸⁸.

○ **Métodos de determinação dos preços de transferência**

MÉTODOS APLICÁVEIS – HIERARQUIA DE MÉTODOS

Regra do Melhor Método¹⁰⁸⁹

QUADRO N.º 49

Apesar desta aderência genérica da legislação fiscal dos EUA ao princípio *at arm's length*, este país, pelas mais diversas razões, distancia-se das orientações da OCDE sobre a aplicabilidade destes princípios e utiliza de uma forma generalizada o “método dos benefícios comparáveis” em substituição do “método da margem líquida da operação”.

Além desta particularidade este regime jurídico caracteriza-se por incorporar a aplicabilidade do “princípio da proporcionalidade dos rendimentos” – *“commensurate with income”* – que prevê a concretização de um ajustamento anual dos rendimentos gerados pelos activos incorpóreos no seio das relações intra-grupo com intuito de fazer ajustamento às suas transacções intra-grupo, designadamente, aos activos incorpóreos adquiridos e que não sejam explorados sob licença.

*proprietários, embora independentes, agiram conjuntamente nas suas relações com a empresa para a realização dos seus interesses colectivos. O tribunal centrou-se sobre “a realidade do controle”, em vez de propriedade formal das acções”, acrescentando em seguida que a “Sec. 482 não foi, no entanto, aplicado em **Brittingham v. Comissário** (66 TC 373 (1976), **affirmed** 598 F.2d 1375 (Cir 5. 1979)), em que duas empresas eram detidas em diferentes proporções pelas famílias de dois irmãos, em que tal deslocação do rendimento entre as empresas resultou em ganho significativo para um deles e uma perda para o outro. Embora os proprietários da empresa fossem relacionadas por consanguinidade, eles não tinham um projecto comum ou um plano para transferirem os rendimentos entre eles e, portanto, não constituem os “mesmos interesses” nos termos do Estatuto. O tribunal observou que o dinheiro de uma família tinha vindo directamente das mãos de outra família”, pelo que termina concluindo que “Os tribunais têm também encontrado o necessário controlo para apelar à Sec. 482 no contexto das joint ventures empresariais. Veja **W.L. Gore v. Comm'r** (1995-96 TC **Memo** (7 de Março de 1995))”. (Tradução do original em inglês feita através de adaptação nossa).*

¹⁰⁸⁸ Neste sentido vejam-se LAURIE J. DICKER of ALVAREZ & MARSAL TAXAND LLC, Taxand United States, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2009 Edition and Transfer Pricing*, IBFD TAX TRAVEL COMPANIONS, Amsterdam, Netherlands, 2009, sobre a análise que fazem no item 2.3., *Meaning of control and associated persons*, integrado na descrição sobre o regime jurídico-tributário dos preços de transferência nos E.U.A., pags. 528.

¹⁰⁸⁹ Sobre a hierarquização na aplicabilidade dos métodos de determinação dos preços de transferência, escreve JOSEPH ANDRUS, da PricewaterhouseCoopers, Boston em *Transfer Pricing Database*, do INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, sobre os preços de transferência dos “United States”, sob o item 3.1., *Available transfer pricing methods*, no sítio da Internet www.ibfd.org, que os “...taxpayers may apply various transfer pricing methodologies to evaluate whether dealings between related entities satisfy the arm's length principle. Chosen according to the “best method rule”, each method measures profits of related enterprises against transactions or the financial results of comparable companies...” (sublinhado nosso).

Este alinhamento, embora genérico, dos EUA com os princípios e directrizes da OCDE, ao colocarem em evidenciação como parâmetro de análise comparativa o princípio da plena concorrência – Section 482 IRC – coloca como standard comparativo que os resultados de uma transacção vinculada entre partes interligadas num grupo multinacional deve ser conforme aqueles resultados que obteriam partes independentes que praticassem semelhante negócio. A questão que de imediato se coloca é a probabilidade de inexistência de transacções independentes com iguais características, o que impõe como premissa que sejam conhecidas transacções semelhantes e que estas sejam susceptíveis de, após as eventuais necessárias correcções, servirem de parâmetro de análise comparativa às operações vinculadas, situando-se esse preço comparativo dentro do intervalo de plena concorrência dos preços de transferência em questão.

Aqui evidenciam-se como factores de análise obrigatória, para que haja a necessária comparabilidade das transacções entre si, entre outros, as funções assumidas pelas partes, as cláusulas contratuais, os riscos assumidos, as condições económicas, a titularidade da propriedade, os bens incorpóreos integrados, os serviços integrados na transacção.

É evidente que são necessárias levar a cabo todas as correcções que permitam que haja um grau de comparabilidade entre as mesmas, uma vez que se tal não for possível, isto é, se feitos os ajustamentos que se considerem necessários para se tentarem comparar as transacções independentes seleccionadas com as vinculadas e, se mesmo assim não se conseguir semelhante similitude, então não deverá ser utilizada tal comparação, pois como é lógico, tal reduziria a fiabilidade da análise, ou no limite, até a impossibilitaria. Isto resulta da conjugação do §1.482-1 (b) (1) com o (d) (2) do Treas. Reg.¹⁰⁹⁰

As regras sobre a aplicabilidade do princípio da plena concorrência, como parâmetro analítico entre transacções vinculadas, reconhece que a sua aplicabilidade pode conduzir à existência de uma miríade de resultados, todos eles compreendidos no intervalo da plena concorrência considerados fiáveis, facto plenamente aceite a

¹⁰⁹⁰ Neste sentido veja-se HEIMET, MICHAEL (PhD, PDG de Ceteris Inc) e JOHNSON, MICHELLE (Ceteris Inc.), inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada *Prix de transfert*, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, "Chapitre 7", "Section VII", itens 1602 e 1603, pags. 317.

nível internacional e que traduz o reconhecimento expresso de que não estamos perante uma ciência exacta, norma legal constante do § 1.482 – 1 (c) (1) do Treas. Reg..

A aceitação por parte do Internal Revenue Service - IRS do método de determinação aplicável em face do «princípio do melhor método» impõe que esse intervalo de plena concorrência seja determinável tendo em atenção pelo menos duas transacções independentes que sejam susceptíveis de integrar em si os necessários critérios de comparabilidade e fiabilidade, como resulta da conjugação do § 1.482 – 1 (e) (1) e § 1.482 – 1 (2) (i), ambos do Treas. Reg..

É evidente que as comparáveis independentes devem fornecer todos os dados necessários que permitam fazer a sua identificação com a transacção vinculada assim como as indicações necessárias aos ajustamentos que devam ser feitos e que conduzam a essa comparabilidade, permitindo a legislação dos EUA que a fiabilidade da análise oriunda das correcções devam originar que caiam num intervalo inter-quartil¹⁰⁹¹ em que haja pelo menos 75% de probabilidades da sua integração, quer no limite inferior, quer no limite superior, desse intervalo de plena concorrência¹⁰⁹².

Tendo como pano de fundo no sistema fiscal dos E.U.A. a existência de normativo legal que impõe a busca do «melhor método» para se determinar qual o preço de transferência que melhor caracterize as operações vinculadas em causa, faremos de seguida uma breve análise descritiva dos métodos previstos na «Section 482 do IRC» e que identifica os diversos métodos aplicáveis em função do tipo concerto de operações vinculadas, ou seja, iremos fazer uma breve síntese dos métodos utilizados quando estejamos perante operações vinculadas relativas a activos:

¹⁰⁹¹ A «amplitude inter-quartil» é a medida mais simples para medir a variabilidade da amplitude, que se representa por um R (range) e se define como a diferença entre o máximo da amostra e o mínimo: $R = \text{máximo} - \text{mínimo}$. A «amplitude inter-quartil» é, de certo modo, uma “solução de compromisso”, pois não é afectada, de um modo geral, pela existência de um número pequeno de observações demasiado grandes ou demasiado pequenas. Esta medida é definida como sendo a diferença entre os 1º e 3º quartis: $\text{amplitude inter-quartil} = 3^\circ \text{ quartil} - 1^\circ \text{ quartil}$, ou seja, $\text{amplitude inter-quartil} = Q_{3/4} - Q_{1/4}$. Do modo como se define a «amplitude inter-quartil», concluímos que 50% dos elementos no centro da amostra estão contidos num intervalo com aquela amplitude, neste sentido veja-se GRAÇA MARTINS, MARIA EUGÉNIA, *Introdução às Probabilidades e à Estatística*, DEIO, 2000, ponto 3..3..3, pags. 86.

¹⁰⁹² Para uma análise crítica desta questão veja-se HEIMET, MICHAEL (PhD, PDG de Ceteris Inc) e JOHNSON, MICHELLE (Ceteris Inc.), inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada *Prix de transfert*, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, “Chapitre 7”, “Section VII”, item 1605, pags. 318.

- (i) Corpóreos;
- (ii) Incorpóreos;
- (iii) Prestação de serviços;
- (iv) E ainda o caso específico dos activos corpóreos e de prestação de serviços quando integram bens incorpóreos.

i. Operações vinculadas de activos corpóreos

MÉTODOS APLICÁVEIS	
1	Comparable Uncontrolled Price Method - CUP
2	Resale Price Method – RPM
3	Cost Plus Method – CPM
4	Comparable Profits Method – CPM
5	Profit Split Method – PSM
6	Unspecified Method – UM

QUADRO N.º 50

A legislação fiscal dos EUA disciplina concretamente os métodos que devem ser utilizados na determinação dos preços de transferência quando estejam em causa operações vinculadas sobre activos corpóreos, estabelecendo a utilização de seis métodos distintos, a saber:

- (i) O Método do Preço Comparável de Mercado, “*Comparable Uncontrolled Price Method - CUP*”;
- (ii) O Método do Preço de Revenda Minorado, “*Resale Price Method -RPM*”;
- (iii) O Método do Custo Majorado, “*Cost Plus Method - CPM*”;
- (iv) O Método dos Lucros Comparáveis, “*Comparable Profits Method - CPM*”;
- (v) O Método do Fraccionamento do Lucro “*Profit Split Method - PSM*” e;
- (vi) Finalmente um método residual designado por “*Unspecified Method*”, ou o também designado “Qualquer outro Método Razoável”¹⁰⁹³.

¹⁰⁹³ Sobre os métodos disciplinados nos EUA aplicáveis às transacções vinculadas praticadas por empresas associadas quando estejam em causa transacções sobre bens corpóreos, veja-se HEIMET, MICHAEL (PhD, PDG de Ceteris Inc) e JOHNSON, MICHELLE (Ceteris Inc.), inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada *Prix de transfert*, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, “Chapitre 7”, “Section VII”, itens 1606 a 1608, pags. 319 e 320, onde se evidenciam os normativos legais constantes do (§ 1.482 – 5 (a) e § 1.482 – 5 (b) (2) (i) do Treas. Reg.).

ii. Operações vinculadas de activos incorpóreos

QUADRO N.º 51

MÉTODOS APLICÁVEIS	
1	Comparable Uncontrolled Transactional Method – CUTM
2	Profit Comparable Method – CPM
3	Profit Split Method – PSM
	a) Método Comparável do Fraccionamento do Lucro
	b) Método Residual do Fraccionamento dos Lucros
4	Unspecified Method – UM

Quer a transferência de propriedade, quer a exploração sob licença de activos incorpóreos, é um dos domínios mais problemáticos dos preços de transferência e que é objecto de controvérsia, em que muitos dos métodos ali disciplinados têm como objectivo a determinação de uma remuneração adequada relativamente à empresa americana que desenvolveu o activo incorpóreo em causa.

O §1.482 (b) do Treas. Reg. incorpora em si as regras necessárias à identificação do activo incorpóreo objecto da transacção vinculada, enumerando um conjunto típico destes bens, nomeadamente, brevets, direitos de autor, marcas de fabrico e comercialização, denominações comerciais, modelos, concessões, *franchising*. Aquela lista integra em si uma noção ampla de «activo incorpóreo», como sendo todo o bem cujo valor não provem das suas próprias características físicas, mas do seu conteúdo intelectual ou das suas propriedades incorpóreas, e assim, são igualmente exemplos de activos incorpóreos o *Know-How*, o fornecimento de uma rede de distribuição, a criação e aplicabilidade de um programa *Six Sigma*¹⁰⁹⁴.

Na transferência de activos incorpóreos, ou na sua concessão de exploração sob licença, preconizados entre empresas plurilocalizadas nos EUA com outras situadas fora deste país, independentemente de quem é o cedente ou do cessionário, os rendimentos gerados por essas operações vinculadas devem ser proporcionais aos rendimentos resultantes da exploração desse activo incorpóreo. Isto é, entendeu o legislador americano de que os resultados esperados das empresas cedentes deste tipo de bens incorpóreos devem ser proporcionais à capacidade que esses activos têm em gerar rendimentos na empresa cessionária, criando assim o princípio intitulado de

¹⁰⁹⁴ Designam-se por «*Six Sigma*» ao conjunto de práticas originalmente desenvolvidas pela «Motorola» e que têm em vista melhorar sistematicamente os processos de eliminação de defeitos, e que quando aplicável a uma estratégia empresarial tem em vista a promoção de mudanças nas organizações, fazendo com que se chegue a melhorias nos processos, produtos e serviços para atingir a satisfação dos clientes e, por esta via, conseguirem-se melhores resultados empresariais, ou seja, promover a dinâmica empresarial com vista ao seu aumento na quota de mercado e, consequentemente ao aumento da sua implantação.

«commensurate with income», o que impõe que seja necessário tentar conhecer-se a avaliação dos rendimentos atribuíveis, segundo o princípio de plena concorrência, entre outros, dos processos de fabricação, à utilização de desenhos, de desenvolvimento de métodos, de comercialização de todo e qualquer activo incorpóreo, valoração esta que deve ser ajustável ao longo dos anos em que dura essa transferência, o que significa que em determinado exercício fiscal o IRS pode considerar que a remuneração do activo incorpóreo em causa é justo e noutro exercício proceder a ajustamentos com a fundamentação de que há variações nessa remuneração, aliás como resulta do § 1.482 – 4 (f) (2) (i) do Treas. Reg.¹⁰⁹⁵.

O sistema americano prevê o recurso a quatro métodos para testar a valoração das transacções vinculadas em matéria de activos incorpóreos, ou seja, permite-se que se utilizem:

- (i) O “*Comparable Uncontrolled Transactional Method*” – “*CUTM*”, ou Método da Transacção Comparável Independente;
- (ii) O “*Profit Comparable Method*” – “*CPM*”, ou Método do Lucro Comparável;
- (iii) O “*Profit Split Method*” – “*PSM*”, ou Método do Fraccionamento do Lucro;
- (iv) E por último “Qualquer outro Método Razoável”.

Por sua vez o “*Profit Split Method*” – “*PSM*”, ou Método do Fraccionamento do Lucro compreende em si dois sub-métodos designados pelos:

- (i) Método Comparável do Fraccionamento do Lucro; e,
- (ii) Método Residual do Fraccionamento dos Lucros.

Este primeiro sub-método têm em vista a partilha dos lucros ou perdas entre as partes vinculadas de igual forma que fariam empresas independentes, ou seja, compara as percentagens que estas empresas independentes conseguiriam obter – lucros ou perdas – com aquelas que obtiveram as empresas vinculadas, procedendo às necessárias correcções se as mesmas se situarem fora dos intervalos dos preços de transferência.

¹⁰⁹⁵ Sobre esta temática veja-se HEIMET, MICHAEL (PhD, PDG de Ceteris Inc) e JOHNSON, MICHELLE (Ceteris Inc.), inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada *Prix de transfert*, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, “Chapitre 7”, “Section VII”, itens 1609 e 1610, pags. 320 e 321. Estes autores chamam à atenção às empresas plurilocalizadas que pratiquem operações vinculadas com empresas associadas dos EUA que os contratos intra-grupo devem ser “...*bien conçus et bien rédigés décrivant clairement si une partie possède ou non des actifs incorporels spécifiques développés ou détenus par une entreprise liée, ainsi que les droits et rémunérations provenant de ces actifs incorporels...*”.

O segundo sub-método requer que a sua prática se processe por duas etapas distintas, ou seja, num primeiro estágio deve ser atribuído às empresas vinculadas uma remuneração equivalente àquela que seria obtida por uma empresa independente em iguais circunstâncias para, num segundo estágio e na eventualidade de o activo incorpóreo em questão não ter equivalência entre empresas independentes, o lucro – ou perda – que haja ainda residual, seja repartido entre as empresas vinculadas de harmonia com a respectiva contribuição de cada uma delas para esse activo incorpóreo – veja-se § 1.482 – 6 (c) (3) (i) (B) do Treas. Reg. -, sobressaindo da aplicabilidade destes dois sub-métodos que é essencial para a sua análise a escolha do valor relativo da operação independente.

Por último a aplicabilidade de “Qualquer outro Método Razoável” vem na senda da admissibilidade no direito tributário americano do «princípio do melhor método», impondo-se apenas que qualquer outro método escolhido deve ter em conta o princípio geral segundo o qual os contribuintes independentes avaliam sempre as condições das transacções que vão praticar tendo em conta as alternativas realistas das mesmas, e assim, eles só procederão a uma concreta transacção desde que não tenham outras melhores alternativas, aliás como resulta do § 1.482 – 4 (d) do Treas. Reg.¹⁰⁹⁶.

iii. **Operações vinculadas de prestação de serviços**

MÉTODOS APLICÁVEIS	
1	Services Cost Method – SCM
2	Comparable Uncontrolled Services Price Method – CUSPM
3	Gross Services Margin Method – GSMM
4	Cost of Services Plus Method – CSPM
5	Comparable Profits Method – CPM
6	Profit Split Method – PSM
7	Unspecified Methods – UM

QUADRO N.º 52

A avaliação dos preços de transferência nas operações vinculadas quando estejam em causa prestações de serviços entre empresas associadas, sofreu na

¹⁰⁹⁶ Para se conhecer uma breve análise descritiva acerca dos métodos aplicáveis para a determinação dos preços de transferência às operações vinculadas e relacionadas com os activos incorpóreos, veja-se HEIMET, MICHAEL (PhD, PDG de Ceteris Inc) e JOHNSON, MICHELLE (Ceteris Inc.), inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada *Prix de transfert*, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, “Chapitre 7”, “Section VII”, itens 1611 e 1615, pags. 321 e 323.

legislação fiscal dos EUA uma recente alteração de modo que as novas regras impõem-se a partir dos exercícios fiscais posteriores a 31 de Dezembro de 2007¹⁰⁹⁷. Introduziram-se alguns pontos-chave a ter em atenção, nomeadamente:

- (i) A necessidade de se fornecerem listas dos métodos aplicáveis especificamente na avaliação das prestações de serviço intra-grupo;
- (ii) A remuneração dos empregados através de atribuições de partes do capital societário foi especialmente considerado como um elemento que deve ser incluído nos custos desses serviços intra-grupo – designadas como despesas de facturação;
- (iii) E ainda a possibilidade de opção em certos serviços de efectuar a sua facturação pelo preço de revenda.

A regulamentação actualmente em vigor prevê a possibilidade de adopção de sete métodos em vista à valoração da prestação de serviços intra-grupo, a saber:

- (i) O “*Services Cost Method*” – “SCM”, ou Método do Custo dos Serviços;
- (ii) O “*Comparable Uncontrolled Services Price Method*” – “CUSPM”, ou o Método do Preço do Serviço Comparável Independente;
- (iii) O “*Gross Services Margin Method*” – “GSMM”, ou o Método da Margem Bruta dos Serviços;
- (iv) O “*Cost of Services Plus Method*” – “CSPM”, o Método do Custo de Compra Majorado dos Serviços;
- (v) O “*Comparable Profits Method*” – “CPM”, o Método dos Lucros Comparáveis;
- (vi) O “*Profit Split Method*” – “PSM”, o Método do Fraccionamento do Lucro;
- (vii) E ainda o habitual “*Unspecified Methods*” – “UM”, ou o designado “Qualquer outro Método Razoável”.

Em seguida faremos brevíssima análise dos métodos aplicáveis à determinação dos preços de transferência relativamente aos serviços prestados intra-grupo,

¹⁰⁹⁷ Sobre a nova legislação que regulamenta os preços de transferência nos EUA, comparativamente à existentes noutros países, alertam HEIMET, MICHAEL (PhD, PDG de Ceteris Inc) e JOHNSON, MICHELLE (Ceteris Inc.), inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, em concreto a obra intitulada *Prix de transfert*, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, “Chapitre 7”, “Section VII”, item 1600, pags. 316 que “...d’importantes asymétries dans les prix de transfert tels qu’ils sont pratiqués aux Etats-Unis d’Amérique et dans d’autres pays deviendront encore plus visibles lorsque les sociétés appliqueront la nouvelle réglementation américaine sur les services. Ces règles mettent en place d’importants changements dans le régime applicable aux services, notamment l’exigence explicite d’inclure la rémunération des employés par attribution de parts de capital (y compris les stocks options) dans les prix intra-groupe, l’introduction d’une méthode optionnelle fondée exclusivement sur les coûts, et un effort concentré de l’administration fiscale américaine (IRS: internal revenue service) pour saisir la valeur d’éventuels incorporels susceptibles d’être transmis en même temps que des services...”

excepcionando desta análise o “*Profit Split Method*” – “PSM”, o Método do Fraccionamento do Lucro e o “*Unspecified Methods*” – “UM”, o designado Qualquer outro Método Razoável, que são análogos a outros já evidenciados, e assim diremos¹⁰⁹⁸.

Relativamente ao “*Services Cost Method*” – “SCM”, ou Método do Custo dos Serviços, que tem como mote a avaliação do serviço pelo seu preço de custo, o que obriga a que o contribuinte deva avaliar, após uma análise profissional, que esses serviços não contribuem de forma significativa para uma posição concorrencial dominante, nem correspondem à sua essência empresarial, ou ainda que os mesmos não acarretam consigo riscos fundamentais de sucesso ou insucesso empresarial para o prestador, para o seu recebedor ou para ambos, conforme resulta do § 1.482-9T (b) (2) do Treas. Reg..

Isto é, os serviços em questão devem ser apenas e só serviços habituais ou rotineiros, derivando daqui que a legislação dos EUA afasta explicitamente aqueles serviços que não podem ser facturados ao preço de custo, ou seja, os serviços de fabricação, produção, extracção, exploração, tratamento de recursos naturais, construção, revenda, distribuição, actividades de agenciamento de vendas ou compras, investigação & desenvolvimento, experimentação, engenharia, transacções financeiras em se compreendem a prestação de garantias e as actividades de seguros e resseguros, aliás como resulta do § 1.482-9T (b) (3) (ii) do Treas. Reg..

Assim, e de acordo com aquela legislação, este método é aplicável em dois tipos distintos de prestação de serviços, a saber:

(i) A serviços especialmente enumerados pela legislação, veja-se § 1.482-9T (b) (4) (i) do Treas. Reg., que se encontra de forma descritiva na “*Revenue Procedure 2007-13*” e que na sua essência correspondem aos serviços de assistência comum do grupo e referentes aos seus vários sectores actividade, e que regra geral não influenciam de forma significativa a margem mediana comparável sobre a totalidade dos custos dos serviços; e,

¹⁰⁹⁸ Esta breve análise sobre a temática dos preços de transferência envolvente da prestação de serviços vinculados, é feita com base nos elementos colhidos junto do estudo feito por HEIMET, MICHAEL (PhD, PDG de Ceteris Inc) e JOHNSON, MICHELLE (Ceteris Inc.), inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada *Prix de transfert*, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, “Chapitre 7”, “Section VII”, itens 1616 a 1622, pags. 323 a 326, aliás como já assumimos em relação a toda a restante análise.

(ii) Aos serviços de baixa margem de cobertura, ou seja, àquele conjunto de serviços necessários às transacções controladas e cuja margem mediana de comparabilidade em relação aos custos totais dos serviços prestados seja igual ou inferior a sete por cento (7%), conforme resulta do § 1.482-9T (b) (4) (ii) do Treas. Reg..

Assim, se os serviços em causa estão integrados nestes parâmetros legais, este método será assim considerado como o “melhor método”;

Relativamente ao “*Comparable Uncontrolled Services Price Method*” – “*CUSPM*”, ou o Método do Preço do Serviço Comparável Independente, de acordo com o § 1.482-9T (c) (1) do Treas. Reg. este método tem em vista comparar o preço do serviço vinculado com o preço praticado numa transacção entre empresas independentes, sendo aqui importantes as ponderáveis de análise da similitude entre os serviços assim como das cláusulas contratuais e as condições económicas.

Este método é uma variante aplicável aos serviços do “*Comparable Uncontrolled Price Method*”, ou o Método do Preço Comparável de Mercado aplicável à transmissão de activos corpóreos ou do “*Comparable Uncontrolled Transactional Method*” – “*CUTM*”, ou Método da Transacção Comparável Independente aplicável à transmissão de activos incorpóreos.

Relativamente ao “*Gross Services Margin Method*” – “*GSMM*”, ou Método da Margem Bruta dos Serviços, de acordo com o § 1.482-9T (d) (2) (iv) do Treas. Reg. este método adapta à prestação dos serviços vinculados entre empresas associadas o Método do Preço de Revenda Minorado, “*Resale Price Method*”. Isto é, utiliza a margem bruta de serviços comparáveis prestados por empresas independentes tendo em vista determinar o preço praticado pelas empresas associadas às suas empresas vinculadas, tendo em conta as funções exercidas, sendo frequentemente utilizado quando o prestador executa serviços a um membro do grupo em contrapartida de uma transacção efectuada por este a outro contribuinte independente, sendo também utilizável para comparar os mesmos serviços vinculados com outros praticados pelo mesmo prestador a terceiros.

Relativamente ao “*Cost of Services Plus Method*” – “CSPM”, ou Método do Custo de Compra Majorado dos Serviços, é tipicamente utilizado quando os serviços idênticos ou similares são realizados quer por empresas vinculadas quer por independentes, avaliando-se o preço de plena concorrência através da comparação das margens brutas habitualmente praticadas por empresas independentes e aplicando essa margem ao serviço vinculado prestado – deduzido naturalmente da margem vinculada integrada no preço – ajustando-se assim esse resultado às transacções de serviços vinculadas. A legislação fiscal dos EUA estabelece que este método não deva ser aplicável quando a contrapartida monetária paga pelo recebedor do serviço vinculado tenha explícito que esse pagamento está condicionado a qualquer factor externo, ou seja, não admite a aplicabilidade deste método quando haja entre as partes associadas contratos de prestação de serviços sob condição de sucesso do serviço ou dos riscos suportados pelo prestador¹⁰⁹⁹.

Relativamente ao “*Comparable Profits Method*” – “CPM”, ou Método dos Lucros Comparáveis, e de acordo com o § 1.482-9T (f) (2) (ii) do Treas. Reg. este método prevê a possibilidade de acrescentar o rácio obtido pela divisão do lucro de exploração pelo conjunto dos custos inerentes ao serviços que prestou aos indicadores dos níveis de lucro referenciados pelas partes associadas sobre a propriedade de bens corpóreos. Assim, permite-se uma comparação relativamente fiável dos lucros de exploração da empresa analisada por contraponto das transacções dos serviços intra-grupo e ainda com as comparáveis independentes.

iv. Operações vinculadas de activos corpóreos e de prestação de serviços quando integram bens incorpóreos

Da conjugação do § 1.482-4 (e) com o § 1.482-3 (f) e o § 1.482-9T (m) todos do Treas. Reg., a inclusão de bens incorpóreos, quer nas operações vinculadas sobre bens corpóreos, quer na prestação de serviços, não é em regra considerado como uma transferência desses bens incorpóreos desde que o adquirente não tenha a

¹⁰⁹⁹ É apresentado por HEIMET, MICHAEL (PhD, PDG de Ceteris Inc) e JOHNSON, MICHELLE (Ceteris Inc.), inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada *Prix de transfert*, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, “Chapitre 7”, “Section VII”, item 1621, pags. 326, como exemplo de pagamento de serviço sob condição quando “...une entreprise de recherche dans l’industrie pharmaceutique peut ne recevoir le paiement d’un prix des entreprises liées qu’a condition d’avoir effectivement réussi à développer un nouveau composant chimique...”.

possibilidade de explorar esses bens incorpóreos independentemente da revenda dos bens corpóreos ou dos serviços a que estão ligados. Tenha-se em atenção por outro lado de que a inclusão de bens incorpóreos naquelas operações vinculadas acarreta uma dificuldade acrescida de se encontrarem no mercado das empresas independentes operações livres comparáveis, face à influência que os bens incorpóreos têm de valor acrescentado naquelas operações vinculadas¹¹⁰⁰.

○ **Os Ajustamentos**

AJUSTAMENTOS	Ajustamento primário	Sim
	Ajustamento correlativo	Sim
	Operação secundária e Ajustamento secundário	Sim
	Prazo máximo de caducidade	Geral – 3 anos Factos já avaliados – 10 anos Evasão fiscal, dados falsos e fraude – sem limite de tempo

QUADRO N.º 53

i. **Os ajustamentos admitidos**

De acordo com a Sec. 482 do IRC¹¹⁰¹, é permitido o IRS proceder a todos os ajustamentos necessários à reposição das consequências que adviriam, quer para os contribuintes relacionados que praticaram entre si operações vinculadas, quer para a Administração Tributária dos E.U.A., quer ainda para Administrações Tributárias de outros Países com as quais tenham sido celebradas CDTs, aqui já no âmbito do procedimento amigável¹¹⁰².

¹¹⁰⁰ Neste sentido veja-se a análise feita por HEIMET, MICHAEL (PhD, PDG de Ceteris Inc) e JOHNSON, MICHELLE (Ceteris Inc.), inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada *Prix de transfert*, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, “Chapitre 7”, “Section VII”, item 1623, pags. 326.

¹¹⁰¹ Dispõe a Sec. 482 of the US Internal Revenue Code – IRC: “In any case of two or more organizations, trades, or businesses (whether or not incorporated, whether or not organized in the United States, and whether or not affiliated) owned or controlled directly or indirectly by the same interests, the Secretary may distribute, apportion, or allocate gross income, deductions, credits, or allowances between or among such organizations, trades, or businesses, if he determines that such distribution, apportionment, or allocation is necessary in order to prevent evasion of taxes or clearly to reflect the income of any of such organizations, trades, or businesses”, Texto extraído da *Transfert Pricing Database*, do INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, sobre os preços de transferência dos “United States”, no sítio da Internet www.ibfd.org.

¹¹⁰² Para uma análise detalhada sobre os ajustamentos derivados da aplicabilidade do princípio *at arm's length* aos preços de transferência, veja-se JOSEPH ANDRUS da PricewaterhouseCoopers, Boston, *Transfert Pricing Database*, do INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, sobre os preços de transferência dos “United States”, sob o item 9.5. *Adjustments*, no sítio da Internet www.ibfd.org.

Perante tal facto, deverá ser feito:

(i) O Ajustamento Primário à empresa objecto de análise e consequente exigência do imposto em falta;

(ii) O Ajustamento Correlativo, ou seja, deverá ser ajustada a matéria colectável e consequentemente o imposto devido a final, relativamente à outra empresa relacionada envolvida na operação vinculada, porquanto, se o lucro tributável da primeira aumentou a segunda deve beneficiar de uma diminuição corresponde no seu lucro tributável, com todas as consequências daí inerentes;

(iii) Acarreta, ainda, aquela valoração das operações, segundo o princípio da plena concorrência, a recharacterização do valor acrescido, nomeadamente, como dividendos, entradas de capital, rendas e royalties, através de uma Operação Secundária; e,

(iv) Consequente exigência dos impostos devidos por esta através do Ajustamento Secundário¹¹⁰³.

ii. O prazo máximo de caducidade

As liquidações de impostos relativamente aos ajustamentos provocados pela aplicabilidade do princípio *at arm's length* segue a regra geral, ou seja, a Administração Tributária tem o prazo geral de três anos para proceder a qualquer liquidação adicional, desde a data da apresentação da declaração de impostos.

¹¹⁰³ Após a conclusão de uma auditoria pelos competentes serviços do IRS, os ajustamentos dos preços de transferência são comunicados ao contribuinte, através da emissão de uma notificação de proposta de ajustamento, comumente designada de “carta de 30 dias”. A “carta de 30 dias” conterá uma descrição detalhada do ajustamento e os fundamentos em que se baseou o IRS para propor ao ajustamento. Quando uma “carta de 30 dias” é emitida na sua forma final, o contribuinte tem essencialmente quatro potenciais escolhas processuais: (i) pode contestar o ajustamento e pedir ao Gabinete de Recursos do IRS que tenha em consideração a sua petição. A contestação deve ser apresentada e o Gabinete de Recursos deve considerar o pedido feito no prazo de 30 dias a contar da emissão da notificação da proposta de ajustamento, embora a equipa de auditoria possa conceder uma prorrogação deste prazo até 60 dias; (ii) se o ajustamento estiver relacionado com entidades associadas e localizadas em países com quem haja sido celebrada CDT, o contribuinte pode solicitar à autoridade competente a consideração desse ajustamento nos termos das disposições do acordo mútuo da respectiva CDT; (iii) o contribuinte pode pedir ao IRS que emita o Aviso Legal do Ajustamento. Após a emissão desse Aviso Legal de Ajustamento, o contribuinte pode, então, contestar a exactidão (ou justeza) do ajustamento através de processos judiciais; (iv) por último, o contribuinte pode aceitar o ajustamento e pagar qualquer imposto e juros daí resultantes. Neste sentido veja-se JOSEPH ANDRUS da PricewaterhouseCoopers, Boston em *Transfert Pricing Database*, do INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, sobre os preços de transferência dos “United States”, sob o item 9.5. *Adjustments*, no sítio da Internet www.ibfd.org.

Este prazo é alargado para dez anos em relação a factos tributários anteriormente avaliados, prazo este que começa a correr a partir da data da sua avaliação.

Se o contribuinte, com intenção de evasão fiscal, não apresentar a sua declaração de impostos, ou a apresentar com dados falsos ou fraudulentos, não há qualquer prazo limite para o IRS proceder às liquidações daí resultantes¹¹⁰⁴.

○ **Exigências documentais impostas aos contribuintes**

DOCUMENTAÇÃO – Obrigação de manter documentação comprovativa	Sim
---	------------

QUADRO N.º 54

Relativamente às exigências documentais impostas aos contribuintes que praticaram preços de transferência, diríamos que os E.U.A. apresentam duas posições distintas, conforme estejamos perante:

- (i) Um “Acordo de partilha de custos”;
- (ii) Outras operações vinculadas entre empresas associadas¹¹⁰⁵.

Relativamente aos “Cost Sharing Arrangement” há naquele sistema jurídico fiscal regulamentação que impõe aos contribuintes que apresentem juntamente com a sua declaração de impostos uma cópia do original daquela declaração de partilha de custos acompanhada da informação detalhada da implementação e decurso daquele acordo¹¹⁰⁶.

No tocante às restantes operações vinculadas os contribuintes devem possuir elementos demonstrativos de que se esforçaram de boa fé em praticar os preços de transferência de acordo com o princípio da empresa independente, pelo que devem

¹¹⁰⁴ Neste sentido vejam-se LAURIE J. DICKER of ALVAREZ & MARSAL TAXAND LLC, Taxand United States, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2009 Edition and Transfer Pricing*, IBFD TAX TRAVEL COMPANIONS, Amsterdam, Netherlands, 2009, sobre a análise que fazem no item 9.2 *Statute of limitation*, integrado na descrição sobre o regime jurídico-tributário dos preços de transferência nos E.U.A., pags. 538.

¹¹⁰⁵ Para uma análise mais detalhada sobre a documentação exigida por aquele ordenamento jurídico-tributário e que deverá ser presente ao IRS, vejam-se LAURIE J. DICKER of ALVAREZ & MARSAL TAXAND LLC, Taxand United States em *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2009 Edition and Transfer Pricing*, IBFD TAX TRAVEL COMPANIONS, Amsterdam, Netherlands, 2009, sobre a análise que fazem no item 5. *Disclosure/Documentation Requirements*, integrado na descrição sobre o regime jurídico-tributário dos preços de transferência nos E.U.A., pags. 534.

¹¹⁰⁶ Neste sentido veja-se a regulamentação constante da Treas. Reg. Sec. 1.482-7T.

apresentar documentação contemporânea à prática dessas operações vinculadas de modo a evitarem, ou minimizarem, as sanções por eventuais correcções, documentação esta que deve ser redigida em inglês e valorada em moeda americana.

Aquela documentação deve ter em vista demonstrar à Administração Tributária dos E.U.A., entre outros aspectos:

(i) Uma visão global dos negócios envolvidos, designadamente uma análise económica e legal que possam influenciar a política dos preços praticados;

(ii) Uma descrição da estrutura organizacional das empresas associadas envolvidas, nomeadamente daquelas situadas no estrangeiro e que afectem, quer directa, quer indirectamente, os preços praticados;

(iii) Uma descrição dos métodos utilizados e a sua motivação devidamente fundamentada através de uma explicação da utilização de determinados métodos em detrimento de outros;

(iv) Uma descrição das operações vinculadas em causa e quais os dados internos que se analisaram e que tiveram, ou têm influência, na determinação dos preços;

(v) E uma descrição de todos os elementos necessários para se proceder à comparação entre os preços praticados e os que serviram de modelo comparativo, designadamente as necessárias adaptações que se praticaram para que essa comparação fosse possível.

Perante o que acima referimos é essencial que haja documentação que suporte com rigor a verdade factual que levaram as entidades associadas a praticarem aqueles preços de transferência e não outros, tendo assim ao dispor das entidades fiscais um elenco de elementos de prova, devidamente catalogados e com índice geral, que permita uma prova cabal perante o IRS¹¹⁰⁷.

¹¹⁰⁷ A partir do ano de 2009 vejam-se, por exemplo, as declarações que os contribuintes têm que apresentar ao IRS para justificar as suas operações vinculadas com entidades estrangeiras, nomeadamente os:

(i) Form 5471 - Information Return of U.S. Persons With Respect To Certain Foreign Corporations 05/05/2009;

(ii) Form 5471 (Schedule J) - Accumulated Earnings and Profits (E&P) of Controlled Foreign Corporation 05/03/2009;

(iii) Form 5471 (Schedule M) - Transactions Between Controlled Foreign Corporation and Shareholders or Other Related Persons 05/05/2009;

(iv) Form 5471 (Schedule O) - Organization or Reorganization of Foreign Corporation, and Acquisitions and Dispositions of Its Stock 11/22/2009; e,

(v) Form 5472 - Information Return of a 25% Foreign-Owned U.S. Corporation or a Foreign Corporation Engaged in a U.S. Trade or Business 05/05/2009;

○ **Os Acordos Prévios sobre os Preços de Transferência (APP)**

APP – ACORDOS PRÉVIOS SOBRE OS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

Unilaterais
Bilaterais
Multilaterais

QUADRO N.º 55

Desde o ano de 1991 que nos E.U.A. têm sido negociados APP entre a Administração Tributária e os contribuintes interessados em prospectivamente estabelecerem as regras de determinação dos preços de transferência¹¹⁰⁸, de modo a que não fosse necessário ao IRS ter uma especial atenção aos métodos praticados pelas empresas associadas em relação às operações vinculadas, evitando-se por esta via os necessários ajustamentos face ao disciplinado na Sec 482 do IRC., facto que gerou uma dinâmica crescente na celebração dos APP, quer unilaterais, quer bilaterais ou multilaterais¹¹⁰⁹.

Como acordo voluntário que é a sua aderência, quer por parte dos contribuintes, quer do IRS, permite-se por esta via alcançar uma certeza e segurança jurídica nas relações futuras através deste contrato vinculativo em que se transforma após a sua conclusão¹¹¹⁰.

No sítio da Internet do IRS
<http://www.irs.gov/app/picklist/list/formsInstructions.html?value=Form+5472&criteria=formNumber&submitSearch=Find>.

¹¹⁰⁸ Sobre a existência dos APP nos E.U.A. já fomos fazendo algumas alusões aquando da introdução de notas de rodapé específicas na “II PARTE” deste nosso trabalho e inserido concretamente no n.º “V. OS ACORDOS ENTRE ESTADOS COMO FORMA DE ELIMINAÇÃO DA DUPLA TRIBUTAÇÃO”, sob o item “i. Os acordos prévios em matéria de preços de transferência – APP”.

¹¹⁰⁹ Sobre este aspecto escreve JOSEPH ANDRUS, da PricewaterhouseCoopers, Boston, *Transfert Pricing Database*, do INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, sobre os preços de transferência dos “United States”, sob o item 11.4. *Advance pricing agreements*, no sítio da Internet www.ibfd.org. que “*In early 1991, the IRS established an advance pricing agreement (APA) programme to provide the opportunity for advance determinations with respect to transfer pricing issues that allow the taxpayer and the IRS to avoid transfer pricing disputes prospectively. At the time, the idea that the IRS would agree to provide advance determinations of Sec. 482 pricing issues was considered novel and unusual. In general, the IRS had resisted pre-transactional rulings on transfer pricing matters. In subsequent years, the APA programme has become an established and well-accepted option for resolving transfer pricing issues.*”.

¹¹¹⁰ A estabilidade deste acordo entre as Administrações Tributárias e as empresas envolvidas estão dependentes que estas não pratiquem fraudes, actuem de má-fé, negligência ou deturpem os factos inerentes à concretização do APP porquanto, se tais atitudes foram tomadas pelo contribuintes, isso será fundamento para o IRS proceder à revogação, ao cancelamento e à sua revisão, aliás como explana JOSEPH ANDRUS da PricewaterhouseCoopers – Boston em *Transfert Pricing Database*, INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, sobre os preços de transferência dos “United States”, sob o item 11.4.8. *Revocation, revision, renewal*, no sítio da Internet www.ibfd.org. ao afirmar que “*The IRS may revoke the APA if it determines that there has been fraud, malfeasance or disregard by the taxpayer in connection with the material facts set forth in the APA request, subsequent annual reports or other submissions, or lack of good faith compliance with the APA. A revocation may be retroactive to the original effective date and have other adverse consequences for the taxpayer. Absent fraud, malfeasance or disregard by the taxpayer, the IRS may nonetheless cancel the APA if it determines*”.

A negociação deste regime específico decorre através de um processo próprio conducente à sua conclusão e constante do Revenue Procedure 2006-9, 2006-1 CB 278 e, através deste procedimento, o IRS e as empresas envolvidas no APP, acordam sobre:

- (i) A natureza das operações a que se aplica;
- (ii) Sobre as metodologias adequadas à determinação dos preços de transferência;
- (iii) Assim como sobre o intervalo admissível entre os preços praticados e os resultantes daquelas metodologias – intervalo dos preços de transferência¹¹¹¹.

Os seus efeitos são regra geral prospectivos e podem ir até aos cinco anos, contudo, já foram celebrados APP com duração até dez anos em face da longa previsibilidade de estabilidades das concretas condições que levaram à celebração de tais APP, não sendo também descurada a hipótese de produção de efeitos reactivos e desde que tal seja acordado entre as partes intervenientes, quer esta iniciativa seja

that there was a misrepresentation, mistake or omission of a material fact or lack of good faith compliance with the terms and conditions of the APA. A cancellation will be effective as from the beginning of the year in which the fault occurs. The APA may be revised if there has been a change in a critical assumption or in the applicable law or treaty. If a change has occurred, the taxpayer must notify the IRS no later than the date for filing the annual report for the first year in which the change occurs. If the taxpayer and the IRS cannot execute a revised agreement, the APA will be cancelled as from the beginning of the year in which the change occurs".

¹¹¹¹ Sobre o concreto conteúdo do pedido apresentado pelo contribuinte ao IRS em vista à iniciação das negociações tendentes à análise e conclusão de um APP, inserimos aqui a descrição feita por JOSEPH ANDRUS, da PricewaterhouseCoopers, Boston, Transfert Pricing Database, INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, sobre os preços de transferência dos “United States”, sob o item 11.4.4.2. *Content of APA request*, no sítio da Internet www.ibfd.org, que refere: “The formal APA process is initiated by filing a written APA application. In general, a formal APA application will include an explanation and functional analysis of the transactions under consideration, a description of the proposed TPM and an illustration of its application to the prior 3 years’ financial and tax data, and an economic analysis demonstrating why the proposed TPM is appropriate under the circumstances. Unless otherwise agreed in the profiling conference, the taxpayer will also submit the following information with the APA request: **(i)** the names, addresses, telephone numbers, taxpayer identification numbers and taxable year of the parties to the requested APA; **(ii)** the organizations, trades, businesses and transactions that will be subject to the APA; **(iii)** a brief description of the general history of the business operations, worldwide organizational structure, ownership, capitalization, financial arrangements, principal businesses, places of business and major transaction flows for the parties; **(iv)** representative financial and tax data of the parties for the last 3 years, including pertinent information and tax returns filed with the IRS, financial statements, annual reports, existing intercompany pricing agreements, marketing and financial studies, company accounting procedures, budget projections, business plans and worldwide product line or business segment reports; **(v)** the functional currency of each party and the currency in which payments between the parties are made for transactions covered by the APA; **(vi)** a description of significant financial accounting methods and any significant differences between financial and tax accounting methods that have a direct bearing on the requested APA; **(vii)** a discussion of any relevant statutory provisions, tax treaties, court decisions, regulations, revenue rulings or revenue procedures that relate to the requested APA; and **(viii)** an explanation of the taxpayer’s and the IRS’s respective positions on issues that are currently under audit, IRS appeals, litigation or competent authority proceedings”.

proposta pelas empresas envolvidas, quer até pela incitação do IRS na introdução de tais efeitos¹¹¹².

Os APP bilaterais ou multilaterais, que são os de maior relevância para a nossa temática, a sua hipótese de celebração resulta da existência de CDT celebrada pelos E.U.A., envolvendo-se as Administrações Tributárias das empresas associadas, assim como as empresas, na negociação e conclusão de tais APP¹¹¹³, clarificando-se por esta via as situações jurídico-factuais em que as partes envolvidas – Administrações Tributárias e empresas associadas – irão avaliar aquele contrato de APP, evitando-se à priori a eliminação da dupla tributação internacional¹¹¹⁴.

A celebração dos APP nos E.U.A. implicam custos para os contribuintes envolvidos, que variam em função da dimensão da empresa requerente:

¹¹¹² Sobre a duração da vigência dos APP, diz-nos JOSEPH ANDRUS da PricewaterhouseCoopers – Boston em *Transfert Pricing Database*, do INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, sobre os preços de transferência dos “United States”, sob o item 11.4.3. *Coverage*, no sítio da Internet www.ibfd.org, que na prática comum o “...the APA to apply for 5 years...”, contudo há APP “...covering 10 or more years have been negotiated in some instances...”, esclarecendo que a produção de efeitos é em regra geral para o futuro, não sendo descurada a hipótese de produção de efeitos retroactivos, como aliás descreve no segundo parágrafo ao assumir que “*Although the APAs are generally prospective...*” e que o “...IRS consider a rollback of the APA to prior years...”, facto que é do agrado das equipas encarregues destas negociações, como aliás é assumido ao dizer-se que “...Often the field audit team is pleased to receive a rollback request since that may mean that they can devote their audit time to other issues while deferring to the APA Office to assume primary responsibility for protecting the government’s interest in the transfer pricing matter...”.

¹¹¹³ O tempo médio de duração das negociações dos APP é que são, em nossa opinião, muito longas, aliás como demonstra JOSEPH ANDRUS, da PricewaterhouseCoopers, Boston, *Transfert Pricing Database*, INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, sobre os preços de transferência dos “United States”, sob o item 11.4.11. *APA statistics*, no sítio da Internet www.ibfd.org. ao referir que “*The report indicates that for APAs completed in 2006, the average processing time was 33.9 months for new APAs and 27.5 months for renewals. For new unilateral APAs the average processing time was 22 months and for unilateral renewals the average processing time was 18.5 months. For new bilateral APAs signed in 2006, the average processing time was 43.6 months and for bilateral renewals the average processing time was 40.9 months. For bilateral APAs the average time to complete a recommended negotiating position was 26.2 months. This compares with the APA programme’s stated objective to complete the negotiating position within 1 year of the time the application is substantially complete*”.

¹¹¹⁴ A importância dos APP nos E.U.A. é-nos demonstrada pelo elevado número de acordos já celebrado, e traduzido nos dados estatísticos fornecidos pelo IRS, descritos por JOSEPH ANDRUS, PricewaterhouseCoopers, Boston, *Transfert Pricing Database*, INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, sobre os preços de transferência dos “United States”, sob o item 11.4.11. *APA statistics*, no sítio da Internet www.ibfd.org. em que refere: “*The most recent APA annual report was published on 19 March 2007 and contains statistics relating to the operation of the APA programme during calendar year 2006 (Announcement 2007-31, 2007-12 IRB 769). That report indicated that during 2006 the IRS completed 82 APAs and received 109 APA applications. The APA Office also completed 62 recommended negotiating positions in bilateral cases in 2006. The report indicates that since the inception of the programme, the APA Office has received 1037 applications for APAs, and has completed 692 APAs. As of the end of 2006, 249 applications for new or renewal APAs were pending. This implies that only about one in ten APA applications is withdrawn before successfully completing an APA*”.

(i) É cobrada uma taxa de 50.000 dólares para a sua celebração e de 35.000 dólares se se tratar de uma renovação, quando estejam em causa grandes empresas; e,

(ii) De 22.500 dólares ou 10.000 dólares se se estiver perante uma pequena empresa tal como é definida no Revenue Procedure 2006-9.

Por último diremos que os contribuintes têm a obrigação de anualmente apresentar um relatório, dentro das condições previamente negociadas sobre o seu conteúdo, no prazo de 90 dias após a apresentação da declaração de impostos e descritivo das operações vinculadas realizadas e demonstrativo da sua execução de acordo com o princípio da boa-fé e dentro dos termos previstos no APP, devendo-se incluir ali os eventuais pedidos de cancelamento, renovação ou modificação se as condições pré-estabelecidas e constante do APP tiverem sido modificadas de tal forma que impliquem a tomada de uma daquelas atitudes.

• **As penalizações**

PENALIZAÇÕES			
Tipo de infractor	Pequenas sociedades empresariais, empresários individuais ou companhias holdings pessoais	Exceder o valor de 5.000 dólares americanos o valor da correcção do imposto em falta	
	Outras sociedades	Exceder o valor de 10.000 dólares americanos o valor da correcção	
Características das Infracção	Avaliação substancialmente errónea	Preços de transferência originais são superiores a 200% ou inferior a 50% aos preços estabelecidos	Sanção de 20% (vinte por cento) sobre o valor que deixou de ser arrecado
		Ajustamentos dos preços de transferência originam correcções à matéria colectável num valor superior a vinte milhões de dólares ou a 20% das receitas brutas	
	Erro grosseiro de avaliação	Preços de transferência originais com valores superiores a 400% ou inferior a 25% dos preços estabelecidos	Sanção de 40% (quarenta por cento) sobre o valor que deixou de ser arrecado
		Ajustamentos dos preços de transferência originam correcções à matéria colectável num valor superior a vinte milhões de dólares ou a 20% das receitas brutas	
Afastamento da sanção		O contribuinte tem que provar que agiu de boa fé e com toda a razoabilidade que a situação negocial exigia nas suas operações vinculadas intra-grupo	

QUADRO N.º 56

A legislação fiscal dos EUA prevê a possibilidade de aplicações de sanções aos contribuintes a quem a Administração Tributária Americana tenha procedido a correcções aos valores dos preços de transferência praticados pelas empresas vinculadas e por tal haja alterações na matéria colectável, quer seja para mais, quer

para menos. A primeira premissa que têm que estar estabelecida para que haja aplicabilidade de sanções é que o imposto em falta provocado pela incorrecta determinação dos preços de transferência tem que exceder o valor de 5.000 dólares americanos, se se estiver perante pequenas sociedades empresariais, empresários individuais ou companhias holdings pessoais e a segunda premissa de que o valor exceda 10.000 dólares se se estiver perante outras sociedades.

Prevêm-se dois tipos distintos de sanções, a saber:

(a) Uma que impõe que o IRS aplique uma sanção de 20% (vinte por cento) sobre o valor que deixou de ser arrecado pelo Tesouro Americano desde que o contribuinte tenha procedido a uma «*avaliação substancialmente errónea*» na valoração dos seus preços de transferência, facto que se verifica quando:

- (i) O preço de transferência original é superior a 200% ou inferior a 50% do preço estabelecido;
- (ii) O IRS proceda a um ajustamento dos preços de transferência que origine correcções à matéria colectável num valor superior a cinco milhões de dólares ou a 10% das receitas brutas;

(b) Outra que impõe a aplicação de uma sanção de 40% (quarenta por cento) sobre o valor que deixou de ser arrecado pelo Tesouro Americano desde que o contribuinte tenha praticado um «*erro grosseiro de avaliação*» na valoração dos seus preços de transferência, facto que se verifica quando o IRS:

- (i) Reavalie os preços de transferência originais em valores superiores a 400% ou inferior a 25% do preço estabelecido;
- (ii) Proceda a um ajustamento dos preços de transferência que origine correcções à matéria colectável num valor superior a vinte milhões de dólares ou a 20% das receitas brutas.

O contribuinte pode demonstrar que não é merecedor de qualquer sanção desde que prove que agiu de boa fé e com toda a razoabilidade que a situação negocial exigia nas suas operações vinculadas intra-grupo.

Atente-se que estamos perante dois conceitos subjectivos e por tal têm que ser densificados através de uma análise dos factos e circunstâncias demonstrativos de que o contribuinte se esforçou para determinar os preços de transferência com toda a

responsabilidade que a legislação fiscal lhe impunha, facto que pode se demonstrado através:

(i) Da preparação prévia (ou contemporânea) à apresentação da declaração de rendimentos da documentação elencada na *Section 482 do IRC*;

(ii) Que apresente essa documentação relacionada com as operações vinculadas no prazo de 30 (trinta) dias após o pedido que lhe seja feito pelo IRS;

(iii) E ainda que o contribuinte tenha valorado os seus preços de transferência através de um dos métodos especificamente elencados na *Section 482 do IRC*, a não ser que demonstre que utilizou um qualquer outro método em face da premissa que lhe dá o “*Unspecified Methods*” – “*UM*”, o designado Qualquer outro Método Razoável.

Fica, contudo, aqui com o ónus de provar que os métodos especificamente elencados na *Section 482 do IRC* não eram susceptíveis de fornecer um preço que obedecesse *at arm's length principle*¹¹¹⁵.

¹¹¹⁵ Para uma exposição mais detalhada sobre esta temática veja-se a análise feita por HEIMET, MICHAEL (PhD, PDG de Ceteris Inc) e JOHNSON, MICHELLE (Ceteris Inc.), inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada *Prix de transfert*, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, “Chapitre 7”, “Section VI”, itens 1624 e 1625, pags. 326 e 327.

ii. O regime jurídico da tributação dos preços de transferência no JAPÃO

○ Introdução

Faremos em seguida uma breve análise do regime jurídico que disciplina a tributação dos Preços de Transferência no Japão¹¹¹⁶, país este que juntamente com os EUA integram a “Pacific Association of Tax Administrators” – “PATA”¹¹¹⁷.

O regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência Japonês¹¹¹⁸ remonta às regras ali introduzidas no ano de 1986 através do artigo n.º 66-4 do ASMT – lei sobre os Regimes Fiscais Especiais – “*Act on Special Measures concerning Taxation*” – “ASMT”, regras estas completadas pelo artigo 39-12 do ASMT, que colocaram em efectiva aplicação aquele regime jurídico, e pelo artigo 66-4 da circular de aplicação daquela mesma lei – “*Commissioner’s Directive on Interpretation of the ASMT – ASMT Directive*”¹¹¹⁹, publicadas pela primeira vez em 2001 pela Administração Tributária do Japão – “*National Tax Agency Japan – NTA*”, e que está em constante actualização, designadamente em 2006 com a introdução de orientações sobre o regime aplicável às operações vinculadas sobre activos incorpóreos.

Em Junho de 2007 estas instruções orientadoras foram complementadas com uma publicação pela “NTA” com a análise de 26 (vinte e seis) casos reais sobre aplicabilidade das regras Japonesas sobre Preços de Transferência e que servirão de matriz para estudo comparativo em relação a outros que surjam^{1120 1121}.

¹¹¹⁶ A nossa análise baseia-se no trabalho desenvolvido por MARX, JEAN-DENIS e ISHIKAWA, TOSHIO (Baker & McKenzie Tokyo Aoyama Koma Law Office), inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada *Prix de transfert*, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, “Chapitre 7”, “Section VI”, itens 1560 a 1576, pags. 306 a 315.

¹¹¹⁷ Para uma análise detalhada sobre esta organização internacional integrante de quatro países – EUA, Canadá, Japão e Austrália – veja-se o sítio na Internet <http://www.irs.gov/newsroom/article/0,,id=123846,00.html>.

¹¹¹⁸ Para uma análise sobre a temática da tributação, designadamente sobre a disciplina jurídico-tributária das questões motivadas pelos Preços de Transferência veja-se o sítio na Internet da Administração Tributária do Japão na página http://www.nta.go.jp/foreign_language/index.htm.

¹¹¹⁹ Referências expressas ao “*Act on Special Measures concerning Taxation*” – “ASMT” e à “*Commissioner’s Directive on Interpretation of the ASMT*” – “ASMT Directive”, podem ser analisadas em *Commissioner’s Directive on the Operation of Transfer Pricing (Administrative Guidelines) National Tax Agency of Japan* no sítio da Internet da Administração Tributária do Japão, versão em inglês, na página http://www.nta.go.jp/foreign_language/07.pdf.

¹¹²⁰ Esta publicação da “NTA” pode ser consultada na sua página da Internet http://www.nta.go.jp/foreign_language/08.pdf sob o título “*Supplement – Reference Case Studies on Application of Transfer Pricing Taxation*”, com 112 páginas.

O controlo dos Preços de Transferência é uma preocupação da “NTA”¹¹²², prática que é levada a cabo pelos seus Departamentos Regionais, que dispõem de inspectores especializados nesta temática e integrados em divisões especialmente vocacionadas sobre a análise de operações vinculadas praticadas por empresas associadas, inspectores estes que dispõem de total autonomia relativamente a todos os restantes funcionários inseridos em equipas inspectivas, não sendo contudo este facto impeditivo da sua mutua colaboração^{1123 1124}.

¹¹²¹ Para uma breve análise da legislação Japonesa e respectivas instruções administrativas da sua Administração Tributária veja-se MARX, JEAN-DENIS e ISHIKAWA, TOSHIO (Baker & McKenzie Tokyo Aoyama Koma Law Office), inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada *Prix de transfert*, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, “Chapitre 7”, “Section VI”, item 1560, pags. 306 e 307.

¹¹²² Este aspecto é particularmente referenciado pela “NTA” no seu “*National Tax agency Report 2008*”, no sitio da internet http://www.nta.go.jp/foreign_language/2008e.pdf, quando afirma que “...concerning tax evasion and tax avoidance through the exploitation of cross-border transactions, the NTA implements proper taxation from the viewpoint of securing the taxing rights of our country, after properly grasping the facts through examinations. To this end, the NTA has enhanced the examination framework, such as increasing the number of senior examiners (international taxation), setting up a project team, and taking every opportunity available to collect information helpful to taxation through means such as grasping the flow of funds to foreign countries and making the best use of the exchange of information under the tax treaties. Furthermore, the NTA is properly handling transfer pricing issues arising from transactions between corporations and overseas affiliates through examinations...” sob o Capítulo IV, item 1, pags. 32.

¹¹²³ De acordo com a informação recolhida no “2008 INCOME TAX GUIDE FOR FOREIGNERS - National Tax Agency” no site da Internet http://www.nta.go.jp/foreign_language/income08.pdf “...the government offices responsible for administering the national tax system in Japan is the National Tax Agency, which is the central national office; eleven Regional Taxation Bureaus and the Okinawa Regional Taxation Office, which are directly subordinate to the central administration office; and 524 tax offices located throughout the country...”.

¹¹²⁴ A temática do controlo da “NTA” é apresentada com algumas indicações relevantes sobre a sua importância por MARX, JEAN-DENIS e ISHIKAWA, TOSHIO (Baker & McKenzie Tokyo Aoyama Koma Law Office), inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada *Prix de transfert*, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, “Chapitre 7”, “Section VI”, item 1561, pags. 307 e 308, onde referenciam os onze departamentos de níveis regionais daquela Administração Tributária, aliás também referenciados pela própria “NTA” como vimos na nota anterior, acrescentando estes autores que eram afectos a este tipo concerto de inspecções cerca de duzentos inspectores, controlo este que geralmente era levado a cabo por sectores de actividades em vista à rentabilização das auditorias, nomeadamente pela recolha e análise em simultâneo dos mesmos parâmetros para análise comparativa dos preços de transferência, assim como permitirem terem uma melhor compreensão das margens praticadas por sectores. Estas análises que, segundo estes autores estão em crescendo, quer em qualidade, quer em quantidade de empresas analisadas, quer ainda em valores de matéria colectável que vão determinando face às correcções que propõem, factos que se evidenciam com valores retirados do relatório daquela administração tributária do ano de 2006, em que pela primeira vez foram ultrapassados mais de uma centena de casos analisados, significando isto um aumento de 45,1% comparativamente com o ano precedente, inspecções estas que renderam uma matéria colectável num valor aproximado de 283,6 biliões de ienes, isto é, cerca de 1,8 biliões de euros.

As correcções feitas pelos inspectores da “NTA” são referenciadas por estes autores através de alguns exemplos que aqui reproduzimos, a saber: 1 – o caso *Takeda Pharmaceuticals* com uma correcção de 122 biliões de ienes; 2 – o caso *Sony* com uma correcção de 74 biliões de ienes; 3 – o caso *Yamanouchi Pharmaceuticals* com uma correcção de 54 biliões de ienes; 4 – dois casos distintos em relação à *Coca-Cola Japonesa*, em que um deles provocou uma correcção de 45 biliões de ienes e outro uma correcção de 38 biliões de ienes.

O artigo 1-2 dos Princípios Directores internos da lei Japonesa é o único ponto de referência expressa aos “Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais” da OCDE, ao estabelecer-se ali que tendo em vista a “resolução dos problemas de dupla tributação internacional originados pela tributação dos preços de transferência, é importante que as autoridades fiscais de cada um dos países envolvidos partilhem a mesma compreensão daquela matéria”.

Consequentemente, é conveniente que a condução da análise a avaliação dos acordos prévios – APP – se faça de forma adequada referindo-se, se necessário, aos Princípios Directores da OCDE”. Efectivamente, esta referência expressa ligada à temática dos APP, cuja negociação e concretização está sob a alçada da “NTA”, tem subjacente uma coordenação que é necessário fazer-se coerentemente, quer nas práticas fiscais de inspecção, quer na negociação, quer na celebração daqueles APP.

Aqueles Princípios Directores internos da lei Japonesa indicam 3 (três) critérios que permitem avaliar a existência, ou não, de potenciais problemas na determinação dos preços de transferência, a saber:

(i) Comparação das margens brutas ou das margens de exploração (margem líquida) da sociedade controlada relativamente às transacções que tenha praticada com as empresas estrangeiras vinculadas e com as empresas independentes, ou seja, a utilização da designada comparabilidade interna;

(ii) A utilização da comparabilidade externa, ou seja, com operações praticadas por empresas independentes;

(iii) E por último a análise das situações integradas sob o Fraccionamento do Lucro entre a sociedade controlada e a sociedade estrangeira associada.

A ligação que a “NTA” faz entre estes 3 (três) índices, quer quanto ao seu nível de hierarquização, quer da susceptibilidade da sua indiferente utilização, não está clarificada, sendo até estes índices assumidos como meros exemplos sem carácter limitativo, podendo assim, na prática, a “NTA” utilizar qualquer outro indício ou até partir de um único daquele indícios para desencadear um controlo fiscal^{1125 1126}.

¹¹²⁵ Neste sentido veja-se MARX, JEAN-DENIS e ISHIKAWA, TOSHIO (Baker & McKenzie Tokyo Aoyama Koma Law Office), inserta na publicação feita EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada *Prix de transfert*, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre,

Vamos passar em revista os principais pontos do regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência do Japão e, para uma melhor pré-visualização, inserimos um quadro representativo das temáticas que desenvolveremos.

Paris, France, 2008, “Chapitre 7”, “Section VI”, itens 1571 e 1572, pags. 312 e 3313. Estes autores evidenciam a utilização pelos Departamentos Fiscais Regionais da “NTA” de «comparáveis secretas» e que resultam, geralmente, da aglutinação dos dados recolhidos em inspecções fiscais. Contudo a Administração Fiscal Japonesa afirma que aquelas «comparáveis secretas», não devem ser assim apelidadas como tal, dado que estariam «oficialmente» disponíveis ao público, contudo é impossível aquilatar-se da sua qualidade.

¹¹²⁶ De acordo com os dados estatísticos publicados pela “NTA” em relação aos métodos utilizados para determinação da comparabilidade dos preços de transferência inseridos nos APP, bilaterais ou multilaterais, celebrados no ano de 2005, temos a seguinte repartição de utilização: (i) Método do Preço de Revenda Minorado - “*Resale Price Method*” – 22 (vinte e dois) casos; (ii) Método do Custo Majorado - “*Cost Plus Method*” – 20 (vinte) casos; (iii) Método do Fraccionamento do Lucro - “*Profit Split Method*” – 12 (doze) casos; (iv) Método da Margem Líquida da Operação - “*Transactional Net Margin Method*” – 9 (nove) casos; e (v) Método do Preço Comparável de Mercado - “*Comparable Uncontrolled Price Method*” – 4 (quatro) casos, ou seja, esta estatística evidencia imediatamente que o método que a OCDE preconiza como sendo a base estruturante na determinação dos preços de transferência foi aquele que foi o menos utilizado. Veja-se o “APA Program Report 2008” – pags. 3 – ponto 2 - elaborado pela “NTA” e disponível no seu sítio da Internet www.nta.go.jp. Sobre esta estatística veja-se MARX, JEAN-DENIS e ISHIKAWA, TOSHIO (Baker & McKenzie Tokyo Aoyama Koma Law Office), inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, em concreto a obra intitulada *Prix de transfert*, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, “Chapitre 7”, “Section VI”, itens 1570, pags. 312.

JAPÃO				
CONCEITO DE EMPRESAS ASSOCIADAS	1	O domínio do capital de forma directa ou indirecta desde 50% da dominada		
	2	O domínio sobre terceiros quando se detém de forma directa ou indirecta o domínio do capital da dominante desde 50%		
	3	Quando haja em substância o domínio directo ou indirecto ou por terceiros, da política de negócios sobre uma dominada		
MÉTODOS APLICÁVEIS	Métodos Tradicionais Sobre as Transacções	1	Comparable Uncontrolled Price Method - CUP	
		2	Resale Price Method – RPM	
		3	Cost Plus Method – CPM	
	Métodos Sobre os Lucros	4	Profit Split Method – PSM	
		5	Transactional Net Margin Method - TNMM	
	O apelidado “Quarto Método”	1	A utilização de um método semelhante ou equivalente a um dos três métodos tradicionais	
2		A utilização de um método semelhante ou equivalente a um dos dois métodos sobre os lucros	(i) Contribution Profit Split; (ii) Comparable Profit Split; (iii) Residual Profit Split; (iv) Methods Consistent with TNMM.	
HIERARQUIA DE MÉTODOS	1	Prevalência de qualquer um dos três métodos tradicionais que melhor se adapte ao caso concreto		
	2	Em alternativa um dos restantes métodos que melhor se adapte		
AJUSTAMENTOS	Ajustamento primário		Sim	
	Ajustamento correlativo		Sim	
	Operação secundária e Ajustamento secundário		A doutrina divide-se entre:	(i) Sim (ii) Não
	Prazo máximo de caducidade		Geral – 6 anos Fraude fiscal ou ocultação de rendimentos – sem limite de tempo	
DOCUMENTAÇÃO – Obrigação de manter documentação comprovativa			Sim	
APP – ACORDOS PRÉVIOS SOBRE OS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA			Unilaterais Bilaterais	
PENALIZAÇÕES	CARACTERÍSTICAS DAS INFRAÇÕES	ADICIONAL SOBRE O IMPOSTO LIQUIDADO		
			Situações Normais	Casos de Dissimulação Ou de Fraude
		A declaração anual de rendimentos é apresentada no prazo legal, mas o valor do imposto foi subavaliado	10% ou 15%	35%
		A declaração anual de rendimentos não foi apresentada até ao limite do prazo legal	15% ou 20%	40%
		OUTRAS SANÇÕES		
		Recusa de cooperação nos exames, falsas declarações ou obstrução ao decurso de qualquer exame	Penas de prisão com trabalhos forçados até um ano Ou Multa até 200.000 ienes	
AFASTAMENTO DA SANÇÃO		O contribuinte tem que provar que envidou todos os seus esforços para reunir as informações específicas que lhe foram pedidas, mas isso não impede a Autoridade Tributária de fazer uma avaliação fiscal com base na sua própria análise dos preços de transferência e de a empresa se sujeitar à tributação com o agravamento das taxas		

QUADRO N.º 57

○ **Conceito de empresas associadas**

CONCEITO DE EMPRESAS ASSOCIADAS	1	O domínio do capital de forma directa ou indirecta desde 50% da dominada
	2	O domínio sobre terceiros quando se detém de forma directa ou indirecta o domínio do capital da dominante desde 50%
	3	Quando haja em substância o domínio directo ou indirecto ou por terceiros da política de negócios sobre uma dominada

QUADRO N.º 58

A legislação tributária Nipónica refere que se está perante entidades estrangeiras vinculadas (vistas aqui como uma sociedade ou um indivíduo estrangeiro) quando as empresas estrangeiras têm um dos seguintes tipos de relações especiais com a entidade em questão^{1127 1128}:

(i) Uma empresa detém sobre outra, directa ou indirectamente, um número de acções ou de uma contribuição para o seu capital, que compreende 50%, ou mais, do número total de acções emitidas ou do montante do capital dessa sociedade (ou seja, uma relação de sociedades holding);

(ii) Quando uma entidade detém um número de acções, ou da contribuição para o capital, que compreende 50%, ou mais, do número total das acções emitidas ou do montante total desse capital em relação a duas sociedades que são detidos, directa ou indirectamente, pela mesma pessoa;

(iii) Quando uma de duas sociedades pode, em substância, determinar a totalidade, ou uma parte, as políticas de negócios de outra sociedade (ou seja, um domínio substancial do controlo);

(iv) Quando qualquer uma de duas sociedades domina indirectamente o relacionamento de outra sociedade com as outras sociedades de uma holding, haja um controlo substancial da relação, ou ambos; e,

(v) Quando qualquer uma de duas sociedades é dominada pela mesma entidade nas relações com a holding, ou haja um controlo substancial da relação, ou ambos¹¹²⁹.

¹¹²⁷ O desenvolvimento do parágrafo 1 do n.º 4 do artigo 66.º da Special Taxation Measures Law - STML, sob a epígrafe *Special Provisions for Taxation of Transactions with Foreign Related Persons* é feito pelo n.º 12 do artigo da Special Taxation Measures Law Enforcement Order, sob a epígrafe *Special Provisions for Taxation of Transactions with Foreign Related Persons* em que o legislador nipónico descreve o conceito de entidades vinculadas.

¹¹²⁸ Para uma análise detalhada sobre o conceito de empresas associadas e sujeitas a um controlo comum, vejam-se KEN OKAWARA da BAKER & MCKENZIE, TOKYO e KARL CHRIS e NEWMAN da Ernst & Young, Tokyo, Transfert Pricing Database, INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, sobre os preços de transferência do “Japan”, sob o item 2.6. *The concepts of “associated enterprises” and “control”*, no sítio da Internet www.ibfd.org.

¹¹²⁹ Neste sentido veja-se EIKI KAWAKAMI, Kojima Law Offices, Taxand Japan, em *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2009 Edition and Transfer Pricing, IBFD TAX TRAVEL COMPANIONS*, Amsterdam, Netherlands, 2009, sobre a análise que fazem no item

○ **Métodos de determinação dos preços de transferência**

MÉTODOS DE DETERMINAÇÃO DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA			
Métodos Aplicáveis	Métodos Tradicionais Sobre as Transacções	1	Comparable Uncontrolled Price Method - CUP
		2	Resale Price Method – RPM
		3	Cost Plus Method – CPM
	Métodos Sobre os Lucros	4	Profit Split Method – PSM
		5	Transactional Net Margin Method - TNMM
	O apelidado “Quarto Método”	1	A utilização de um método semelhante ou equivalente a um dos três métodos tradicionais
		2	A utilização de um método semelhante ou equivalente a um dos dois métodos sobre os lucros (i) Contribution Profit Split; (ii) Comparable Profit Split; (iii) Residual Profit Split; (iv) Methods Consistent with TNMM.
Hierarquia de métodos	1	Prevalência de qualquer um dos três métodos tradicionais que melhor se adapte ao caso concreto	
	2	Em alternativa um dos restantes métodos que melhor se adapte	

QUADRO N.º 59

O sistema jurídico-tributário nipónico especifica que os preços devem ser determinados através da utilização dos apelidados Métodos Tradicionais Sobre as Transacções que integram o Método do Preço Comparável de Mercado “*Comparable Uncontrolled Price Method – CUPM*”, o Método do Preço de Revenda Minorado, “*Resale Price Method – RPM*” e o Método do Custo Majorado, “*Cost Plus Method – CPM*”, acrescentando a estes três métodos mais dois designados por Métodos sobre os Lucros, que integram o Método do Fraccionamento do Lucro “*Profit Split Method – PSM*” e o Método da Margem Líquida da Operação “*Transactional Net Margin Method – TNMM*”^{1130 1131}.

Admite este sistema tributário ainda a utilização de outros métodos consistentes com o “*CUPM*”, “*RPM*” e o “*CPM*”, assim como também outros métodos derivados daqueles e relacionados com os lucros, a saber:

- (i) Contribution Profit Split;
- (ii) Comparable Profit Split;
- (iii) Residual Profit Split; e,
- (iv) Methods Consistent with TNMM.

2.3. *Meaning of control and associated persons*, integrado na descrição sobre o regime jurídico-tributário dos preços de transferência no Japão, pags. 388.

¹¹³⁰ O TNMM foi introduzido na reforma fiscal japonesa de 2004 como um dos métodos aceitáveis para se determinar o preço *at arm's length*, aplicando-se aos anos fiscais com início a partir de 1 de Abril de 2004.

¹¹³¹ Para um estudo mais desenvolvido sobre a aplicabilidade dos métodos de determinação dos preços de transferência no Japão, vejam-se KEN OKAWARA da BAKER & MCKENZIE, TOKYO e KARL CHRIS e NEWMAN da Ernst & Young, Tokyo em *Transfer Pricing Database*, do INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, sobre os preços de transferência do “Japan”, sob o item 3. *Transfer Pricing Methods*, no sítio da Internet www.ibfd.org.

Relativamente à sua hierarquização na sua utilização prioritária, estabeleceu o legislador de que devem ser prioritariamente empregues um dos métodos tradicionais, ou derivados destes, que melhor se adapte à concreta situação de determinação dos preços de transferência, utilizando-se os restantes métodos sobre os lucros que melhor responda à determinação em questão desde que não seja possível utilizar um daqueles¹¹³².

De acordo com as alíneas (i) e (ii) do n.º 2 do artigo 66-4 da “Special Provisions for Taxation of Transactions with Foreign Related Persons” iremos em seguida fazer uma breve análise sobre a concreta disciplinação das:

- (i) Operações vinculadas de activos corpóreos; e,
- (ii) Operações vinculadas de serviços e de activos incorpóreos;

Relativamente aos concretos métodos que se lhe devem aplicar para se determinarem os seus preços de transferência.

i. Operações vinculadas de activos corpóreos

No tocante às operações vinculadas praticadas entre empresas associadas em relação à transmissão de activos corpóreos, a legislação nipónica prevê a aplicabilidade prioritária de três métodos distintos, apesar de não os impor com qualquer hierarquização, a saber:

- (i) O Método do Preço Comparável de Mercado, “*Comparable Uncontrolled Price Method*”;
- (ii) O Método do Preço de Revenda Minorado, “*Resale Price Method*”; e,
- (iii) O Método do Custo Majorado, “*Cost Plus Method*”;

Estes métodos devem ser utilizados quer a comparabilidade externa com operações similares sejam levadas a cabo por empresas independentes, quer em relação à comparabilidade interna quando a empresa associada pratique o mesmo tipo de operações vinculadas com empresas independentes, preferindo o “NTA”, quando

¹¹³² Neste sentido veja-se EIKI KAWAKAMI, Kojima Law Offices, Taxand Japan, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2009 Edition and Transfer Pricing*, IBFD TAX TRAVEL COMPANIONS, Amsterdam, Netherlands, 2009, sobre a análise que fazem no item 3.2. *Priority of methods*, integrado na descrição sobre o regime jurídico-tributário dos preços de transferência no Japão, pags. 389, e escrevem que o “art. 66-4(2) of the STML states that the traditional transaction methods (i.e. CUP, RP and CP) take precedence over other methods. There is no difference in the level of precedence among the traditional transaction methods. In case where none of the traditional transaction methods is appropriate, one of the last four methods [“transactional profit methods”] may be used”.

possível, a comparabilidade interna. Na eventualidade de ser impraticável o recurso àqueles três métodos de análise comparativa sobre as operações vinculadas então partir-se-á para a aplicação de outros métodos.

Em seguida faremos brevíssima análise daqueles métodos aplicáveis à determinação dos preços de transferência relativamente à transmissão de activos corpóreos intra-grupo¹¹³³, e assim diremos que:

(i) Com o Método do Preço Comparável de Mercado, “*Comparable Uncontrolled Price Method*” pretende-se aquilatar o preço da operação vinculada praticado pelas empresas associadas com aquele preço que empresas estrangeiras independentes teriam praticado para bens similares e nas mesmas condições económicas e jurídicas, tendo necessariamente que proceder aos ajustamentos necessários na eventualidade de haver diferenças que influenciam a comparabilidade de modo a assegurar a necessária comparabilidade.

(ii) No tocante ao Método do Preço de Revenda Minorado, “*Resale Price Method*”, pretende-se, em regra, comparar as margens brutas conseguidas pelas vendas de bens a adquirentes independentes pela entidade objecto de controlo – isto é aqui tem-se preferência pela apelidada comparabilidade interna – podendo também haver necessidade de se proceder a ajustamentos em vista à comparabilidade das operações, devendo ter-se em conta que os activos devem ser semelhantes ou pertencentes à mesma categoria, devendo terem-se presentes as análises que se façam às funções e riscos assumidos e efectivamente suportados por cada parte contratante, o impacto provocada pelas marcas comerciais, os activos incorpóreos utilizados na transacção assim como as diferenças intrínsecas dos mercados considerados e onde se processam as operações em comparação, método este preferencialmente aplicável quando se analisam contribuintes importadores ou grossistas.

¹¹³³ Na análise que acima fizemos, assim como aquela que agora iremos fazer, temos em conta a exposição feita por MARX, JEAN-DENIS e ISHIKAWA, TOSHIO, (Baker & McKenzie Tokyo Aoyama Koma Law Office), inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada *Prix de transfert*, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, “Chapitre 7”, “Section VI”, itens 1564 a 1567, pags. 309 a 311.

(iii) Em relação ao Método do Custo Majorado, “*Cost Plus Method*”, a margem que se vai determinar para adicionar ao preço de aquisição dos bens vendidos segue, com as necessárias adaptações, os mesmos passos utilizados na determinação do Método do Preço de Revenda Minorado, “*Resale Price Method*”, contudo este método é aplicável preferencialmente na determinação dos preços de transferência quando o contribuinte em causa é um fabricante, apesar de ser sempre necessária uma especial atenção nas variáveis introduzidas e necessárias à determinação dos preços de transferência dada a dificuldade comparativa dos custos dos fabricantes¹¹³⁴.

Como acima dissemos, na eventualidade de ser impraticável o recurso àqueles três métodos de análise comparativa sobre as operações vinculadas então partir-se-á para a aplicação de outros métodos, facto que iremos agora analisar.

Assim, quando não seja possível obterem-se transacções comparáveis então, o artigo 39-12, parágrafo 8 do ASMT, estabelece que «o preço de plena concorrência é considerado como sendo o montante dos valores provenientes da venda, da compra, da fabricação ou de qualquer outra actividade que necessitem dos activos de uma empresa ou de uma entidade associada estrangeira, calculada tendo-se em conta a soma das despesas induzidas por essas entidades para o desenvolvimento dessas actividades que necessitam desses activos, assim como o valor dos imobilizados utilizados, e ainda qualquer outra despesa necessária e imputada pela referida sociedade ou empresa estrangeira associada e que seja necessariamente dedutível em face do nível de contribuição dessas pessoas em vista à criação desse rendimento», ou seja, estamos perante os elementos identificativos do Método do Fraccionamento do Lucro, “*Profit Split Method*”¹¹³⁵.

¹¹³⁴ Neste sentido veja-se expressamente a afirmação de MARX, JEAN-DENIS e ISHIKAWA, TOSHIO, (Baker & McKenzie Tokyo Aoyama Koma Law Office), inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada *Prix de transfert*, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, “Chapitre 7”, “Section VI”, item 1567, pags. 311, quando na parte final esclarecem que “...la méthode du prix de revient majeure est également plus complexe à utiliser que la méthode du prix de revente en raison de la difficulté de comparer les structures de coûts des fabricants...”.

¹¹³⁵ Neste sentido veja-se MARX, JEAN-DENIS e ISHIKAWA, TOSHIO, (Baker & McKenzie Tokyo Aoyama Koma Law Office), inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada *Prix de transfert*, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, “Chapitre 7”, “Section VI”, item 1568 (1.ª parte), pags. 311.

A aplicação deste Método do Fraccionamento do Lucro tem sofrido evoluções, uma vez que num primeiro estágio da sua aplicação a tendência do departamento fiscal de Tóquio baseava-se numa aplicação através da utilização de dois factores que levavam à distribuição do lucro entre as empresas associadas em questão, isto é, utilizavam-se como factores influenciadores nesse fraccionamento do lucro exclusivamente.

(i) As despesas suportadas com a pessoal; e,

(ii) As despesas de equipamento¹¹³⁶.

Em face das críticas que foi alvo a aplicação desta fórmula bi-factorial, recentemente passou a utilizar-se outra fórmula intitulada do Método do Fraccionamento do Lucro Residual sempre que estejam em causa a utilização de activos incorpóreos.

A aplicação deste método processa-se em dois momentos distintos, a saber:

(i) Num primeiro momento determina-se o lucro que habitualmente seria obtido em cada um dos concretos sectores de actividades tendo em conta, entre outros indicadores para cálculo desses lucros normais, os rendimentos de exploração gerados pelas vendas, os rendimentos de exploração gerados pelo capital investido, a margem bruta sobre dos preços de compra dos produtos vendidos e a margem bruta sobre as despesas de venda, completado;

(ii) Num segundo momento com o calculo do lucro residual – ou perda residual – utilizando para tanto diferentes factores e métodos, nomeadamente quando se esteja em presença de bens incorpóreos, de despesas de investigação e desenvolvimento combinadas com despesas de venda e de comercialização.

Todos estes indicadores são frequentemente aplicados a partir de dados obtidos por comparabilidade¹¹³⁷.

¹¹³⁶ De acordo com os comentários feitos por MARX, JEAN-DENIS e ISHIKAWA, TOSHIO, (Baker & McKenzie Tokyo Aoyama Koma Law Office), inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada *Prix de transfert*, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, “Chapitre 7”, “Section VI”, item 1568, pags. 311, a utilização desta partilha do lucro entre as empresas associadas com base nestes dois factores – despesas de pessoal e de equipamento – era tendencialmente favorecedora dos sectores de distribuição em prejuízo dos sectores de fabricação, assumindo aqueles autores que os sectores de distribuição tinham por natureza uma despesa com pessoal tendencialmente superior ao sector fabril, facto ainda mais criticável na medida em que esta fórmula ignorava por completo os activos incorpóreos próprios a cada um dos tipos concretos de actividade e influenciadores sobretudo nas despesas do processo de fabricação.

Por último faremos uma breve referência ao Método da Margem Líquida da Operação “*Transactional Net Margin Method*” – “*TNMM*”, que passou recentemente a ser utilizado como outro método possível de determinação da comparabilidade dos preços de transferência praticados em operações vinculadas, cuja parametrização comparativa se fundamenta na margem de exploração que as diferentes transacções comparáveis possam aduzir, método este aplicável preferencialmente às operações vinculadas praticadas entre empresas associadas em que as sociedades mãe são estrangeiras e as associadas são Japonesas¹¹³⁷.

ii. **Operações vinculadas de serviços e de activos incorpóreos**

Como regra geral a legislação fiscal Nipónica sugere que quando estejam em causa transacções vinculadas que envolvam a transmissão de serviços ou bens incorpóreos, devem igualmente utilizar-se métodos similares aos 3 (três) métodos genéricos que são aplicáveis quando as transacções vinculadas tenham por objecto bens corpóreos¹¹³⁸.

Em Março de 2006 foram sujeitos a alterações os Princípios Directores Nipónicos que vieram introduzir uma definição ampla do conceito de bens incorpóreos, sem contudo delimitar com exactidão o seu âmbito, resultando desta ampla definição que eram ali integráveis:

¹¹³⁷ Neste sentido veja-se MARX, JEAN-DENIS e ISHIKAWA, TOSHIO, (Baker & McKenzie Tokyo Aoyama Koma Law Office), inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada *Prix de transfert*, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, “Chapitre 7”, “Section VI”, itens 1568 (2.ª parte) e 1569 (parte final), pags. 311 e 312. Estes autores indicam que o Método do Fraccionamento do Lucro Residual é utilizado preferencialmente nas operações vinculadas praticadas entre empresas associadas que integrem sociedades mães Japoneses e suas afiliadas principalmente asiáticas.

¹¹³⁸ O Método da Margem Líquida da Operação surge na legislação fiscal Japonesa como consequência da celebração da nova CDT com os EUA, assinada em Novembro de 2003, e a referência expressa que ali é feita à subsunção aos Princípios Directores da OCDE, aplicável desde 1 (um) de Abril de 2004. Neste sentido veja-se MARX, JEAN-DENIS e ISHIKAWA, TOSHIO (Baker & McKenzie Tokyo Aoyama Koma Law Office), inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada *Prix de transfert*, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, “Chapitre 7”, “Section VI”, item 1569, pags. 312.

¹¹³⁹ Neste sentido veja-se MARX, JEAN-DENIS e ISHIKAWA, TOSHIO (Baker & McKenzie Tokyo Aoyama Koma Law Office), inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada *Prix de transfert*, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, “Chapitre 7”, “Section VI”, item 1564 (parte final), pags. 310. Estes mesmos autores referem expressamente tal realidade no item 1574 (parte inicial), pags. 314, de que o método utilizado com maior frequência é Método do Fraccionamento do Lucro “*Profit Split Method*”, seguido do Método do Preço Comparável de Mercado, “*Comparable Uncontrolled Price Method*”.

- (i) Os direitos de autor;
- (ii) As patentes, os direitos sobre desenhos e modelos, as marcas comerciais e os seus licenciamentos;
- (iii) Toda a criação resultante da reprodução dos métodos de fabrico ou de outras actividades, aqui se incluindo a concepção que integrasse uma ideia original ou um segredo;
- (iv) As listas de clientes e as redes de distribuição; e,
- (v) Tudo aquilo que pudesse ter um valor significativo.

Contudo uma alteração levada a cabo em 2007 a estes Princípios Directores alertam para a necessidade de serem alvo de especial atenção os preços de transferência que estejam ligados:

- (i) A inovações tecnológicas e que originem, entre outros, royalties, segredos comerciais;
- (ii) O Know-How desenvolvido por assalariados integrados na gestão, venda, fabricação, investigação & desenvolvimento, promoção de vendas, designadamente marketing e publicidade;
- (iii) As redes dos processos de fabricação, os processos de negociação, o desenvolvimento, as vendas e o financiamento.

Esta falta de clareza entre o que se deve englobar com precisão no conceito alargado de bem incorpóreo, algo indefinido e impreciso, ou ser considerado como prestação de serviços é evidenciado pelos normativos constantes dos Princípios Directores em que se assume que por força do n.º 2-11 «os activos incorpóreos incluem as actividades produtoras originadas pela direcção da sociedade», e por força do n.º 2-10 «os serviços incluem aquelas actividades relacionadas com a gestão, as finanças, a administração e o controlo»^{1140 1141}.

¹¹⁴⁰ Neste sentido veja-se MARX, JEAN-DENIS e ISHIKAWA, TOSHIO (Baker & McKenzie Tokyo Aoyama Koma Law Office), inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada *Prix de transfert*, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, "Chapitre 7", "Section VI", item 1575, pags. 315. Aqui estes autores indicam que a "NTA" nas suas análises internas utiliza frequentemente «comparáveis secretas» obtidas através das suas auditorias aos contribuintes, significando isto, como já vimos em relação às transmissões sobre bens corpóreos de que as mesmas não são do conhecimento público. Inclusive estes serviços fiscais utilizam frequentemente uma só comparável para proceder às suas rectificações sobre os preços de transferência e desde que não haja uma estrita comparabilidade entre esses preços de transferência e a comparável utilizada, assegurando aqueles autores que esta administração fiscal é avessa a uma aproximação estatística, ou seja, regra geral nem utiliza eventuais aproximações aos intervalos inter-quartis gerados por essa comparáveis, ou seja, quando esteja perante mais que uma variável, regra geral, aplica a sua

○ **Os Ajustamentos**

AJUSTAMENTOS	Ajustamento primário	Sim	
	Ajustamento correlativo	Sim	
	Operação secundária e Ajustamento secundário	A doutrina divide-se entre:	(i) Sim (ii) Não
	Prazo máximo de caducidade	Geral – 6 anos Fraude fiscal ou ocultação de rendimentos – sem limite de tempo	

QUADRO N.º 60

i. **Os ajustamentos admitidos**

O artigo 66.º-4 -1 da Special Taxation Measures Law – STML¹¹⁴² impõe que se proceda ao competente ajustamento primário quando uma operação vinculada efectuada entre empresas associadas não esteja em conformidade com o princípio da plena concorrência¹¹⁴³.

média, contudo, em matéria de celebração de APP já aceita a variabilidade dos preços de transferência entre intervalos inter-quartil.

¹¹⁴¹ O Departamento Fiscal de Tóquio utilizou recentemente este conceito alargado de bem incorpóreo para analisar os preços de transferência praticados pelas deslocalização de fábricas de sociedades-mãe na Ásia facto que gerou alterações fiscais e em que algumas dessas situações foram objecto de contencioso fiscal.

¹¹⁴² *Art. 66-4: Special Provisions for Taxation of Transactions with Foreign Related Persons* “1. In the event that, during a business year commencing on or after 1 April 1986, a corporation has conducted the sale of assets, the purchase of assets, the performance of services or other transactions with a foreign related person (which shall mean a foreign corporation provided in Article 2, paragraph 1, item (ii) (Definition of Terms) (hereinafter in this article referred to as "Foreign Corporation") which has a relationship with said corporation such that either corporation, directly or indirectly, owns a number or an amount of shares or equity capital constituting 50% or more of the total number of issued shares or total amount of equity capital of the other corporation, or has any other special relationship with said corporation as provided by Cabinet Order (hereinafter in this article referred to as "Special Relationship"; the term shall have the same meaning hereafter in this article) and, in connection with said transaction (excluding those transactions which give rise to domestic-source income of the Foreign Related Person as listed in Corporation Tax Law, Article 141, items (i) through (iii) (Tax Base of Corporation Tax on Income of each Business Year Concerning Foreign Corporations) depending upon whether the Foreign Related Person corresponds to any of the Foreign Corporations listed in said items (i) through (iii) and which are prescribed by Cabinet Order; hereinafter referred to as "Foreign Related Transaction"), if the amount of consideration of which payment was received by said corporation from the Foreign Related Person was less than an arm's length price, or if the amount of consideration which said corporation paid to the Foreign Related Person was greater than an arm's length price, then, for purposes of application of the provisions of the Corporation Tax Law and other laws and orders concerning corporation tax with regard to the income for said business year or the liquidation income (including income of the business year during the liquidation of a corporation subject to the corporation tax on liquidation income (including amounts deemed to be liquidation income due to dissolution (excluding dissolutions pursuant to merger; hereafter the same in this article) pursuant to the provisions of Corporation Tax Law, Article 103, paragraph 1, item (ii) (Preliminary Tax Return Concerning Partial Distribution of Residual Assets); the same in paragraph 7)), the Foreign Related Transaction shall be deemed to have been carried out at an arm's length price”. Texto extraído da *Transfert Pricing Database*, do INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, sobre os preços de transferência do “Japan”, no sitio da Internet www.ibfd.org.

¹¹⁴³ Para uma análise detalhada sobre os ajustamentos derivados da aplicabilidade do princípio *at arm's length* aos preços de transferência, vejam-se KEN OKAWARA, da BAKER & MCKENZIE, TOKYO, e KARL CHRIS e NEWMAN, da Ernst & Young, Tokyo, *Transfert Pricing Database*, do INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, sobre os preços de transferência do “Japan”, sob o item 9.5. *Adjustments*, no sitio da Internet www.ibfd.org.

Se as operações vinculadas se realizarem entre empresas Japonesas associadas com estrangeiras, poderá ser realizado o correspondente ajustamento secundário desde que através da aplicação da competente CDT seja possível as competentes autoridades fiscais chegarem a acordo, no âmbito do procedimento amigável, sobre a valoração das referidas operações pela concordância na aplicabilidade dos métodos de determinação dos preços de transferência e, consequentemente eliminarem, ou pelo menos atenuarem, a dupla tributação internacional. Na eventualidade da empresa que vê reduzido o seu lucro tributável ser Japonesa, deverá apresentar à Administração Tributária Japonesa, no prazo dos dois meses seguintes à conclusão do acordo amigável, o corresponde pedido de ajustamento correlativo para eliminação da sua dupla tributação internacional, de acordo com o artigo 23.º-2-iii da National Tax Common Rules Law – NTCRL e artigo 6.º-1-iv do National Tax Common Rules Law Enforcement Order – NTCRLEO.

A legislação tributária Japonesa não assume com clareza as regras em que será possível procederem-se aos ajustamentos secundários, assumindo alguns autores que, sob certas circunstâncias que sejam justificáveis, será possível levá-lo à prática¹¹⁴⁴.

ii. O prazo máximo de caducidade

O prazo geral de caducidade de liquidação dos impostos provocados pelos ajustamentos é de seis anos, contudo este prazo não tem aplicabilidade quando se estiver perante casos de fraude ou de ocultação de rendimentos tributários¹¹⁴⁵.

¹¹⁴⁴ Neste sentido afirmam KEN OKAWARA, da BAKER & MCKENZIE, TOKYO, e KARL CHRIS e NEWMAN, da Ernst & Young, Tokyo em *Transfert Pricing Database*, do INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, sobre os preços de transferência do “Japan”, sob o item 9.5.3. Secondary adjustment, no sitio da Internet www.ibfd.org, que “under Japanese international transfer pricing rules, it is not required to make a secondary adjustment treating the difference between the actual price and the arm’s length price as the distribution of dividends to the benefiting parent corporation. Rather, such difference is simply treated as a non-deductible outlay. It is said to be possible to make a secondary adjustment where it is warranted under the circumstances. However, it is not clear what circumstances might actually warrant a secondary adjustment”.

¹¹⁴⁵ Neste sentido veja-se EIKI KAWAKAMI, Kojima Law Offices, Taxand Japan, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2009 Edition and Transfer Pricing*, IBFD TAX TRAVEL COMPANIONS, Amsterdam, Netherlands, 2009, sobre a análise que fazem no item 9.2 *Statute of limitation*, integrado na descrição sobre o regime jurídico-tributário dos preços de transferência no Japão, pags. 395.

○ **Exigências documentais impostas aos contribuintes**

DOCUMENTAÇÃO – Obrigação de manter documentação comprovativa **Sim**

QUADRO N.º 61

Em todos os anos comerciais, as empresas que tenham realizado transacções vinculadas com empresas associadas estrangeiras, devem anexar à sua declaração fiscal final um Formulário, designado Form. 17 - (3), e que contem “Informação sobre as entidades estrangeiras associadas”, onde se incluem as seguintes informações:

- (i) Nome, endereço, actividade principal, número de funcionários, capital e propriedade das acções ou do capital das pessoas associadas no estrangeiro;
- (ii) Vendas, proveitos, custos e lucros acumulados das pessoas estrangeiras associadas em relação ao último ano comercial;
- (iii) Informações sobre as transacções vinculadas realizadas com o estrangeiro, tais como vendas e compras, prestação de serviços, o uso de bens corpóreos e incorpóreos e os juros financeiros; e,
- (iv) Se foi ou não confirmado pela Administração Tributária Nipónica, e/ou por uma autoridade estrangeira um APA sobre transacção vinculadas com a pessoa estrangeira associadas.

Esta declaração anual de imposto sobre o rendimento deve ser apresentada à respectiva administração fiscal local no prazo de 2 meses a partir do final do ano contabilístico¹¹⁴⁶.

Embora não existam requisitos específicos da documentação dos preços de transferência, o Guia Administrativo das linhas orientadoras dos Preços de Transferência (Transfer Pricing Administrative Guidelines) especificam o tipo específico de documentos que devem ser inspeccionadas no momento em que se proceda a uma auditoria, a saber:

- (i) Os documentos que descrevem as relações de detenção do capital empresarial e os detalhes do negócio do contribuinte com cada uma das pessoas estrangeiras relacionadas;

¹¹⁴⁶ Para um estudo detalhado sobre as exigências documentais vejam-se KEN OKAWARA, da BAKER & MCKENZIE, TOKYO, e KARL CHRIS e NEWMAN, da Ernst & Young, Tokyo, *Transfert Pricing Database*, do INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, sobre os preços de transferência do “Japan”, sob o item 8. *Documentation Requirements*, no sitio da Internet www.ibfd.org.

- (ii) Os documentos utilizados pelo contribuinte para calcular os preços normais de mercado;
- (iii) Os documentos que contenham os detalhes das operações relacionadas estrangeiras; e,
- (iv) Quaisquer outros documentos considerados necessários^{1147 1148}.

Além disso, o art. 66-4 (8) Special Taxation Measures Law – STML¹¹⁴⁹ permite ao Estado que a autoridade fiscal solicite ao contribuinte que lhe apresente ou entregue documentos ou livros, ou as suas cópias, mantidos por uma pessoa estrangeira relacionada, e quando o considerar necessário para examinar as operações entre esse contribuinte e a pessoa estrangeira relacionada, impondo-se ao contribuinte que envide todos os esforços para obter os documentos, livros ou cópias quando lhe forem solicitados.

¹¹⁴⁷ Neste sentido afirmam KEN OKAWARA, da BAKER & MCKENZIE, TOKYO, e KARL CHRIS e NEWMAN da Ernst & Young – Tokyo em *Transfert Pricing Database*, do INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, sobre os preços de transferência do “Japan”, e sob o item 8.3.1. *Documentation at time of tax filing*, no sítio da Internet www.ibfd.org, que “When a corporation has conducted a transaction or transactions with its foreign related person, it must attach a form to its final tax return setting forth a summary of the transactions with the foreign related persons (Art. 66-4 (15) STML). The form, Form 17-3, is prescribed in the schedules to the CTLE. The taxpayer is to report information on the particulars of the foreign related person and a summary of payments made according to each category of foreign related transactions conducted. Also, for fiscal years beginning after 1 April 2003, taxpayers are required to state the transfer pricing methodology used in computing the transfer prices for each category of transaction (tangible property transactions, intangible property transactions, services, etc.) with each related party. No other details about the computation of transfer prices are required beyond the methodology used. Failure to attach Form 17-3 is not per se subject to penalty. (Until recently, this form was known as Form 16-4. With the recent addition of forms related to Japan's new consolidated tax filing system, Form 16-4 has become 17-3. Form 17-3 is to be used for tax returns pertaining to fiscal years ending after 1 April 2003. Therefore, for fiscal years beginning before 1 April 2003 but ending after 1 April 2003, taxpayers are required to use Form 17-3 but are not required to state which transfer pricing methodologies they used.)”.

¹¹⁴⁸ Neste sentido veja-se EIKI KAWAKAMI, Kojima Law Offices, Taxand Japan, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, 2009 Edition and Transfer Pricing*, IBFD TAX TRAVEL COMPANIONS, Amsterdam, Netherlands, 2009, sobre a análise que fazem no item 5. *Disclosure/Documentation Requirements*, integrado na descrição sobre o regime jurídico-tributário dos preços de transferência no Japão, pags. 391.

¹¹⁴⁹ O parágrafo 8 do Art. 66-4: Special Provisions for Taxation of Transactions with Foreign Related Persons dispõe que “When it is necessary in connection with an examination concerning the transactions between a corporation and a Foreign Related Person of said corporation, officials of the National Tax Administration or officials of the district tax office or a regional taxation bureau having jurisdiction over the place of tax payment of said corporation may request of said corporation the disclosure or production of documents or accounting books, or copies thereof, over which the Foreign Related Person maintains custody. In this case, if said corporation is requested to make the disclosure or production hereunder, it shall endeavour to obtain said documents and accounting books or copies thereof”.

○ **Os Acordos Prévios sobre os Preços de Transferência (APP)**

APP – ACORDOS PRÉVIOS SOBRE OS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA	Unilaterais
	Bilaterais

QUADRO N.º 62

Os APP¹¹⁵⁰ no Japão têm a sua origem no «procedimento de pré-confirmação» criado desde 1987, originalmente unilateral, assumindo-se officiosamente o bilateral com a introdução pelos EUA, em 1991, dos APP, contudo esta regulamentação officiosa apenas foi integrada numa regulamentação oficial com a publicação em 1999 das suas Linhas Directrizes e revistas em 2001¹¹⁵¹. A legislação deste país permite que no procedimento bilateral¹¹⁵² de celebração de APP se estabeleçam efeitos retroactivos¹¹⁵³, e assim é possível que os métodos de determinação dos preços de transferência e todas as restantes componentes necessárias à sua boa execução produzam efeitos em relação aos exercícios já passados^{1154 1155}, podendo ser

¹¹⁵⁰ A “NTA” dá a seguinte definição de APP: “...an APA is defined as a confirmation made by a District Director of a Tax Office or a Regional Commissioner of a Regional Taxation Bureau (RTB) with regard to the method deemed most reasonable to be adopted by a corporation of calculating the arm’s length price and the specific details thereof...”, acrescentando em seguida que o “...BAPA consists of the NTA’s confirmation of the method of calculating the arm’s length price and an agreement about the method reached with one or more foreign tax authorities under the authority of the MAP...”, e que os seus “...objectives of a BAPA are to ensure taxpayer’s predictability for transfer pricing taxation and avoid the risk of double taxation. With a BAPA, the taxpayer is assured of the legal stability of both tax administrations (or all tax administrations in multilateral cases)...” – veja-se o “APA Program Report 2008”, pags. 14, ponto 5, elaborado pela “NTA” e disponível no seu sítio da Internet www.nta.go.jp.

¹¹⁵¹ Neste sentido veja-se o “APA Program Report 2008”, pags. 12, ponto 3, elaborado pela “NTA” e disponível no seu sítio da Internet www.nta.go.jp, em que se afirma que “...the APA was introduced in Japan in 1987 to ensure the proper and smooth enforcement of transfer pricing regulation and the predictability of taxation by giving administrative confirmation on the most rational method of calculating the arm’s length price....”.

¹¹⁵² Sobre as vantagens da celebração dos APP bilaterais escrevem KEN OKAWARA, da BAKER & MCKENZIE, TOKYO, e KARL CHRIS e NEWMAN, da Ernst & Young, Tokyo, *Transfert Pricing Database*, do INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, sobre os preços de transferência do “Japan”, e sob o item 11.3.2.2. *Unilateral versus bilateral APAs*, no sítio da Internet www.ibfd.org, “...a bilateral APA can eliminate or mitigate this risk for double taxation, as it is an agreement between the taxpayer and the two (or more) tax authorities that have a stake in the transfer pricing...”.

¹¹⁵³ Sobre a possibilidade de se estabelecerem cláusulas de “rollback” veja-se o “APA Program Report 2008”, pags. 10, ponto 5, elaborado pela “NTA” e disponível no seu sítio da Internet www.nta.go.jp em que se afirma que “...when a taxpayer requests “rollback” treatment (i.e. retrospective application) of the TPM to the years prior to the APA period and the TPM confirmed in the BAPA is regarded as the most appropriate TPM for the years prior to the APA period, the rollback may be permitted...”.

¹¹⁵⁴ Na “NTA” o departamento encarregue da negociação dos APP é a Divisão de Estudos de cada um dos seus Departamentos Regionais que são territorialmente competentes em relação às partes interessadas, e se necessário, com a participação do Departamento dos Procedimentos Amigáveis (MAP Office), uma vez que é este último departamento igualmente encarregue da negociação dos acordos amigáveis que envolvam autoridades fiscais estrangeiras e, por tal facto este MAP Office compreende duas secções especializadas, uma que analisa principalmente processos relacionados com os EUA e a Oceânia e outra que se ocupa da Europa e da Ásia. Neste sentido veja-se MARX, JEAN-DENIS e ISHIKAWA, TOSHIO, (Baker & McKenzie Tokyo Aoyama Koma Law Office), inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada *Prix de transfert*, da autoria de

estabelecida uma vigência de duração dos APP que pode variar entre três a cinco anos e os APPs podem em determinadas condições ser revogados, revistos e prorrogada a sua vigência ¹¹⁵⁶.

No ano de 2007 foi introduzido no direito tributário nipónico um procedimento de suspensão do pagamento do imposto relativamente às sociedades que, na eventualidade de terem em curso um procedimento amigável em que se analise a avaliação dos preços de transferência, permite a suspensão desse pagamento da quota tributária até à conclusão desse procedimento, suspensão esta que não é aplicável ao imposto local que é imediatamente exigível. Os eventuais juros devidos pelo atraso nessa cobrança não são exigíveis durante o período de suspensão, apesar deste sistema de suspensão necessitar de garantias de boa cobrança a final por parte do Estado, o que impõe aos eventuais interessados a necessidade de apresentarem à “NTA” uma forma legal de garantia ¹¹⁵⁷.

DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, “Chapitre 7”, “Section VI”, item 1562, pags. 308.

¹¹⁵⁵ Sobre o diagrama das negociações a encetar para a celebração dos APP bilaterais entre a “NTA”, as Administrações Tributárias estrangeiras e Grupos empresariais multinacionais, veja-se o “APA Program Report 2008”, pags. 2, ponto 2, elaborado pela “NTA” e disponível no seu sítio da Internet www.nta.go.jp.

¹¹⁵⁶ Sobre esta temática vejam-se KEN OKAWARA, da BAKER & MCKENZIE, TOKYO e KARL CHRIS e NEWMAN, da Ernst & Young, Tokyo, *Transfert Pricing Database*, do INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, sobre os preços de transferência do “Japan”, e sob o item 11.3.8. *Revocation, revision or renewal of an APA*, no sítio da Internet www.ibfd.org,

¹¹⁵⁷ Já fizemos várias referências ao “APA Program Report 2008” elaborado pela “NTA” e disponível no seu sítio da Internet www.nta.go.jp. Faremos agora breve referência a alguns dados estatísticos reveladores da crescente importância que os APP bilaterais têm no Japão.

Assim, é evidente o constante aumento dos “BAPA” desde o ano de 1997 até ao ano de 2007, pelo que foram celebrados no ano de 1997 – 21 (vinte e um), ano de 2003 – 80 (oitenta) e 2007 – 113 (cento e treze).

Em relação ao tipo de transacções ali incluídas temos as seguintes comparações: Transacções sobre bens corpóreos: ano de 2001 – 24 (vinte e quatro), ano de 2007 – 67 (sessenta e sete); Transacções sobre bens incorpóreos: ano de 2001 – 11 (onze), ano de 2007 – 28 (vinte e oito); Prestação de serviços: ano de 2001 – 9 (nove), ano de 2007 – 26 (vinte e seis).

Em relação aos países envolvidos com o Japão na celebração dos “BAPA” temos o seguinte cenário: “BAPA” celebrados com países situados nas “Américas”: ano de 2001 – 18 (dezoito), ano de 2007 – 43 (quarenta e três); Países situados na Ásia/Oceânia: ano de 2001 – 5 (cinco), ano de 2007 – 25 (vinte e cinco); Outros países: ano de 2001 – 2 (dois), ano de 2007 – 14 (catorze) – Veja-se pags. 1 a 4 daquele relatório.

Quanto aos métodos de determinação dos preços de transferência que foram acordados nos “BAPA” celebrados no ano de 2007, temos que: Método do Preço Comparável de Mercado – “*Comparable Uncontrolled Price Method*” – “CUP” – 15 (quinze); Método do Preço de Revenda Minorado – “*Resale Price Method*” – “RPM” – 8 (oito); Método do Custo Majorado – “*Cost Plus Method*” – “CPM” – 11 (onze); Método do Fraccionamento do Lucro – “*Profit Split Method*” – “PSM” – 7 (sete); Método da Margem Líquida da Operação – “*Transactional Net Margin Method*” – “TNMM” – 50 (cinquenta).

○ **Penalizações**

PENALIZAÇÕES			
Características das Infração	Adicional sobre o Imposto Liquidado		
		<u>Situações Normais</u>	<u>Casos de Dissimulação Ou de Fraude</u>
	A declaração anual de rendimentos é apresentada no prazo legal, mas o valor do imposto foi subavaliado	10% ou 15%	35%
	A declaração anual de rendimentos não foi apresentada até ao limite do prazo legal	15% ou 20%	40%
	<u>Outras Sanções</u>		
	Recusa de cooperação nos exames, falsas declarações ou obstrução ao decurso de qualquer exame	Penas de prisão com trabalhos forçados até um ano Ou Multas até 200.000 ienes	
	<u>Afastamento da sanção</u>	O contribuinte tem que provar que envidou todos os seus esforços para reunir as informações específicas que lhe foram pedidas, mas isso não impede a Autoridade Tributária de fazer uma avaliação fiscal com base na sua própria análise dos preços de transferência e de a empresa se sujeitar à tributação com o agravamento das taxas	

QUADRO N.º 63

O sistema fiscal nipónico, concretamente na temática dos preços de transferência, não impõe sanções aos contribuintes que não apresentem a documentação relacionada com as operações vinculadas. Assim, na eventualidade de se efectuarem ajustamentos aos preços de transferência que provoquem um aumento do lucro tributável são aplicáveis as mesmas sanções a que ficariam sujeitos todos os restantes contribuintes quando lhe fossem feitas liquidações relativamente às omissões por estes praticadas¹¹⁵⁸.

Assim, o sujeito passivo associado a quem tenham sido feitas correcções para mais ao seu lucro tributável e do qual resulte imposto a favor do Estado, fica, então, sujeito a que lhe sejam aplicadas as seguintes taxas adicionais e que são

¹¹⁵⁸ Sobre esta temática escrevem KEN OKAWARA, da BAKER & MCKENZIE, TOKYO e KARL CHRIS e NEWMAN, da Ernst & Young, Tokyo, *Transfer Pricing Database*, do INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, sobre os preços de transferência do “Japan”, sob o item 8.6. *Penalty aspect*, no sítio da Internet www.ibfd.org, que “the Japanese transfer pricing rules impose no penalties on taxpayers that fail to produce transfer pricing documentation. Penalties are applicable only in the event that a taxpayer receives an assessment, in which case the taxpayer is subject to the same penalties that apply generally to any tax assessment by the tax authorities. Although there is no specific penalty for the failure to produce documentation, the presence or lack of documentation at the time of an examination could significantly influence the examination’s outcome. A corporate taxpayer that is well prepared with strong documentation is more likely to convince the examiners of the reasonableness of its transfer pricing. In addition, the failure to produce documentation in a timely manner upon request by the examiners could trigger the examiners’ authority to impose an assessment based on their own estimations, sometimes even based on secret comparables”.

exactamente iguais às aplicáveis a outros contribuintes a que tenham sido feitas correcções por outros motivos¹¹⁵⁹. Por tal, quando sejam feitas correcções aos contribuintes em face da modificação dos dados valorativos constantes das suas declarações de impostos, ficam sujeitos às taxas adicionais explanadas no quadro que segue:

Fundamentos para a Administração Tributária proceder às liquidações com taxas adicionais agravadas	Nas Situações Normais	Nos casos Dissimulação ou de Fraude
Quando a declaração anual de rendimentos é apresentada no prazo legal, mas em que o valor do imposto foi subavaliado	10% or 15%	35%
Quando a declaração anual de rendimentos não foi apresentada até ao limite do prazo legal.	15% or 20%	40%

QUADRO N.º 64

Como já referimos, os contribuintes têm que apresentar documentação sobre os preços de transferência que praticaram, sendo obrigados a exibi-la aos inspectores da Administração Tributária quando lhe for pedida em exame aos preços de transferência que praticaram nas suas operações vinculadas, e assim, se se recusarem a cooperar nesses exames, se fizerem declarações falsas ou se obstruírem o decurso de qualquer exame, ficam sujeitos a penas de prisão com trabalhos forçados até um ano, ou incorrerem numa multa até 200.000 ienes (art. 162 (ii) CTL)¹¹⁶⁰.

Na eventualidade de a empresa vinculada nipónica não conseguir, apesar de envidar todos os seus esforços, reunir as informação específica que lhe for pedida, designadamente relacionada com entidades vinculadas estrangeiras, o sistema jurídico nipónico não contém sanção específica que sancione tal impossibilidade de

¹¹⁵⁹ Neste sentido veja-se EIKI KAWAKAMI, Kojima Law Offices, Taxand Japan, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2009 Edition and Transfer Pricing*, IBFD TAX TRAVEL COMPANIONS, Amsterdam, Netherlands, 2009, sobre a análise que fazem no item 10. *Penalties*, integrado na descrição sobre o regime jurídico-tributário dos preços de transferência no Japão, a pags. 396.

¹¹⁶⁰ Sobre esta temática escrevem KEN OKAWARA, da BAKER & MCKENZIE, TOKYO e KARL CHRIS e NEWMAN, da Ernst & Young, Tokyo, *Transfert Pricing Database*, do INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, sobre os preços de transferência do “Japan”, sob o item 9.2. *Position of taxpayer*, no sítio da Internet www.ibfd.org, que os “taxpayers that refuse to cooperate with an examination, make false statements or obstruct an examination are subject to criminal penalties of imprisonment with hard labour for 1 year or less or a fine of ¥ 200,000 or less (Art. 162 (ii) CTL). In practice, however, a taxpayer often cannot provide all information requested by transfer pricing examiners, particularly in cases where the taxpayer has not prepared transfer pricing documentation in advance or in cases where the examiners have requested information that is possessed only by the taxpayer's overseas parent company and is thus unavailable to the taxpayer. There is no specific penalty for failure to provide such information, but failure to provide the information can trigger the examiners' authority to make a tax assessment based on their own transfer pricing analysis”.

apresentação de documentação, tendo assim como consequência que as Autoridades Tributárias desencadeiem uma avaliação fiscal com base na sua própria análise dos preços de transferência e que poderá, na eventualidade de se reunirem os pressupostos legais, ficar a empresa vinculada nipónica sujeita à tributação com agravamento das taxas que acima nos referimos.

iii. **O regime jurídico da tributação dos preços de transferência no BRASIL**

○ **Introdução**

A legislação juridico-tributária Brasileira integrou pela primeira vez regulamentação específica sobre o modo de valoração dos preços de transferência praticados por empresas associadas relativamente às suas transacções vinculadas, com a criação da Lei n.º 9.340 de 27 de Dezembro de 1996.

Actualmente este regime específico é regulamentado pelos seguintes diplomas legais:

(i) Decreto n.º 3.000, de 26 de Março de 1999, que “Regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza”, nos artigos 240.º a 245.º, integrados no “Subtítulo II - Preços de Transferência”;

(ii) Lei do Ajuste Tributário n.º 9.430, de 27 de Dezembro de 1996, que “Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências”, nos artigos 18.º a 24.º-B, integrados na “Seção V - Preços de Transferência”¹¹⁶¹;

(iii) Portaria MF n.º 222, de 24 de Setembro de 2008, que “Dispõe sobre os percentuais e margens de lucros a serem aplicados na determinação de preços a serem utilizados como parâmetro nas operações de compra e venda de bens, serviços e direitos, efetuadas por pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no Brasil, com pessoa física ou jurídica vinculada, domiciliada no exterior”;

A Administração Tributária Brasileira emitiu instruções específicas orientadoras sobre a aplicabilidade das normas legais através da:

(i) Instrução Normativa SRF n.º 243, de 11 de Novembro de 2002, que “Dispõe sobre os preços a serem praticados nas operações de compra e de venda de bens, serviços ou direitos efetuadas por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, com pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior, consideradas vinculadas”¹¹⁶²;

¹¹⁶¹ Este diploma legal teve a sua última alteração introduzida pela Lei n.º 11.941, de 27 de Maio de 2009.

¹¹⁶² Alterada pela IN SRF n.º 382, de 30 de Dezembro de 2003.

(ii) Elaboração de um conjunto de perguntas e respostas sobre a temática de “Preço de Transferência” e que se integram nas perguntas n.º 650 a 712¹¹⁶³.

O regime jurídico-tributário Brasileiro tem algumas particularidades relativamente aos regimes dos países que integramos neste estudo, ou seja:

(i) Naquela União de Estados Federados apenas se disciplinam juridicamente as transacções vinculadas praticadas entre pessoas físicas ou jurídicas que sejam consideradas associadas e em que uma das partes se localize no estrangeiro, contudo se esse local for considerado um paraíso fiscal há sempre aplicação das regras dos preços de transferência mesmo que as partes intervenientes não sejam associadas^{1164 1165},

(ii) Não se integram neste regime os casos de *Royalties* e assistência técnica, científica, administrativa ou assemelhada¹¹⁶⁶.

Vamos passar em revista os principais pontos do regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência no Brasil e, para uma melhor pré-visualização, inserimos um quadro representativo das temáticas que desenvolveremos.

¹¹⁶³ Toda a legislação e instruções que aqui referimos foi extraída do sítio na Internet da Administração Tributária Brasileira com o seguinte endereço: www.receita.fazenda.gov.br

¹¹⁶⁴ Tal facto resulta expressamente do regime jurídico das operações de importação, exportação e praticadas com paraísos fiscais; Vejam-se, entre outros, os artigos 240.º, 241.º e 245.º do Decreto n.º 3.000, de 26 de Março de 1999.

¹¹⁶⁵ A Administração Tributária Brasileira põe a tónica nesta particularidade ao referir na resposta à pergunta 652 que: “*Estão obrigados pela legislação brasileira à observância das regras de preços de transferência:*

a. As pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no Brasil que praticarem operações com pessoas físicas ou jurídicas, **residentes ou domiciliadas no exterior**, consideradas vinculadas, mesmo que por intermédio de interposta pessoa.

b. As pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no Brasil que realizem operações com qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada, **residente ou domiciliada em país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota inferior a vinte por cento**”; (sublinhado nosso).

¹¹⁶⁶ Tal facto resulta expressamente da legislação, contudo a Administração Tributária Brasileira esclarece no “Art. 43.º [que] as normas sobre preços de transferência de que trata esta Instrução Normativa não se aplicam aos casos de royalties e assistência técnica, científica, administrativa ou assemelhada” das Instrução Normativa SRF nº 243, de 11 de Novembro de 2002; (sublinhado nosso).

BRASIL		
CONCEITO DE EMPRESAS ASSOCIADAS	O regime jurídico-tributário Brasileiro tipifica as situações que considera vinculadas, impondo-se sempre como premissa que uma das partes vinculadas se situe no estrangeiro	
	SITUAÇÕES TIPIFICADAS	1 Relações entre sede e filiais ou sucursais;
		2 Pessoas jurídicas que detenham entre si capital social que permita o controlo ou a coligação entre si;
		3 Pessoas jurídicas sujeitas a um controlo comum através da detenção de valores mínimos do seu capital social por terceiros;
		4 Pessoas jurídicas sujeitas a um controlo comum pelos seus órgãos sociais;
		5 Pessoas físicas que por grau de parentesco, casamento ou equivalente, tenham ligação com directores ou detentores do capital que sejam considerados vinculados com pessoas jurídicas;
		6 Situações de consórcio ou condomínio;
		7 Pessoas jurídicas que tenham contratos de exclusividades com pessoas físicas ou jurídicas, na qualidade de agentes, distribuidores, concessionários, compra, venda, prestação de serviços, de bens, de direitos;
		8 Paraísos Fiscais.
MÉTODOS APLICÁVEIS	Exportação de Bens, Serviços e Direitos	1 Método do Preço de Venda nas Exportações - PVEx
		2 Método do Preço de Venda por Atacado no País de Destino, Diminuído do Lucro - PVA
		3 Método do Preço de Venda a Varejo no País de Destino, Diminuído do Lucro - PVV
		4 Método do Custo de Aquisição ou de Produção mais Tributos e Lucro - CAP
	Importação de Bens, Serviços e Direitos	1 Método dos Preços Independentes Comparados - PIC
		2 Método do Preço de Revenda menos Lucro - PRL
		3 Método do Custo de Produção mais Lucro - CPL
HIERARQUIA DE MÉTODOS	Livre escolha do Melhor Método	Dentro dos métodos enumerados pela legislação é dada a possibilidade ao contribuinte de aplicar um ou mais métodos, contudo, se aplicar mais que um método tem sempre que aplicar o valor resultante daquele que seja mais favorável à Administração Tributária Brasileira
AJUSTAMENTOS	Ajustamento primário	Sim
	Ajustamento correlativo	Não
	Operação secundária e Ajustamento secundário	Não
	Prazo máximo De Caducidade	Geral – 5 anos
DOCUMENTAÇÃO – Obrigação de manter documentação comprovativa		Sim – Durante o prazo em que a Administração Tributária pode proceder à correcção dos preços de transferência
<u>APP – ACORDOS PRÉVIOS SOBRE OS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA</u>		A legislação tributária não integra o regime dos APP, contudo incorpora um tipo concreto de negociação de percentagens objectivas para determinado tipo de métodos aplicáveis às operações vinculadas
PENALIZAÇÕES	Características das Infrações	Incidem sobre o valor do imposto devido pelas correcções dos preços de transferência
		1 Taxa de 0,33% por dia de atraso, com o limite máximo de 20%, se o contribuinte proceder à auto correcção da matéria colectável e pagar o imposto;
		2 Taxa variável entre 75% e 112,5% quando sejam as autoridades tributárias que determinem a matéria colectável e o imposto;
		3 Taxa de 150% até 225% se se estiver perante uma tentativa de fraude.
		Redução das sanções aplicadas até 50% desde que o contribuinte pague o imposto no prazo de 30 (trinta) dias a contar da sua notificação.

QUADRO N.º 65

○ **Conceito de empresas associadas**

CONCEITO DE EMPRESAS ASSOCIADAS	O regime jurídico-tributário Brasileiro tipifica as situações que considera vinculadas, impondo-se sempre como premissa que uma das partes vinculadas se situe no estrangeiro		
	SITUAÇÕES TIPIFICADAS	1	Relações entre sede e filiais ou sucursais;
		2	Pessoas jurídicas que detenham entre si capital social que permita o controlo ou a coligação entre si;
		3	Pessoas jurídicas sujeitas a um controlo comum através da detenção de valores mínimos do seu capital social por terceiros;
		4	Pessoas jurídicas sujeitas a um controlo comum pelos seus órgãos sociais;
		5	Pessoas físicas que por grau de parentesco, casamento ou equivalente, tenham ligação com directores ou detentores do capital que sejam considerados vinculados com pessoas jurídicas;
		6	Situações de consórcio ou condomínio;
		7	Pessoas jurídicas que tenham contratos de exclusividades com pessoas físicas ou jurídicas, na qualidade de agentes, distribuidores, concessionários, compra, venda, prestação de serviços, de bens, de direitos;
		8	Paraísos Fiscais.

QUADRO N.º 66

O conceito de empresas associadas constante da legislação Brasileira, traduz-se numa enumeração taxativa das situações que são susceptíveis de exercer essa influencia na valoração dos preços de transferência, isto é, o conceito de empresas associadas esgota-se naquela enumeração exaustiva¹¹⁶⁷.

O regime dos preços de transferência apenas se aplica às importações e exportações entre empresas relacionadas que se localizem, respectivamente, umas delas em território Brasileiro e outra no estrangeiro, e assim, poderíamos agrupar as relações entre empresas associadas em 8 (oito) grandes grupos, a saber:

- (i) Sede e filiais ou sucursais;
- (ii) Domínio pela detenção do capital social de uma sobre a outra;
- (iii) Domínio por terceiros que detêm capital social sobre as sociedades dominadas;
- (iv) As situações de consórcio ou condomínio em relação às concretas situações para que foram criadas;
- (v) Domínio através da capacidade de um controlo comum pelos órgãos de administração;
- (vi) Domínio através do grau de parentesco, ou afim, até ao terceiro grau, pelo cônjuge ou por pessoa que viva em situação análoga relativamente aos órgãos de

¹¹⁶⁷ Veja-se a concretização deste conceito feita pela enumeração taxativa dos casos na legislação tributária daquela União, concretamente no art.ºs 244.º e 245.º do Decreto n.º 3.000, de 26 de Março de 1999, art.ºs 23.º e 24.º da Lei do Ajuste Tributário n.º 9.430, de 27 de Dezembro de 1996 e art.ºs 2.º e 39.º da Instrução Normativa SRF n.º 243, de 11 de Novembro de 2002.

administração ou de detentores do capital que sejam considerados pela legislação como vinculados, quer de forma directa, quer de forma indirecta;

(vii) Domínio por contrato de exclusividade na prática de determinadas actividades empresariais ¹¹⁶⁸;

(viii) Relações com Sujeitos Passivos considerados residentes em *off-shores*, ainda que não sejam consideradas associadas de acordo com a sua legislação ¹¹⁶⁹

¹¹⁷⁰

¹¹⁶⁸ Os tópicos que acabamos de elencar constam do artigo 244.º do Decreto n.º 3.000 que, sob a epígrafe “Pessoa Vinculada – Conceito”, estabelece que “...será considerada vinculada à pessoa jurídica domiciliada no Brasil:

I - a matriz desta, quando domiciliada no exterior;

II - a sua filial ou sucursal, domiciliada no exterior;

III - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, cuja participação societária no seu capital social a caracterize como sua controladora ou coligada, na forma definida nos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei nº 6.404, de 1976;

IV - a pessoa jurídica domiciliada no exterior que seja caracterizada como sua controlada ou coligada, na forma dos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei nº 6.404, de 1976;

V - a pessoa jurídica domiciliada no exterior, quando esta e a empresa domiciliada no Brasil estiverem sob controle societário ou administrativo comum ou quando pelo menos dez por cento do capital social de cada uma pertencer a uma mesma pessoa física ou jurídica;

VI - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que, em conjunto com a pessoa jurídica domiciliada no Brasil, tiver participação societária no capital social de uma terceira pessoa jurídica, cuja soma as caracterize como controladoras ou coligadas desta, na forma definida nos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei nº 6.404, de 1976;

VII - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que seja sua associada, na forma de consórcio ou condomínio, conforme definido na legislação brasileira, em qualquer empreendimento;

VIII - a pessoa física residente no exterior que for parente ou afim até o terceiro grau, cônjuge ou companheiro de qualquer de seus diretores ou de seu sócio ou acionista controlador em participação direta ou indirecta;

IX - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que goze de exclusividade, como seu agente, distribuidor ou concessionário, para a compra e venda de bens, serviços ou direitos;

X - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, em relação à qual a pessoa jurídica domiciliada no Brasil goze de exclusividade, como agente, distribuidora ou concessionária, para a compra e venda de bens, serviços ou direitos.

¹¹⁶⁹ O parágrafo único do artigo 24.º-A da Lei do Ajuste Tributário nº 9.430 conceptualiza paraíso fiscal da seguinte forma: “...considera-se regime fiscal privilegiado aquele que apresentar uma ou mais das seguintes características:

I - não tribute a renda ou a tribute à alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento);

II - conceda vantagem de natureza fiscal a pessoa física ou jurídica não residente:

a) sem exigência de realização de atividade econômica substantiva no país ou dependência;

b) condicionada ao não exercício de atividade econômica substantiva no país ou dependência;

III - não tribute, ou o faça em alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento), os rendimentos auferidos fora de seu território;

IV - não permita o acesso a informações relativas à composição societária, titularidade de bens ou direitos ou às operações econômicas realizadas”.

¹¹⁷⁰ Para uma análise mais desenvolvida veja-se TOGNETTI, SILVANIA CONCEIÇÃO e SILVA, FELIPE CABRAL, da BM&A Consultadoria Tributária, Taxand Brazil, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2009, Edition and Transfer Pricing, IBFD TAX TRAVEL COMPANIONS, Amsterdam, Netherlands, 2009, sobre a análise que fazem nos itens “2.2 Arm’s lenght principle” e “2.3 Meaning of control and affiliated party”, integrado na descrição sobre o regime jurídico-tributário dos preços de transferência no “Brasil”, pags. 294 e 295, assim como DIAS MUSA, SIMONE e LAGRASTA, CAMILLA, Trench, Rossi e Watanabe Advogados associated with Baker & McKenzie International, *Transfer Pricing Database*, do INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, no item “2.6. Concepts of associated enterprises and control”, sobre os preços de transferência do “Brasil”, no sítio da Internet www.ibfd.org.

○ **Métodos de determinação dos preços de transferência**

MÉTODOS DE DETERMINAÇÃO DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA		
Métodos Aplicáveis	Exportação de Bens, Serviços e Direitos	1 Método do Preço de Venda nas Exportações - PVEx
		2 Método do Preço de Venda por Atacado no País de Destino, Diminuído do Lucro - PVA
		3 Método do Preço de Venda a Varejo no País de Destino, Diminuído do Lucro - PVV
		4 Método do Custo de Aquisição ou de Produção mais Tributos e Lucro - CAP
	Importação de Bens, Serviços e Direitos	1 Método dos Preços Independentes Comparados - PIC
		2 Método do Preço de Revenda menos Lucro - PRL
		3 Método do Custo de Produção mais Lucro - CPL
Hierarquia de métodos	Livre escolha do Melhor Método	Dentro dos métodos enumerados pela legislação é dada a possibilidade ao contribuinte de aplicar um ou mais métodos, contudo, se aplicar mais que um método tem sempre que aplicar o valor resultante daquele que seja mais favorável à Administração Tributária Brasileira

QUADRO N.º 67

O direito tributário Brasileiro tem algumas notas dignas de relevo que o distinguem dos outros ordenamentos jurídicos incluídos neste estudo, facto para o qual contribuiu, quanto a nós, a circunstância de esta União de Estados Federados não estar integrado na OCDE, e que passamos muito sumariamente a esquematizar.

Apenas disciplina os preços de transferência relativamente às operações vinculadas decorrentes das exportações e importações praticadas entre empresas associadas, isto é, não se enquadram aqui as operações meramente internas.

Excluem-se do conceito de operações vinculadas as operações relativas aos *royalties* e assistência técnica, científica, administrativa ou assemelhada, mesmo que reúnam as restantes condições.

Os métodos criados pelo legislador são específicos e não uma qualquer cópia, embora com alguma modificação, dos oriundos pela OCDE.

Assim, tendo em vista quantificar a eventual perda de receita fiscal com a utilização de preços de transferência que o erário público Brasileiro sofresse, quer pela importação, quer pela exportação praticada entre as empresas associadas, foram

criados os seguintes métodos de comparação com outras operações, que não têm que ser necessariamente independentes¹¹⁷¹, a saber:

1. Métodos aplicáveis quando se estiver perante exportações de bens, serviços ou direitos:

(i) PVEx - Método do Preço de Venda nas Exportações ¹¹⁷²;

(ii) PVA - Método do Preço de Venda por Atacado no País de Destino, Diminuído do Lucro ¹¹⁷³;

(iii) PVV - Método do Preço de Venda a Varejo no País de Destino, Diminuído do Lucro ¹¹⁷⁴;

(iv) CAP - Método do Custo de Aquisição ou de Produção mais Tributos e Lucro ¹¹⁷⁵.

2. Métodos aplicáveis quando se estiver perante importações de bens, serviços ou direitos:

(i) PIC- Método dos Preços Independentes Comparados ¹¹⁷⁶;

(ii) PRL - Método do Preço de Revenda menos Lucro ¹¹⁷⁷;

(iii) CPL Método do Custo de Produção mais Lucro ¹¹⁷⁸.

¹¹⁷¹ Os métodos e os seus conceitos inseridos na legislação tributária Brasileira, estão vertidos, entre outros, nos artigos 240.º e 241.º, do Decreto n.º 3.000, respectivamente para a exportação e para a importação nas operações vinculadas.

¹¹⁷² PVEx - Método do Preço de Venda nas Exportações – Corresponde à “...média aritmética dos preços de venda nas exportações efetuadas pela própria empresa, para outros clientes, ou por outra exportadora nacional de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, durante o mesmo período de apuração da base de cálculo do imposto e em condições de pagamento semelhantes...”.

¹¹⁷³ PVA - Método do Preço de Venda por Atacado no País de Destino, Diminuído do Lucro – Corresponde à “...média aritmética dos preços de venda de bens, idênticos ou similares, praticados no mercado atacadista do país de destino, em condições de pagamento semelhantes, diminuídos dos tributos incluídos no preço, cobrados no referido país, e de margem de lucro de quinze por cento sobre o preço de venda no atacado...”.

¹¹⁷⁴ PVV - Método do Preço de Venda a Varejo no País de Destino, Diminuído do Lucro – Corresponde à “...média aritmética dos preços de venda de bens, idênticos ou similares, praticados no mercado varejista do país de destino, em condições de pagamento semelhantes, diminuídos dos tributos incluídos no preço, cobrados no referido país, e de margem de lucro de trinta por cento sobre o preço de venda no varejo...”.

¹¹⁷⁵ CAP - Método do Custo de Aquisição ou de Produção mais Tributos e Lucro – Corresponde à “...média aritmética dos custos de aquisição ou de produção dos bens, serviços ou direitos, exportados, acrescidos dos impostos e contribuições cobrados no Brasil e de margem de lucro de quinze por cento sobre a soma dos custos mais impostos e contribuições...”.

¹¹⁷⁶ PIC- Método dos Preços Independentes Comparados – Corresponde à “...média aritmética dos preços de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, apurados no mercado brasileiro ou de outros países, em operações de compra e venda, em condições de pagamento semelhantes...”.

¹¹⁷⁷ PRL - Método do Preço de Revenda menos Lucro – Corresponde à “...média aritmética dos preços de revenda dos bens ou direitos, diminuídos:

a) dos descontos incondicionais concedidos;
b) dos impostos e contribuições incidentes sobre as vendas;
c) das comissões e corretagens pagas;
d) de margem de lucro de vinte por cento, calculada sobre o preço de revenda...”.

O regime jurídico daquela União de Estados permite a adopção por um dos métodos para cada uma daquelas situações ¹¹⁷⁹, isto é, não impõe que se aplique um regime hierarquizado dos mesmos, pelo que cabe ao contribuinte optar por aquele que, em sua opinião, melhor irá consubstanciar o preço-padrão comparativo para as operações vinculadas praticadas.

Aquela legislação, inclusive, faculta ao contribuinte que aplique mais que um método, sendo-lhe apenas imposto que nesta hipótese utilize como preço-padrão de comparação o menor ou maior dos valores que resulte da aplicabilidade dos métodos a que recorreu ¹¹⁸⁰, consoante se trate de exportações ou de importações, não significando isto que eventualmente a Administração Tributária, no momento em que proceder ao seu contolo inspectivo, não possa discordar, fundamentadamente, daquela aplicação e aplicar outros métodos ou valores superiores aos aplicados e calculados pelo contribuinte.

¹¹⁷⁸ CPL Método do Custo de Produção mais Lucro – Corresponde ao “...custo médio de produção de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, no país onde tiverem sido originariamente produzidos, acrescido dos impostos e taxas cobrados pelo referido país na exportação e de margem de lucro de vinte por cento, calculada sobre o custo apurado...”.

¹¹⁷⁹ Neste sentido veja-se o conteúdo do § 3.º do artigo 240.º do Decreto n.º 3.000 que estabelece que “...as receitas das vendas nas exportações serão determinadas tomando-se por base o valor apurado segundo um dos seguintes métodos...”, acrescentando o corpo do artigo 241.º daquele Decreto de que “os custos, despesas e encargos relativos a bens, serviços e direitos, constantes dos documentos de importação ou de aquisição, nas operações efetuadas com pessoa vinculada, somente serão dedutíveis na determinação do lucro real até o valor que não exceda ao preço determinado por um dos seguintes métodos”; (sublinhado nosso).

¹¹⁸⁰ Veja-se o teor do § 5.º do artigo 240.º do Decreto n.º 3.000, ao referir-se às exportações, que estabelece que “na hipótese de utilização de mais de um método, será considerado o menor dos valores apurados...”, acrescentando o § 4.º do artigo 241.º daquele Decreto de que nas importações e “na hipótese de utilização de mais de um método, será considerado dedutível o maior valor apurado...”; (sublinhado nosso).

○ **Os Ajustamentos**

AJUSTAMENTOS	Ajustamento primário	Sim
	Ajustamento correlativo	Não
	Operação secundária e Ajustamento secundário	Não
	Prazo máximo De Caducidade	Geral – 5 anos

QUADRO N.º 68

i. **Os ajustamentos admitidos**

Ajustamento Primário.

O regime jurídico-tributário Brasileiro contempla a sujeição ao regime dos preços de transferência as operações vinculadas de exportações e importações, e por tal iremos analisar separadamente estas duas vertentes.

i. **Exportações:**

Impõe aquele ordenamento jurídico que se proceda ao ajustamento dos preços de transferência praticados quando o preço médio¹¹⁸¹ praticado nas vendas de exportações seja inferior a 90% (noventa por cento) do preço médio praticado¹¹⁸² nas mesmas vendas de bens, serviços ou direitos no mercado brasileiro¹¹⁸³.

¹¹⁸¹ O legislador pretende sempre actuar quando as médias dos preços praticados, quer na exportação, quer na importação, excedam as médias dos preços praticados em determinado período tributável, facto que é plenamente assumido pela Administração Tributária através da sua Instrução Normativa SRF nº 243, nomeadamente, no seu art.º 16.º que estatui que “o preço médio praticado (...) e o preço parâmetro serão obtidos pela multiplicação dos preços pelas quantidades relativas a cada operação e os resultados apurados serão somados e divididos pela quantidade total, determinando-se, assim, o preço médio ponderado”, ou o § 1.º do artigo 19.º que estabelece que “para efeito de aplicação dos métodos referidos neste artigo, as médias aritméticas ponderadas serão calculadas em relação ao período de apuração, exceto se a empresa estiver utilizando dados de outros períodos, caso em que as médias serão referidas ao respectivo período”.

¹¹⁸² Os meios de prova de que se deve socorrer para a determinação do preço médio esta juridicamente disciplinado nos nºs I e II e § 1.º e 3.º do art.º 242.º do Decreto n.º 3.000 e nos nºs I e II e § 1.º e 3.º do art.º 21.º da Lei do Ajuste Tributário nº 9.430, sob a epígrafe “Apuração dos Preços Médios” e que transcrevemos:

“art. 21. Os custos e preços médios a que se referem os arts. 18 e 19 deverão ser apurados com base em:

I - publicações ou relatórios oficiais do governo do país do comprador ou vendedor ou declaração da autoridade fiscal desse mesmo país, quando com ele o Brasil mantiver acordo para evitar a bitributação ou para intercâmbio de informações;

II - pesquisas efetuadas por empresa ou instituição de notório conhecimento técnico ou publicações técnicas, em que se especifiquem o setor, o período, as empresas pesquisadas e a margem encontrada, bem como identifiquem, por empresa, os dados coletados e trabalhados.

§ 1º As publicações, as pesquisas e os relatórios oficiais a que se refere este artigo somente serão admitidos como prova se houverem sido realizados com observância de métodos de avaliação internacionalmente adotados e se referirem a período contemporâneo com o de apuração da base de cálculo do imposto de renda da empresa brasileira.

(...)

Isto é, admite-se uma variação máxima de 10% (dez por cento) entre o preço-padrão médio comparativo e o preço médio praticado nas operações vinculadas, pelo que ultrapassada tal percentagem será então necessário procederem-se aos necessários ajustamentos.

Assim, quando for ultrapassado aquele limite o contribuinte deverá efectuar a correcção necessária adicionando ao lucro tributável aquela diferença, porquanto, se o não fizer voluntariamente a Administração Tributária procederá a tal correcção ¹¹⁸⁴, ou seja, procederá oficiosamente ao ajustamento primário do lucro tributável.

ii. Importações:

Também em relação às importações é obrigatório que se processem as necessárias correcções do lucro tributável quando os custos, despesas e encargos com bens, serviços e direitos excederem o preço de transferência determinado por um dos métodos indicados, sendo de salientar que o legislador não criou para as importações nenhuma percentagem mínima que dispense qualquer correcção, como o fez para as exportações.

Assim, se o valor das operações vinculadas relativas às importações excederem o valor médio padrão calculado, o contribuinte deverá efectuar a correcção necessária adicionando ao lucro tributável aquela diferença, porquanto, se o não fizer voluntariamente a Administração Tributária procederá a tal correcção, ou seja, procederá oficiosamente ao ajustamento primário do lucro tributável ¹¹⁸⁵.

O legislador, assim como a própria Administração Tributária Brasileira, reconhece, como aliás o fazem explicitamente a OCDE e outros ordenamentos jurídicos, que o regime jurídico dos preços de transferência não é uma ciência exacta,

§ 3º As publicações técnicas, as pesquisas e os relatórios a que se refere este artigo poderão ser desqualificados mediante ato do Secretário da Receita Federal, quando considerados inidôneos ou inconsistentes”.

¹¹⁸³ Como modelo comparativo impõe a legislação de que se deva socorrer em primeiro lugar às operações que o mesmo sujeito passivo pratique, e que não sejam vinculadas, no mercado interno, e se tal não for possível, proceder-se-à à comparação com iguais operações praticadas por empresas independentes no mercado brasileiro – veja-se o corpo do artigo 240.º e o seu § 1.º do Decreto n.º 3.000.

¹¹⁸⁴ Tal resulta, nomeadamente, do § 7.º do artigo 19.º da Lei do Ajuste Tributário nº 9.430 que estatui que “a parcela das receitas, (...) que exceder ao valor já apropriado na escrituração da empresa deverá ser adicionada ao lucro líquido, para determinação do lucro real, bem como ser computada na determinação do lucro presumido e do lucro arbitrado”.

¹¹⁸⁵ Esta imposição é feita, nomeadamente, no § 7.º do artigo 18.º da Lei do Ajuste Tributário nº 9.430, ao estabelecer que “a parcela dos custos que exceder ao valor determinado (...) deverá ser adicionada ao lucro líquido, para determinação do lucro real”.

e por tal foram inseridas normas¹¹⁸⁶ e orientações administrativas de admissão de prova pelo contribuinte de margens de lucros diversas das constantes na lei fiscal e desde que essa variação não ultrapasse 5% (cinco por cento) do preço ajustado¹¹⁸⁷.

O que acabamos de referenciar integra-se no princípio do contraditório que marca a actividade tributária em muitos ordenamentos jurídicos, assim, também a Administração Tributária pode discordar, fundamentadamente, das provas apresentadas pelos contribuintes¹¹⁸⁸, procedendo oficiosamente às correcções necessárias em face do preço de transferência padrão que calculou¹¹⁸⁹.

Sobre o “Ajustamento Correlativo, Operação Secundária e Ajustamento Secundário” a legislação jurídico-tributária não faz qualquer referência¹¹⁹⁰.

ii. O prazo máximo de caducidade

O direito tributário Brasileiro permite que seja feita qualquer liquidação, quer inicial, quer adicional, aqui se incluindo as liquidações motivadas por ajustamentos

¹¹⁸⁶ Foram inseridas normas que permitem ao contribuinte apresentar provas sobre margens de lucros diferentes daquelas que o legislador objectivamente criou, ao estabelecer no § 2.º do artigo 242.º do Decreto n.º 3.000, de que “admitir-se-ão margens de lucro diversas das estabelecidas nos arts. 240 e 241, desde que o contribuinte as comprove com base em publicações, pesquisas ou relatórios elaborados de conformidade com o disposto neste artigo”, e no § 2.º do art.º 21.º da Lei do Ajuste Tributário n.º 9.430, de que “admitir-se-ão margens de lucro diversas das estabelecidas nos arts. 18 e 19, desde que o contribuinte as comprove, com base em publicações, pesquisas ou relatórios elaborados de conformidade com o disposto neste artigo”.

¹¹⁸⁷ Através das instruções administrativas a Administração Tributária limitou a percentagem máxima da divergência entre o preço padrão ajustado e os preços documentados, quer na importação, quer na exportação, que não origina qualquer rectificação no lucro tributável, como expressamente disciplina o artigo 38.º da Instrução Normativa SRF nº 243 ao impor que “será considerada satisfatória a comprovação, nas operações com empresas vinculadas, quando o preço ajustado, a ser utilizado como parâmetro, diverja, em até cinco por cento, para mais ou para menos, daquele constante dos documentos de importação ou exportação”, acrescentando no seu Parágrafo único, de que “nessa hipótese, nenhum ajuste será exigido da empresa na apuração do imposto de renda, e na base de cálculo da CSLL”.

¹¹⁸⁸ Esta prerrogativa é assumida pelo legislador ao estabelecer no § 3.º do artigo 21.º da Lei do Ajuste Tributário n.º 9.430 que “as publicações técnicas, as pesquisas e os relatórios a que se refere este artigo poderão ser desqualificados mediante ato do Secretário da Receita Federal, quando considerados inidôneos ou inconsistentes”; (sublinhado nosso).

¹¹⁸⁹ Para um estudo desenvolvido sobre a temática dos ajustamentos constantes do ordenamento jurídico-tributário na Brasil vejam-se DIAS MUSA, SIMONE e LAGRASTA, CAMILLA, da Trench, Rossi e Watanabe Advogados associated with Baker & McKenzie International, *Transfert Pricing Database*, INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, nos itens “9.5.2. Corresponding adjustment” e “9.5. Adjustments”, sobre os preços de transferência do “Brasil”, no sitio da Internet www.ibfd.org.

¹¹⁹⁰ Neste sentido vejam-se DIAS MUSA, SIMONE e LAGRASTA, CAMILLA, da Trench, Rossi e Watanabe Advogados associated with Baker & McKenzie International, *Transfert Pricing Database*, do INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, nos itens “9.5.2. Corresponding adjustment” e “9.5.3 Secondary adjustment”, sobre os preços de transferência do “Brasil”, no sitio da Internet www.ibfd.org.

originados nos preços de transferência praticados pelas empresas vinculadas, no prazo de cinco anos do exercício fiscal a que referem ^{1191 1192}.

○ **Exigências documentais impostas aos contribuintes**

DOCUMENTAÇÃO – Obrigação de manter documentação comprovativa	Sim – Durante o prazo em que a Administração Tributária pode proceder à correcção dos preços de transferência
---	--

QUADRO N.º 69

Para que a Administração Tributária tenha um conhecimento cabal das operações vinculadas que foram praticadas, das empresas associadas que as efectuaram, da política de preços de transferência que foi utilizada assim como os métodos demonstrativos a que recorreram para aquilatar da sua justeza legal do preço de transferência praticado, ou praticados, foi imposto aos contribuintes que organizassem, e colocassem à sua disposição durante o prazo em que aquela Administração Tributária pode proceder à liquidação dos impostos devidos ¹¹⁹³, informação documental que lhe permitisse efectuar os procedimentos inspectivos necessários ^{1194 1195}.

¹¹⁹¹ Neste sentido disciplina o “Código Tributário Nacional” no § 4.º do artigo 150.º que “se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”, assim como o artigo 173.º estabelece que “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado”.

¹¹⁹² Sobre esta temática vejam-se TOGNETTI, SILVANIA CONCEIÇÃO e SILVA, FELIPE CABRAL, da BM&A Consultadoria Tributária, Taxand Brazil, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2009 Edition and Transfer Pricing*, IBFD TAX TRAVEL COMPANIONS, Amsterdam, Netherlands, 2009, sobre a análise que fazem no item “9.2 Statute of limitation”, integrado na descrição sobre o regime jurídico-tributário dos preços de transferência no “Brasil”, pags. 299.

¹¹⁹³ Esta imposição decorre do artigo 37.º da Lei do Ajuste Tributário nº 9.430, sob a epígrafe “Guarda de Documentos” ao estatuir que “os comprovantes da escrituração da pessoa jurídica, relativos a fatos que repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, serão conservados até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios”.

¹¹⁹⁴ A Lei do Ajuste Tributário nº 9.430, sob a epígrafe “Apuração dos Preços Médios” estabelece nos nºs I e II do artigo 21.º que: “I - publicações ou relatórios oficiais do governo do país do comprador ou vendedor ou declaração da autoridade fiscal desse mesmo país, quando com ele o Brasil mantiver acordo para evitar a bitributação ou para intercâmbio de informações; II - pesquisas efetuadas por empresa ou instituição de notório conhecimento técnico ou publicações técnicas, em que se especifiquem o setor, o período, as empresas pesquisadas e a margem encontrada, bem como identifiquem, por empresa, os dados coletados e trabalhados”.

É imposto aos contribuintes no § 1.º daquele artigo que “as publicações, as pesquisas e os relatórios oficiais a que se refere este artigo somente serão admitidos como prova se houverem sido realizados com observância de métodos de avaliação internacionalmente adotados e se referirem a período contemporâneo com o de apuração da base de cálculo do imposto de renda da empresa brasileira”.

¹¹⁹⁵ A Administração Tributária Brasileira esclarece na sua Instrução Normativa SRF nº 243, artigo 29.º, quais são os “Elementos Complementares de Prova” que o contribuinte deve possuir em relação às operações vinculadas praticadas, impondo que:

A documentação terá que ser apresentada em Português ^{1196 1197}.

“Além dos documentos emitidos normalmente pelas empresas, nas operações de compra e venda, a comprovação dos preços a que se refere esta Instrução Normativa poderá ser efetuada, também, com base em:

I - publicações ou relatórios oficiais do governo do país do comprador ou vendedor ou declaração da autoridade fiscal desse mesmo país, quando com ele o Brasil mantiver acordo para evitar a bitributação ou para intercâmbio de informações;

II - pesquisas efetuadas por empresa ou instituição de notório conhecimento técnico ou publicações técnicas, onde se especifique o setor, o período, as empresas pesquisadas e a margem encontrada, bem assim identifique, por empresa, os dados coletados e trabalhados.

§ 1º As publicações, as pesquisas e os relatórios oficiais a que se refere este artigo somente serão admitidos como prova se houverem sido realizados com observância de critérios de avaliação internacionalmente aceitos e se referirem a período contemporâneo com o de apuração da base de cálculo do imposto de renda da empresa brasileira.

§ 2º Consideram-se adequadas a surtir efeito probatório as publicações de preços decorrentes:

I - de cotações de bolsas de valores de âmbito nacional;

II - de cotações de bolsas reconhecidas internacionalmente, a exemplo da de Londres, na Inglaterra, e da de Chicago, nos Estados Unidos da América;

III - pesquisas efetuadas sob a responsabilidade de organismos internacionais, a exemplo da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e da Organização Mundial de Comércio (OMC).

§ 3º No caso de pesquisa relativa a período diferente daquele a que se referir o preço praticado pela empresa, o valor determinado será ajustado em função de eventual variação na taxa de câmbio da moeda de referência, ocorrida entre os dois períodos.

§ 4º As publicações técnicas, pesquisas e relatórios a que se referem este artigo poderão ser desqualificados por ato do Secretário da Receita Federal, quando considerados inidôneos ou inconsistentes”.

¹¹⁹⁶ A Administração Tributária Brasileira esclarece na questão n.º 691 das perguntas e respostas sobre os preços de transferência, e com base na sua legislação nacional, que a documentação escrita em qualquer idioma estrangeiro deve ser devidamente traduzida para português. Assim indica que “qualquer documento de procedência estrangeira para produzir efeitos legais no País e para valer contra terceiros e em repartições da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios ou em qualquer instância, juízo ou tribunal, deve ser vertido em vernáculo. Além disso, deve ser legalizado em seu país de origem, ou seja, notariado, consularizado e registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos (art. 140, Decreto nº 13.609/1943, Código Civil; art. 157, Código de Processo Civil; arts. 129 e 148, Lei nº 6.015/1973; PN CST nº 250/1971)”. Veja-se o site www.receita.fazenda.gov.br.

¹¹⁹⁷ Sobre esta temática veja-se veja-se TOGNETTI, SILVANIA CONCEIÇÃO e SILVA, FELIPE CABRAL, da BM&A Consultadoria Tributária, Taxand Brazil, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2009, Edition and Transfer Pricing, IBFD TAX TRAVEL COMPANIONS, Amsterdam, Netherlands, 2009, sobre a análise que fazem nos itens “5.2. *Transfert pricing documentation requirements*” e “9. *Transfert Pricing Audits*”, integrado na descrição sobre o regime jurídico-tributário dos preços de transferência no “Brasil”, pags. 299. Vejam-se, igualmente, DIAS MUSA, SIMONE e LAGRASTA, CAMILLA, da Trench, Rossi e Watanabe Advogados associated with Baker & McKenzie International, *Transfert Pricing Database*, do INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, nos itens “8. *Documentation Requirements*” e “9. *Compliance and Litigation*”, sobre os preços de transferência do “Brasil”, no sítio da Internet www.ibfd.org.

○ **Os Acordos Prévios sobre os Preços de Transferência (APP)**

<u>APP – ACORDOS PRÉVIOS SOBRE OS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA</u>	A legislação tributária não integra o regime dos APP, contudo incorpora um tipo concreto de negociação de percentagens objectivas para determinado tipo de métodos aplicáveis às operações vinculadas
--	---

QUADRO N.º 70

O Brasil não tem legislação que discipline os APP – Acordos Prévios sobre os Preços de Transferência, semelhante à que existe em outros ordenamentos jurídicos, inspirados, sobretudo, pela OCDE ¹¹⁹⁸.

O regime jurídico-tributário Brasileiro contém, contudo, um processo de fixação das percentagens ou margens aplicáveis a alguns dos métodos de determinação dos preços de transferência, quer na Importação, quer na Exportação.

É permitida a implementação de um procedimento administrativo próprio para que as percentagens objectivas ou margens constantes da legislação sobre os métodos PRL - Método do Preço de Revenda menos Lucro e CPL – Método do Custo de Produção mais Lucro, aplicáveis à Importação de bens, serviços e direitos, assim como os métodos PVA - Método do Preço de Venda por Atacado no País de Destino, Diminuído do Lucro, PVV – Método do Preço de Venda a Varejo no País de Destino, Diminuído do Lucro e CAP - Método do Custo de Aquisição ou de Produção mais Tributos e Lucro, sejam modificadas para outros valores ¹¹⁹⁹.

A disciplina jurídica deste procedimento para fixação das percentagens objectivas que integram alguns dos métodos de determinação dos preços de

¹¹⁹⁸ Neste sentido vejam-se TOGNETTI, SILVANIA CONCEIÇÃO e SILVA, FELIPE CABRAL, da BM&A Consultadoria Tributária, Taxand Brazil, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2009, Edition and Transfer Pricing, IBFD TAX TRAVEL COMPANIONS, Amsterdam, Netherlands, 2009, sobre a análise que fazem no item “7. Advance Pricing Agreements (APAs)” em que afirma que “APAs are not available in Brazil”, integrado na descrição sobre o regime jurídico-tributário dos preços de transferência no “Brasil”, pags. 298.

Vejam-se, igualmente, DIAS MUSA, SIMONE e LAGRASTA, CAMILLA, da Trench, Rossi e Watanabe Advogados associated with Baker & McKenzie International, *Transfert Pricing Database*, INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, no item “11.3. Advance pricing arrangement”, sobre os preços de transferência do “Brasil”, no sitio da Internet www.ibfd.org, ao esclarecerem que “although some argue that the mutual agreement procedure described above may be used as an instrument to obtain an advance pricing arrangement (APA), there are no specific rules in this regard”.

¹¹⁹⁹ Estabelece tal possibilidade o artigo 20.º da Lei do Ajuste Tributário nº 9.430, cujo conteúdo tem o seguinte teor: “em circunstâncias especiais, o Ministro de Estado da Fazenda poderá alterar os percentuais de que tratam os arts. 18 e 19, caput, e incisos II, III e IV de seu § 3º”.

transferência, está incorporada na “Portaria MF nº 222, de 24 de Setembro de 2008”, que estabelece ¹²⁰⁰ ¹²⁰¹:

- (i) O órgão competente para decidir – O Ministro de Estado da Fazenda;
- (ii) A organização competente onde corre o procedimento – A Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB);
- (iii) Quem pode tomar a iniciativa de desencadear este procedimento:
 - (iii.a) Oficiosamente;
 - (iii.b) A entidade representante de categoria económica ou profissional de âmbito nacional;
 - (iii.c) O Sujeito Passivo;
- (iv) Tem que se feito por escrito;
- (v) Tem que integrar fundamentalmente os critérios técnicos em que se baseia o pedido da fixação, assim como o valor proposto e ser acompanhado de amostras técnicas e estudos que fundamentem as pretensões, apresentar a prova legalmente estabelecida para cada um dos diversos métodos;
- (vi) O pedido apenas tem efeito *ex nunc*;
- (vii) O período mínimo de validade é de dois anos, não estabelecendo a legislação qualquer período máximo de validade.
- (viii) Não há legislação específica relativamente à possibilidade de revogação, revisão ou prorrogação;
- (ix) Se o pedido for apresentado por entidade representante de categoria económica ou profissional de âmbito nacional, o acordo alcançado é aplicável às operações vinculadas praticadas pelos sujeitos passivos vinculados inseridos no sector.

¹²⁰⁰ A disciplina jurídica deste tipo concreto de procedimento está regulamentado na Portaria MF nº 222, de 24 de Setembro de 2008.

¹²⁰¹ Para análise deste procedimento vejam-se DIAS MUSA, SIMONE e LAGRASTA, CAMILLA, da Trench, Rossi e Watanabe Advogados associated with Baker & McKenzie International, *Transfert Pricing Database*, INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, nos itens “11.3.2. Domestic regulations, unilateral, bilateral, multilateral”, “11.3.3. Coverage”, “11.3.4. Process”, “11.3.5. Agreement with taxpayers” e “11.3.6. Revoking, revision and renewal”, sobre os preços de transferência do “Brasil”, no sítio da Internet www.ibfd.org.

○ **As penalizações**

PENALIZAÇÕES	
Características das Infrações	Incidem sobre o valor do imposto devido pelas correcções aos preços de transferência
	1 Taxa de 0,33% por dia de atraso, com o limite máximo de 20%, se o contribuinte proceder à auto correcção da matéria colectável e pagar o imposto;
	2 Taxa variável entre 75% e 112,5% quando sejam as autoridades tributárias que determinem a matéria colectável e o imposto;
	3 Taxa de 150% até 225% se se estiver perante uma tentativa de fraude.
Redução das sanções aplicadas até 50% desde que o contribuinte pague o imposto no prazo de 30 (trinta) dias a contar da sua notificação.	

QUADRO N.º 71

Especificamente o regime jurídico-tributário Brasileiro não contém normas punidoras pela violação dos preceitos legais dos preços de transferência, aplicando-se-lhes, assim, a regra geral constante do regime geral sancionatório e que prevê sanções pelo pagamento de impostos em valores inferiores àqueles a que legalmente a Federação de Estados tinha direito ¹²⁰².

Por tal via, quando houver correcções dos valores dos preços de transferência os Contribuintes ficam sujeitos às seguintes sanções:

(i) Uma taxa de 0,33% por dia de atraso sobre o valor dos tributos em falta, com o limite máximo de 20%, se o contribuinte proceder à auto correcção da matéria colectável e pagar o imposto devido;

(ii) Uma taxa de 75% até 112,5% se forem as autoridades tributárias que determinem a matéria colectável e procedem ao cálculo do imposto;

(iii) Uma taxa de 150% até 225% em caso de tentativa de fraude, acrescendo ainda as eventuais sanções administrativas e penais.

¹²⁰² Neste sentido vejam-se DIAS MUSA, SIMONE e LAGRASTA, CAMILLA, da Trench, Rossi e Watanabe Advogados associated with Baker & McKenzie International, *Transfert Pricing Database*, INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, no item “8.6. Penalty aspects”, sobre os preços de transferência do “Brasil”, no sitio da Internet www.ibfd.org, que afirmam que “there are no specific transfer pricing-related penalty charges in Brazil. There are, however, general penalties for underpayment of corporate income tax: (1) 0.33% per day, limited to 20% if the taxpayer pays the relevant taxes before a tax assessment, (2) 75% to 112.5% if tax authorities assess the taxpayer and (3) 150% to 225% in case of attempted fraud, plus administrative and criminal penalties. In addition to those penalties, interest on delay (SELIC rate) should apply upon the payment on any overdue tax”.

Há lugar a uma eventual redução, até 50%, das sanções aplicadas, sob a condição de o contribuinte pagar o imposto devido no prazo de 30 (trinta) dias a partir da notificação pela Administração Tributária ¹²⁰³.

A aplicabilidade daquelas sanções não invalida a aplicabilidade de juros pela mora no pagamento, quando este não for pago até ao prazo limite de cobrança voluntária ¹²⁰⁴.

¹²⁰³ Sobre as penalidades existentes neste ordenamento jurídico vejam-se TOGNETTI, SILVANIA CONCEIÇÃO e SILVA, FELIPE CABRAL, da BM&A Consultadoria Tributária, Taxand Brazil, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2009, Edition and Transfer Pricing, IBFD TAX TRAVEL COMPANIONS, Amsterdam, Netherlands, 2009, sobre a análise que fazem no item “10 Penalties”; integrado na descrição sobre o regime jurídico-tributário dos preços de transferência no “Brasil”, pags. 299.

¹²⁰⁴ Vejam-se os artigos 43.º, 44.º, 47.º, 61.º e 62.º da Lei do Ajuste Tributário nº 9.430.

iv. O regime jurídico da tributação dos preços de transferência na CHINA**o Introdução**

De acordo com a Lei de Tributação das Sociedades – EITL – Enterprise Income Tax Law¹²⁰⁵ – uma empresa é considerado residente na China, para efeitos tributários, quando ali esteja estabelecida ou, apesar de estar estabelecida sob ordenamentos jurídicos estrangeiros, ou em diferentes regiões (por exemplo Hong Kong ou Macau), tiver ali situada a sua direcção efectiva.

São consideradas como não residentes aquelas empresas estabelecidas em conformidade com ordenamentos jurídicos estrangeiros que tenham ali uma forma de exercitação da sua actividade – por exemplo um estabelecimento estável, ou um escritório -, mas cujo lugar de direcção efectiva esteja instalado fora da China, ou todas aquelas que reúnam as condições indicadas, sem contudo terem ali qualquer local e forma de representação, mas que contudo ali obtenham rendimentos empresariais.

O ordenamento jurídico-tributário sujeita a tributação pelo rendimento universal as empresas ali consideradas residentes, e pelo rendimento ali obtido aquelas que sejam consideradas como não residentes, ou seja, neste aspecto seguem o regime mais comum universalmente.

Desde o ano fiscal de 2008, inclusive, que a taxa sobre o rendimento das sociedades está fixada em 25%, contudo aquela taxa será reduzida para 20% desde que se esteja na presença de uma “empresa de baixos lucros”¹²⁰⁶.

¹²⁰⁵ Refere JOYCE ZHANG, Hendersen Consulting, Taxand China, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2009 Edition and Transfer Pricing*, IBFD TAX TRAVEL COMPANIONS, Amsterdam, Netherlands, 2009, sobre a análise que fazem no item 1. *Tax Authority and Law*, integrado na descrição sobre o regime jurídico-tributário dos preços de transferência no China, a pags. 319, que quem tem competência legislativa na China é o Ministro das Finanças, contudo na maioria dos casos, as novas políticas fiscais são emanadas conjuntamente pelo Ministério das Finanças e pela Administração Tributária, ou seja, aqui interfere um órgão da administração que simultaneamente tem competências legislativas e executivas das mesmas.

¹²⁰⁶ Sobre o conceito de “empresa de baixos lucros”, vejam-se JINYAN LI, Osgoode Hall Law School York University, Toronto, Canada e TIAN SU, Changshu National Tax Bureau, Jiangsu Province, China, *Transfer Pricing Database*, INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, no item 1.1.6.1. *Income and capital gains*, sobre os preços de transferência da “China”, no sitio da Internet www.ibfd.org, que referem: The definition of “low profit enterprises” is as follows:

Os primórdios da legislação Chinesa sobre os preços de transferência remonta a um regulamento local (Shenzhen) em que se estabelecia uma majoração automática sobre os preços de venda das mercadorias transmitidas pelas empresas Chinesas de capitais estrangeiros às suas associadas, isto é, estabelecia-se uma presunção *iuris et de iuri* que impunha uma obrigação de valoração automática das operações vinculadas entre aquelas empresas associadas, isto é, estávamos em presença de uma norma anti elisão fiscal.

No âmbito nacional a primeira legislação fiscal sobre esta temática encontrava-se inserida no artigo 13.º da Lei sobre o Imposto dos Rendimentos das Empresas de Direito Chinês de Capitais Estrangeiros de 1991, assim como nos artigos 52 a 58 do Regulamento de aplicação daquela lei e desenvolvida por uma circular da sua Administração Tributária de 1992. Este quadro jurídico foi aperfeiçoado pela publicação de nova circular em 1998 e por uma nova Lei sobre a Administração e Cobrança do Imposto de 2001 e a sua Regulamentação de 2002, que sofreram novos reforços legislativos em 2004 e 2005 contra a evasão fiscal¹²⁰⁷.

Com efeitos reportados a um de Janeiro de 2008, o Capítulo 6 do EITL – Enterprise Income Tax Law e a sua regulamentação através do EITLR – Enterprise Income Tax Law Regulations, veio disciplinar a temática dos preços de transferência na China, cujo desenvolvimento foi feito pelas “2009 Special Measures (SAT’s “Measures for the Implementation of the Special Tax Adjustment (TRIAL)”, em vigor desde um de Janeiro de 2009 e que actualmente regulamenta a temática das operações vinculadas praticadas entre empresas associadas^{1208 1209 1210}.

Type of industry	Annual taxable income (CNY)	Number of employees	Total assets (CNY)
Manufacturing	Less than 300,000	Less than 100	Less than 10 million
Non-manufacturing	Less than 300,000	Less than 80	Less than 10 million

QUADRO N.º 72

¹²⁰⁷ A nossa análise baseia-se no trabalho desenvolvido por Dr. WANG-FOUCHER, HAIYING, inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, em concreto a obra intitulada *Prix de transfert*, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, “Chapitre 7”, “Section V”, itens 1530 e 1531, pags. 298 a 299.

¹²⁰⁸ Neste sentido veja-se JOYCE ZHANG, Hendersen Consulting, Taxand China, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2009 Edition and Transfer Pricing*, IBFD TAX TRAVEL COMPANIONS, Amsterdam, Netherlands, 2009, sobre a análise que fazem no item 1. *Tax Authority and Law*, integrado na descrição sobre o regime jurídico-tributário dos preços de transferência no China, pags. 319, ao referirem que “The current laws and regulations on transfer pricing can be found in the special tax adjustment provisions of Chap. 6 of the Enterprise Income Tax Law (EITL) and the Implementation Regulations of the Enterprise Income Tax Law (EITIR), both of which took effect on 1 January 2008. On 8 January 2009, the SAT issued Circular Guo Shui Fa [2009] No. 2: The Implementation

Vamos passar em revista os principais pontos do regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência na China e, para uma melhor pré-visualização, inserimos um quadro representativo das temáticas que desenvolveremos.

Measures of Special Tax Adjustments (Provisional) (henceforth, Circular 2/2009), which introduced comprehensive provisions in the area of transfer pricing as well as general anti-avoidance administration in China. Circular 2/2009 took effect, retrospectively, from 1 January 2008".

¹²⁰⁹ Na análise que se faça à temática dos preços de transferência na China deve ter-se sempre em atenção a circular n.º 2/2009, emitida pela Administração Tributária daquele País e que entrou em vigor com efeitos retroactivos desde um de Janeiro de 2008.

¹²¹⁰ Não podemos deixar de inserir aqui uma nota elaborada pelo Dr. WANG-FOUCHER, HAIYING, na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada *Prix de transfert*, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, "Chapitre 7", "Section V", itens 1532, pags. 299, em que faz sobressair como aspecto relevante, o facto de a interpretação legislativa feita pelos Tribunais não poder ser desconforme com a interpretação feita pela Administração Tributária Chinesa, ou seja, isto implica que apesar dos contribuintes Chineses terem a possibilidade legal de recorrer para os Tribunais, contudo, na prática, estão limitados à interpretação oficial feita por parte daquele órgão da administração pública, o que, obviamente, limita substancialmente aquele direito de recurso judicial. Veja-se, então, o seguinte excerto: "*En Chine, en matière fiscale, le législateur fixe en quelques lignes de grands principes, ensuite le Conseil des affaires d'Etat se charge d'établir les règlements d'application. Enfin, le SAT, subordonné au Conseil des affaires d'Etat, délivre ses interprétations sous forme de circulaires, instructions ou mesures d'exécution. Le SAT étant chargé d'interpréter le droit fiscal, les tribunaux n'ont pas le droit d'interpréter la loi au sens strict, et suivent les interprétations du SAT. Cependant, la fiscalité est essentiellement gérée au niveau local et le SAT a peu de contacts avec les contribuables et ne dispose pas de personnel techniquement compétent en nombre suffisant. En pratique, les administrations locales, qui se chargent du traitement des dossiers, gardent un large pouvoir d'appréciation et d'interprétation. Elles ne respectent pas strictement les circulaires du SAT et ne sont pas tenues de faire un rapport au SAT. En outre, en raison du protectionnisme local, il existe un manque de coordination et de communication entre les différentes administrations*".

CHINA				
CONCEITO DE EMPRESAS ASSOCIADAS	1	O domínio do capital de forma directa, indirecta, por terceiros ou até através de intermediário por via indirecta, a partir de 25% da dominada, ainda que seja por via parental ou de família		
	2	O credor que detém mais de 50% do capital da devedora, ou quando é prestada uma garantia por dívidas superior a 10%		
	3	O domínio de uma administração por outra, de forma directa, indirecta, por terceiros, quer seja de forma recíproca em mais de 50%		
	4	A tecnologia de uma estar dependente de outra		
	5	Uma das partes controla as compras, vendas, prestação ou fornecimento de serviços de outra		
	6	Capacidade efectiva de exercer o controlo		
MÉTODOS APLICÁVEIS	Métodos Tradicionais	1	Método do Preço Comparável de Mercado	
		2	Método do Preço de Revenda Minorado	
		3	Método do Custo Majorado	
	Métodos Do Lucro Transaccional	4	Método da Margem Líquida da Operação	
		5	Método do Fraccionamento do Lucro	
Qualquer outro Método que seja conforme com o princípio <i>arm's lenght</i>				
HIERARQUIA DE MÉTODOS	Regra do Melhor Método	Impõe-se a obrigação de escolher o método, ou o conjunto de métodos, que melhor determine em cada caso o preço de transferência		
AJUSTAMENTOS	Ajustamento primário		Sim	
	Ajustamento correlativo		Sim	
	Operação secundária e Ajustamento secundário		Sim	
	Prazo máximo de caducidade		Geral – 10 anos Fraude, omissão dolosa ou negligente na aplicação do <i>arm's lenght principle</i> – sem limite de tempo	
DOCUMENTAÇÃO – Obrigação de manter documentação comprovativa			Sim	
APP – ACORDOS PRÉVIOS SOBRE OS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA			Unilaterais	
			Bilaterais	
			Multilaterais	
PENALIZAÇÕES	Características das Infrações	Desde 1 de Janeiro de 2008 que estão em vigor as seguintes penalidades desde que as operações origem ajustamentos		
		<u>Adicional sobre o Imposto Liquidado</u>		
		Juros devidos sobre o imposto calculado sobre os valores acrescidos à matéria colectável pelos ajustamentos	À taxa de juro calculada com base nos valores publicados pelo Banco Popular da China, acrescidos de cinco pontos percentuais (5%)	
		Falta de pagamento do imposto no prazo que lhe foi concedido na notificação de pagamento	Acresce um adicional de juros de mora de 0,05% por dia de atraso nesse pagamento	
		<u>Outras Sanções</u>		
		O não cumprimento dos requisitos sobre a prestação de informações ou se forneçam informações falsas ou não se forneçam em tempo	Penalidade que pode variar entre 10.000 a 50.000 yuans, de acordo com a sua gravidade.	
<u>Afastamento da sanção</u>		Desde que o contribuinte forneça a documentação no prazo legal, preste as outras informações ou os documentos solicitados pela autoridade fiscal, pode ser dispensado do juro adicional de 5%.		

QUADRO N.º 73

○ **Conceito de empresas associadas**

CONCEITO DE EMPRESAS ASSOCIADAS	1	O domínio do capital de forma directa, indirecta, por terceiros ou até através de intermediário por via indirecta, a partir de 25% da dominada, ainda que seja por via parental ou de família
	2	O credor que detém mais de 50% do capital da devedora, ou quando é prestada uma garantia por dívidas superior a 10%
	3	O domínio de uma administração por outra, de forma directa, indirecta, por terceiros, quer seja de forma recíproca em mais de 50%
	4	A tecnologia de uma estar dependente de outra
	5	Uma das partes controla as compras, vendas, prestação ou fornecimento de serviços de outra
	6	Capacidade efectiva de exercer o controlo

QUADRO N.º 74

O artigo 41.º da EITL – Enterprise Income Tax Law não utiliza a designação de "empresa associada" (*Guan lian qi ye*), mas de "parte associada" ou "parte relacionada" (*guan fang lian*). Tal atitude do legislador tem em vista enquadrar aqui não só as relações entre "empresas", mas abarcar as eventuais parcerias que possam também integrar outras entidades ou indivíduos.

Assim e de acordo com o artigo 109.º do EITLR – Enterprise Income Tax Law Regulations¹²¹¹, prevê-se que uma "parte associada" é uma empresa, organização ou indivíduo e que tenham uma das seguintes relações com outra empresa contribuinte:

- (i) O controlo directo ou indirecto relativamente ao capital, às operações de negócios, e às compras e vendas;
- (ii) O exercício, através um terceiro, de um controlo comum directo ou indirecto;
- (iii) A existência de quaisquer outras relações decorrentes de um interesse mútuo.

O desenvolvimento feito pelo Artigo 9.º das "2009 Special Measures (SAT's "Measures for the Implementation of the Special Tax Adjustment (TRIAL)", em vigor desde um de Janeiro de 2009, delineia o conteúdo concreto das diversas situações jurídicas que devem ser enquadradas naquele conceito de "partes associadas", isto é, quando se esteja em presença de:

- (i) O domínio em mais de 25% do capital societário, quer seja feito de forma directa ou indirecta, ou através de um terceiro que detém esse domínio sobre ambas

¹²¹¹ O artigo 109.º do EIT Regulations (Regulations on the Implementation of the Enterprise Income Tax Law of the People's Republic of China) dispõe que "The term "related parties of an enterprise", as referred to in Article 41 of the Enterprise Income Tax Law, refers to enterprises, other entities or individuals that have any of the following relationships with the enterprise: - direct or indirect control of funds, operation, purchase and sales; - controlled directly or indirectly by the same third person; - other relationships in respect of associated interests".

as partes, ou até através de indirectamente se detiver esse domínio indirecto noutro intermediário que indirectamente exercita esse domínio;

(ii) A criação de dívidas entre partes em que o credor detêm mais de 50% do capital do devedor ou em que é estabelecida uma garantia por dívidas superior a 10%;

(iii) O domínio das administrações de uma parte pela outra (incluindo os membros do conselho de directores e gerentes), quer se exerça pela capacidade da sua nomeação, quer se faça pelo seu controlo indirecto, quer pelo controlo comum por um terceiro, quer porque mais de metade de ambas as administrações são comuns;

(iv) Se os negócios de uma das partes dependerem de tecnologias fornecidas pela outra parte ou que sejam propriedade desta;

(v) Quando as compras, vendas e as prestações ou os fornecimentos de serviços forem controlados por uma das partes;

(vi) Quando haja um controlo efectivo, apesar de não ser de direito, por uma das partes sobre os negócios e transacções da outra, ou ainda quando estejam em causa outros tipos de contratos que originem o exercício de domínios, nomeadamente as ligações parentais e de família entre os detentores comuns do capital^{1212 1213}.

○ **Métodos de determinação dos preços de transferência**

MÉTODOS DE DETERMINAÇÃO DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA			
Métodos Aplicáveis	Métodos Tradicionais	1	Método do Preço Comparável de Mercado
		2	Método do Preço de Revenda Minorado
		3	Método do Custo Majorado
	Métodos Do Lucro Transaccional	4	Método da Margem Líquida da Operação
		5	Método do Fraccionamento do Lucro
	Qualquer outro Método que seja conforme com o princípio <i>arm's lenght</i>		
Hierarquia de métodos	Regra do Melhor Método	Impõe-se a obrigação de escolher o método, ou o conjunto de métodos, que melhor determine em cada caso o preço de transferência	

QUADRO N.º 75

A conjugação da primeira parte do artigo 41.º da EITL – Enterprise Income Tax Law, com o artigo 110.º do EITLR – Enterprise Income Tax Law Regulations, impõe às

¹²¹² Para uma análise detalhada sobre este conceito, vejam-se JINYAN LI, Osgoode Hall Law School York University, Toronto, Canada e TIAN SU, Changshu National Tax Bureau, Jiangsu Province, China, *Transfert Pricing Database*, INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, no item 2.6. Concepts of "associated enterprises" and "control", sobre os preços de transferência da "China", no sítio da Internet www.ibfd.org,

¹²¹³ Neste sentido veja-se JOYCE ZHANG, Hendersen Consulting, Taxand China, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2009 Edition and Transfer Pricing*, IBFD TAX TRAVEL COMPANIONS, Amsterdam, Netherlands, 2009, sobre a análise que fazem no item 2.3. *Meaning of control and associated persons*, integrado na descrição sobre o regime jurídico-tributário dos preços de transferência no China, pags. 320 e 321.

empresas associadas, que nas suas relações vinculadas, devem adoptar como princípio regulador da determinação a sua valoração de acordo com o princípio *at arm's length*, ou seja, devem valorar aquelas transacções como as valorariam partes independentes que levassem a cabo entre si as mesmas operações e nas mesmas condições negociais¹²¹⁴, sendo que, apesar da China não integrar a OCDE, a sua Administração Tributária interpreta este princípio de acordo com as linhas directrizes emitidas por aquela organização internacional¹²¹⁵.

Tendo em vista a conformação dos preços praticados entre empresas associadas pelas operações vinculadas praticadas entre si com o princípio *at arm's length*, o regime tributário Chinês instituiu:

- (i) Três métodos a que apelida de “métodos tradicionais”; e,
- (ii) Ainda mais dois apelidados de “métodos do lucro transaccional”¹²¹⁶.

1. Sob a primeira designação constatamos a existência dos:

- (i) “Método do Preço Comparável de Mercado”;
- (ii) “Método do Preço de Revenda Minorado”; e,
- (iii) “Método do Custo Majorado”.

2. Sob a segunda designação são propostos:

- (iv) “Método da Margem Líquida da Operação”;
- (v) “Método do Fraccionamento do Lucro”;
- (vi) “Qualquer outro método que seja conforme com o princípio do mercado livre”

- Como o legislador não descreveu de uma forma exaustiva todos os possíveis

¹²¹⁴ Dispõe o artigo 110.º da EITLR que “*The “arm's length principle”, as referred to in Article 41 of the Enterprise Income Tax Law, means the principle adopted by unrelated parties in carrying out transactions with each other according to a fair price and normal business practice*”.

¹²¹⁵ Neste sentido refere JOYCE ZHANG, Hendersen Consulting, Taxand China, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2009 Edition and Transfer Pricing*, IBFD TAX TRAVEL COMPANIONS, Amsterdam, Netherlands, 2009, sobre a análise que fazem no item 2.1. *Regulations, rulings and guidelines*, integrado na descrição sobre o regime jurídico-tributário dos preços de transferência no China, pags. 320, que “*Although China is not a member of the OECD, the SAT has indicated that the OECD's Transfer Pricing Guidelines will be followed*”.

¹²¹⁶ O facto de a economia Chinesa ser em grande medida controlada pelo Estado, tem como consequência a dificuldade acrescida na obtenção de operações comparáveis para servirem de “modelo” comparativo na determinação e aplicabilidade do princípio da livre concorrência, aliás como expressamente refere Dr. WANG-FOUCHER, HAIYING, na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada *Prix de transfert*, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, “Chapitre 7”, “Section V”, itens 1534, pags. 301, quando escreve que “*...Il n'est pas facile d'établir un prix libre comparable en Chine, ou les prix de beaucoup de produits et de services sont encore contrôlés et déterminés par le Gouvernement. En ce qui concerne les entreprises utilisées comme comparables, l'autorité chinoise préfère les entreprises chinoises, qui demeurent peu comparables avec les entreprises occidentales...*”.

métodos que possam ser utilizados para se determinarem os concretos preços de transferência, quer por parte dos Sujeitos Passivos no momento da valoração daquelas operações vinculadas, quer por parte da Administração Tributária no momento da sua verificação inspectiva, permite-se a utilização de qualquer outro método que seja conforme com o princípio do mercado livre, numa tentativa de alcançar, segunda a legislação juridico-tributária Chinesa, o preço mais ajustado à aplicação do princípio *at arm's length*¹²¹⁷.

Não há qualquer hierarquização obrigatória para a contribuinte no momento de escolher o método utilizável, impondo-se-lhe apenas que escolha o método, ou conjunto de métodos, que melhor se adequem à obtenção do preço do mercado livre, tendo em conta a natureza da operação e os resultados da sua análise comparativa, designadamente os factores como o tipo, a natureza das operações e os resultados de investigação da autoridade fiscal¹²¹⁸.

As medidas disciplinadoras dos preços de transferência concretizadas pela Administração Tributária Chinesa através das “2009 Special Measures (SAT's *Measures for the Implementation of the Special Tax Adjustment (trial)*”, 1 January 2009, *Guo Shui Fa [2009] 2*)” dedicam o seu “Chapter 4: Transfer Pricing Methods”, sob os artigos 21.º a 27.º, a procederem à determinação e aplicação dos diversos métodos de determinação dos preços de transferência e, concretamente, disciplina a

¹²¹⁷ De acordo com a legislação tributária Chinesa podemos concluir que não há qualquer hierarquização na determinação, e consequente aplicação, dos métodos elencados, ou em outros que se possam ainda ser utilizados em vista à conformação dos preços de transferência com o princípio da plena concorrência, aliás como resulta do artigo 111.º do EIT Regulations (Regulations on the Implementation of the Enterprise Income Tax Law of the People's Republic of China) estabelece que “A *reasonable method*”, as referred to in Article 41 of the Enterprise Income Tax Law, includes:

- *comparable uncontrolled price method, which is a method used by unrelated parties in determining the price for the same or similar transactions;*
- *resale price method, which is a method for determining the price for goods purchased from a related party by deducting the gross sale profit obtained in same or similar transactions from the resale price of the goods to unrelated parties;*
- *cost-plus method, which is a method used to determine the price by adding to the cost reasonable expenses and profit margin;*
- *transactional net margin method, which is a method for determining the profit by referring to the net profit margins of unrelated parties in conducting same or similar transactions;*
- *profit split method, which is a method by which the consolidated profits or losses of an enterprise and its unrelated parties are allocated between or among them in accordance with a reasonable standard;*
- *other methods that are consistent with the arm's length principle”.*

Assim, somos até levados a concluir que naquele ordenamento jurídico está estabelecido um verdadeiro princípio da busca e aplicação do princípio do “melhor método”.

¹²¹⁸ Neste sentido vejam-se JINYAN LI, Osgoode Hall Law School York University, Toronto, Canada e TIAN SU, Changshu National Tax Bureau, Jiangsu Province, China, *Transfert Pricing Database*, INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, itens 3.1. Available methods, 3.2. Order/priority of methods e 3.3. Selection of method, sobre os preços de transferência da “China”, no sítio da Internet www.ibfd.org.

diversidade de métodos aplicáveis em função da especificidade das operações em causa, isto é, concretiza o *modus faciendi* da determinação dos preços de transferência nas operações de:

- (i) Compra e venda ou transferência de bens tangíveis;
- (ii) Transferência e a utilização de bens tangíveis;
- (iii) Transferência e o uso de bens intangíveis;
- (iv) Financiamento; e,
- (v) Prestação de serviços^{1219 1220}.

○ **Os Ajustamentos**

AJUSTAMENTOS	Ajustamento primário	Sim
	Ajustamento correlativo	Sim
	Operação secundária e Ajustamento secundário	Sim
	Prazo máximo de caducidade	Geral – 10 anos Fraude, omissão dolosa ou negligente na aplicação do <i>arm's lenght principle</i> – sem limite de tempo

QUADRO N.º 76

i. **Os ajustamentos admitidos**

A legislação tributária Chinesa prevê que a sua Administração Fiscal proceda aos ajustamentos necessários, levadas a cabo através de auditorias de investigação fiscal, quando as operações vinculadas entre empresas associadas não tenham sido acordadas segundo o princípio *at arm's lenght* e, por tal via, as relações vinculadas das empresas Chinesas com as suas entidades estrangeiras associadas terão que ser sujeitas às necessárias correcções para alcançar tal fim, aliás como resulta explicitamente do artigo 41.º da EIT Law^{1221 1222}.

¹²¹⁹ O artigo 23.º sob os seus vários números dispõe em concreto sobre "(1) *purchase and sale or transfer of tangible assets*"; "(2) *the use of tangible property*"; "(3) *transfer and use of intangible property*"; "(4) *financing: the amount, currency, duration, guarantee, credit rating of borrower, terms of repayment, the methods of interest calculation*", e "(5) *the provision of services: nature of services, technical requirements, professional proficiencies, responsibilities assumed, forms and terms of payment, direct and indirect costs, etc*".

¹²²⁰ Neste sentido veja-se Dr. WANG-FOUCHER, HAIYING, na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada *Prix de transfert*, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, "Chapitre 7", "Section V", itens 1533, pags. 300, quando assume que "*Il n'y a pas de hiérarchie particulière entre les méthodes. Néanmoins, les méthodes différentes selon le type de transaction*".

¹²²¹ Dispõe o artigo 41.º da EIT Law - Law of the People's Republic of China on Enterprise Income Tax - que "*where business transactions between an enterprise and its related parties are not based on the arm's*

Após a conclusão definitiva de auditorias às empresas vinculadas Chinesas¹²²³,^{1224 1225}, as Autoridades Fiscais procedem aos ajustamentos primários tendo em vista a determinação do rendimento tributável e consequente imposto devido, com a emissão da "Notificação de Imposto Especial sobre o Ajustamento da Auditoria".

A legislação tributária Chinesa dedica concretamente o Capítulo 11 das "2009 Special Measures" aos ajustamentos correlativos que devem ser feitos quando as partes associadas, nas operações vinculadas que foram objecto de ajustamentos primários, e se se localizarem em países com os quais a China tenha celebrado CDT devem, por conseguinte, ser desencadeado, a pedido da empresa associada, um

length principle, resulting in the reduction of the taxable income of the enterprise or its related parties, the tax authorities have the power to make adjustments based on any reasonable methods.

Costs associated with joint development, transfer of intangible assets, or joint provision or receipt of services by an enterprise and its related parties should be allocated on the basis of the arm's length principle for the purpose of computing taxable income" Texto extraído da *Transfert Pricing Database*, do INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, sobre os preços de transferência da "China", no sítio da Internet www.ibfd.org.

¹²²² Para uma análise detalhada sobre os ajustamentos derivados da aplicabilidade do princípio *at arm's length* aos preços de transferência, vejam-se JINYAN LI, Osgoode Hall Law School York University, Toronto, Canada e TIAN SU, Changshu National Tax Bureau, Jiangsu Province, China, em *Transfert Pricing Database*, do INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, no item 9.5. *Adjustments*, sobre os preços de transferência da "China", no sítio da Internet www.ibfd.org.

¹²²³ O procedimento específico das auditorias de investigação pelas Autoridades Fiscais Chinesas às empresas vinculadas, segue o seguinte ritual administrativo: (i) As Autoridades Fiscais elaboram um plano preliminar de ajustamento dos impostos, baseado sobre o cálculo, verificação e análise de comparabilidade; (ii) As Autoridades Fiscais consultam e negociam com o contribuinte; (iii) Se o contribuinte não concordar com o plano preliminar de ajustamento, deve fornecer mais informações relevantes para posterior análise por parte das Autoridades Fiscais; (iv) As Autoridades devem em seguida emitir uma "Notificação Prévia de Imposto Especial sobre o Ajustamento da Auditoria". O contribuinte tem 7 dias para apresentar as suas divergências contra aquele projecto de decisão de ajustamento. A Administração Fiscal deve novamente negociar e deliberar depois de receber o pedido do contribuinte; (v) Se o contribuinte não apresentar quaisquer divergências dentro do prazo, as Autoridades Fiscais podem considerar este silêncio como uma concordância com o ajustamento preliminar; e (vi) As Autoridades Fiscais concluem o ajustamento final e emitem uma "Notificação de Imposto Especial sobre o Ajustamento da Auditoria" ao contribuinte. Neste sentido vejam-se JINYAN LI, Osgoode Hall Law School York University, Toronto, Canada e TIAN SU, Changshu National Tax Bureau, Jiangsu Province, China, *Transfert Pricing Database*, INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, no item 9.5.1. *Primary adjustments*, sobre os preços de transferência da "China", no sítio da Internet www.ibfd.org.

¹²²⁴ De acordo com o artigo 37.º da "2009 Special Measures" é permitido às Autoridades Fiscais utilizarem informações públicas ou confidências como padrão comparativo dos preços de transferência, aliás como consta do texto legal: "*the tax authorities shall analyse and assess whether related-party transactions are consistent with the arm's length principle by using methods authorized in Chapter 4 of these Measures. In conducting such analysis and assessment, the tax authorities may use public information and non-public information*".

¹²²⁵ De acordo com o artigo 41.º das "2009 Special Measures" se a rentabilidade do contribuinte for inferior à mediana do intervalo interquartil estabelecido através de empresas comparáveis, é permitido às Autoridades Fiscais procederem aos ajustamentos necessários até se atingir esse intervalo, aliás como consta do texto legal: "*when the tax authorities analyse and evaluate the enterprise's profitability by using the interquartile method, if the enterprise's profit level is below the median of the range of profitability established by comparable enterprises, in principle the tested enterprise's profit should be adjusted up to a level not lower than the median of the range established by the comparable enterprises*".

procedimento amigável tendente à busca de um acordo mútuo para a eliminação, ou pelo menos a atenuação, da dupla tributação internacional¹²²⁶.

Com a introdução no regime fiscal Chinês, desde um de Janeiro de 2009, das “2009 Special Measures (SAT’s “Measures for the Implementation of the Special Tax Adjustment (TRIAL)” que se procede a operações secundárias e correspondentes ajustamentos secundários, quando dos ajustamentos primários aos preços de transferência resultarem reduções em valorações de juros, rendas, royalties ou outros rendimentos análogos, com as consequências daí inerentes relativamente aos impostos adicionais que estejam em falta¹²²⁷.

ii. O prazo máximo de caducidade

A Administração Fiscal Chinesa tem um prazo de dez anos para proceder à liquidação de impostos resultante de ajustamentos nos preços de transferência, prazo este que não é aplicável se se estiver perante caso de fraude, omissão dolosa ou negligente de violação do princípio da empresa independente na determinação dos seus preços de transferência¹²²⁸.

¹²²⁶ O “Chapter 11” das “2009 Special Measures”, com a epígrafe “Corresponding Adjustments and International Negotiation” inicia-se com o Artigo 98.º que dispõe: “If one party involved in a related-party transaction is subject to a transfer pricing audit and adjustment, its counterparty should be allowed to make corresponding adjustments to avoid double taxation. If the corresponding adjustment involves related parties in a tax treaty country or region, upon an application from the enterprise, the SAT will undertake negotiations with the competent tax authority of that country or region pursuant to the mutual agreement procedures under the tax treaty”.

¹²²⁷ Neste sentido veja-se, por exemplo, o artigo 88.º das “2009 Special Measures”, que dispõe: “Non-deductible interest expense under Article 46 of the EIT Law may not be carried forward to the following taxation years, and should be allocated among related parties proportionately according to the interest actually paid to each related party. The amount of interest allocated to domestic related parties which have a higher effective tax rate than the tested enterprise will be tax deductible. Interest actually paid to non-resident related parties directly or indirectly will be regarded as a dividend distribution and additional tax should be paid if the tax rate applicable to dividend is higher than the tax rate applicable to interest. If the withholding tax already paid on interest is higher than the tax on the constructive dividend, it will not be refundable”.

¹²²⁸ Neste sentido veja-se JOYCE ZHANG, Hendersen Consulting, Taxand China, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2009 Edition and Transfer Pricing*, IBFD TAX TRAVEL COMPANIONS, Amsterdam, Netherlands, 2009, sobre a análise que fazem no item 9.2 *Statute of limitation*, integrado na descrição sobre o regime jurídico-tributário dos preços de transferência no China, pags. 327.

○ **Exigências documentais impostas aos contribuintes**

DOCUMENTAÇÃO – Obrigação de manter documentação comprovativa **Sim**

QUADRO N.º 77

O artigo 43.º da EIT Law impõe que as empresas associadas que tenham praticado operações vinculadas, entreguem anualmente, até 31 de Maio do ano seguinte ao ano fiscal em causa, formulários descritivos dos elementos necessários à determinação dos preços de transferência conforme o princípio da empresa independente¹²²⁹, tendo em vista o seu controlo pela Administração Tributária, especificando o artigo 114.º da EIT Regulations o conceito de documentos relevantes, sendo ali evidente que aquela Administração Fiscal pretende fazer um controlo efectivo sobre as empresas associadas e as operações vinculadas praticadas entre si^{1230 1231}.

¹²²⁹ Neste sentido escreve Dr. WANG-FOUCHER, HAIYING, na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada *Prix de transfert*, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, “Chapitre 7”, “Section V”, itens 1535, pags. 301 e 302, que “...Chaque fois que des entreprises établissent des relations avec des entreprises apparentées, elles sont tenues, sous peine d'amende, de joindre a leur déclaration annuelle d'impôt sur les sociétés une annexe par entreprise apparentée précisant les relations entretenues entre les entreprises de droit chinois a capitaux étrangers, les entreprises étrangères et leurs entreprises apparentées ».

¹²³⁰ O conceito de “documentos relevantes” que nos é dado pelo legislador tributário Chinês no Artigo 114: The EIT Regulations (Regulations on the Implementation of the Enterprise Income Tax Law of the People's Republic of China) dispõe que “The “relevant documents”, as referred to in Article 43 of the Enterprise Income Tax Law, include: (i) contemporaneous documents that provide information on related-party transactions in terms of pricing, standards for determining the level of fees, method of computation, explanations, etc.; (ii) relevant documents that provide information on related-party transactions in respect of the resale (transfer) price or final sale (transfer) price of assets, right to use property, services, etc.; (iii) relevant documents that describe product prices, pricing methods and profit levels that are comparable to those of the enterprise under investigation, and such documents should be provided by other enterprises which are involved in the investigation of the taxpayer enterprise; e (iv) other relevant documents”.

¹²³¹ De acordo com JOYCE ZHANG, Hendersen Consulting, Taxand China, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, 2009 Edition and Transfer Pricing, IBFD TAX TRAVEL COMPANIONS, Amsterdam, Netherlands, 2009, sobre a análise que fazem no item 5.1 Tax return disclosures, integrado na descrição sobre o regime jurídico-tributário dos preços de transferência no China, pags. 323 e 324 os modelos que podem ser apresentados pelos contribuintes em vista ao controlo fiscal dos preços de transferência são os seguintes: “The information which should be disclosed in the related party transaction annual reporting forms includes: Form 1 Related party identification: name, country, address, legal representative of each related party and type of related party relationship. Form 2 Transaction summary: summary of related transactions type, amount and proportion to all transactions of the same type, as well as declaration if contemporaneous documentation is available. Form 3 Purchases and sales: details of related party purchases and sales, including pricing method for each cross-border related transaction with value exceeding 10% of total purchase/sales. Form 4 Services: details of related party service provision and receipt, including pricing method of each cross-border related transaction with value exceeding 10% of total service provision/receipt. Form 5 Intangible assets: details of transfer and use of intangibles, including land use rights, patents, know-how, trademarks, copyrights and other intellectual property rights. Form 6 Fixed assets: details of transfer and use of fixed assets including buildings, transportation means, production machinery and equipment, tools and furniture, electronic equipments and other fixed assets. Form 7 Financing: details of fixed-term loans and guarantees with domestic and overseas related parties, as well as the debt-equity ratio. Form 8 Outbound investment:

○ **Os Acordos Prévios sobre os Preços de Transferência (APP)**

APP – ACORDOS PRÉVIOS SOBRE OS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA	Unilaterais
	Bilaterais
	Multilaterais

QUADRO N.º 78

É possível aos Sujeitos Passivos celebrarem com a Administração Tributária Chinesa Acordos Prévios sobre os Preços de Transferência (APP) desde o ano de 1998, facto disciplinado pela primeira vez por uma circular sua daquele ano.

Os APP bilaterais ou multilaterais, através da negociação levada a cabo pela via do procedimento amigável entre as diversas Administrações Tributárias envolvidas, são possíveis desde que esteja em vigor uma CDT entre os Estados envolvidos, desenrolando-se a sua concretização através, em regra geral, de seis etapas distintas¹²³².

O desenvolvimento do procedimento conducente à celebração dos APP é disciplinado concretamente no “*Chapter 6: Administration of APA*”, desde o artigo 46.º até ao 63.º da “2009 Special Measures (SAT's “Measures for the Implementation of the Special Tax Adjustment (TRIAL)”, 1 January 2009, Guo Shui Fa [2009] 2)”, iniciando-se com uma discussão formal através de uma reunião informal entre a Administração Tributária Chinesa e a empresa interessada¹²³³.

details of the sharing holding structure, tax and financial information of each overseas company invested. Form 9 Outbound payments: summary of the nature, amount and tax withheld of all outbound payments.”.

¹²³² Da conjugação dos artigos 42.º da EIT Law (Law of the People's Republic of China on Enterprise Income Tax), com o 113.º da The EIT Regulations (Regulations on the Implementation of the Enterprise Income Tax Law of the People's Republic of China) e com o 46.º da 2009 Special Measures (SAT's “Measures for the Implementation of the Special Tax Adjustment (trial)”, 1 January 2009, Guo Shui Fa [2009] 2) é possível a “...an enterprise may enter into an APA with the tax authorities in respect of the pricing principle and calculation methods for related-party transactions of a future period. The process and implementation of APA normally include six stages: pre-filing meeting, formal application, review and evaluation, negotiations, signing of arrangement, and execution and monitoring. The APA may be unilateral, **bilateral or multilateral**” (sublinhado nosso).

¹²³³ O artigo 51.º da 2009 Special Measures (SAT's “Measures for the Implementation of the Special Tax Adjustment (trial)”, 1 January 2009, Guo Shui Fa [2009] 2) disciplina em concreto o início do procedimento amigável conducente à eventual celebração dos APP bilateral ou multilateral determinando que “*Within 3 months from receipt of the notice issued by the tax authorities regarding formal negotiations on matters related with the APA, the enterprise shall file a formal application with the tax authorities through a “Formal APA Application”. For a bilateral or multilateral APA, the enterprise should submit the “Formal APA Application” and the “Application for Initiating Mutual Agreement Procedure” to the SAT and the tax authorities in charge simultaneously*” (sublinhado nosso) descrevendo concretamente os elementos necessários que devem constar do pedido e assim disciplinado: “(1) The formal written application for an APA shall include the following: (a) information on group organization, corporate structure, related parties and related-party transactions; (b) the enterprise's financial and accounting statements for the past 3

A admissibilidade dos pedidos de APP, por parte das empresas interessadas, só é possível desde que cumulativamente estejam reunidos os três pressupostos legais, ou seja, desde que:

- (i) O montante das operações vinculadas entre empresas associadas ultrapasse 40 milhões de yuans Chineses;
- (ii) A empresa tenha cumprido as suas obrigações declarativas em relação às suas operações com entidades associadas; e,
- (iii) A empresa tenha preparado e mantido a sua documentação actualizada de acordo com os regulamentos em vigor¹²³⁴.

Em regra geral a sua aplicação é prospectiva¹²³⁵ e por um período variável entre três a cinco anos, renovável desde que o contribuinte apresente um pedido nesse sentido antes de ter caducado¹²³⁶.

years, product functionality and assets (including tangible and intangible assets) information; (c) types and tax years of related parties to be covered by the arrangement; (d) functions and risks of the relevant related parties, including the organization, people, cost, equity as the dividing standard; (e) factors considered in selecting transfer pricing method, the functional and comparability analysis that supports the selection of the transfer pricing method, and the underlying assumptions; (f) market conditions, including the industry development trends and market competition; (g) annual business size, performance forecasts and business plan during the period of the APA; (h) transactional, operational and financial information, such as the profit levels that are relevant to the arrangement; (i) possibility of double taxation; and (j) issues related to domestic and international laws and tax treaties".

¹²³⁴ Veja-se o teor do artigo 48.º do 2009 Special Measures (SAT's "Measures for the Implementation of the Special Tax Adjustment (trial)", 1 January 2009, *Guo Shui Fa* [2009] 2) que determina que "An APA is generally applicable to enterprises that satisfy all of the following conditions: (1) the amount of related-party transactions exceeds CNY 40 million; (2) the enterprise fulfilled the obligations of declaring its related-party transactions; (3) the enterprise prepared, maintained and provided contemporaneous documents in accordance with regulations".

¹²³⁵ Poderá haver uma aplicabilidade retroactiva em relação ao exercício em curso e sobre certas condições, aliás como refere expressamente Dr. WANG-FOUCHER, HAIYING, na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada *Prix de transfert*, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, *Dossiers Pratiques Francis Lefevre*, Paris, France, 2008, "Chapitre 7", "Section V", itens 1542, pags. 305, quando refere que "...l'Administration peut conférer un caractère rétroactif à l'accord, dans la limite de l'exercice au cours duquel la demande officielle a été déposée et, sous certaines conditions... ».

¹²³⁶ De acordo com os dados indicados por JOYCE ZHANG, Hendersen Consulting, Taxand China, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2009 Edition and Transfer Pricing, IBFD TAX TRAVEL COMPANIONS, Amsterdam, Netherlands, 2009, sobre a análise que fazem no item 7. *Advance Pricing Agreements (APAs)*, integrado na descrição sobre o regime jurídico-tributário dos preços de transferência no China, pags. 326, até àquele momento a China tinha celebrado três APPs bilaterais com os Estados Unidos da América, o Japão e a Coreia do Sul.

○ **As penalizações**

PENALIZAÇÕES		
Características das Infrações	Desde 1 de Janeiro de 2008 que estão em vigor as seguintes penalidades desde que as operações origem ajustamentos	
	Adicional sobre o Imposto Liquidado	
	Juros devidos sobre o imposto calculado sobre os valores acrescidos à matéria colectável pelos ajustamentos	Á taxa de juro calculada com base nos valores publicados pelo Banco Popular da China, acrescidos de cinco pontos percentuais (5%)
	Falta de pagamento do imposto no prazo que lhe foi concedido na notificação de pagamento	Acresce um adicional de juros de mora de 0,05% por dia de atraso nesse pagamento
	Outras Sanções	
	O não cumprimento dos requisitos sobre a prestação de informações ou se forneçam informações falsas ou não se forneçam em tempo	Penalidade que pode variar entre 10.000 a 50.000 yuans, de acordo com a sua gravidade.
	<u>Afastamento da sanção</u>	Desde que o contribuinte forneça a documentação no prazo legal, preste as outras informações ou os documentos solicitados pela autoridade fiscal, pode ser dispensado do juro adicional de 5%.

QUADRO N.º 79

A legislação tributária Chinesa¹²³⁷ impõe às empresas associadas que prestem determinadas informações e documentos perante a Administração Tributária em vista ao controlo das operações vinculadas praticadas e, por via disso, quando não cumpram essas obrigações sujeitam-se a multas variáveis entre dez mil a cinquenta mil yuans Chineses, de acordo com a gravidade das faltas cometidas, sujeitando-as ao pagamento de juros em relação ao imposto devido pelos ajustamentos feitos pelas Autoridades Fiscais, à taxa de juro calculado com base nos valores publicados pelo Banco Popular da China acrescido de cinco por cento¹²³⁸.

Após o contribuinte ter recebido a notificação para pagamento do imposto final devido por um ajustamento, e se não pagar no prazo legal, fica sujeito a um juro de mora calculado em meio por cento por dia de atraso¹²³⁹.

¹²³⁷ Veja-se a conjugação dos artigos 44.º a 48.º da EIT Law, os artigos 115.º a 122.º da EIT Regulations e os artigos 105.º a 109.º, sob a epígrafe “Chapter 12: Legal Responsibility” da 2009 Special Measures (SAT's "Measures for the Implementation of the Special Tax Adjustment (trial)", 1 January 2009, *Guo Shui Fa* [2009] 2).

¹²³⁸ Estas penalidades aplicam-se às operações ocorridas após um de Janeiro de 2008. Na eventualidade de o contribuinte fornecer a documentação em causa, assim como todas as outras informações e documentos solicitados pela autoridade fiscal, pode ser dispensado do adicional de cinco por cento.

¹²³⁹ Neste sentido veja-se JOYCE ZHANG, Hendersen Consulting, Taxand China, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2009 Edition and Transfer Pricing, IBFD TAX TRAVEL COMPANIONS, Amsterdam, Netherlands, 2009, sobre a análise que fazem no item 10. *Penalties*, integrado na descrição sobre o regime jurídico-tributário dos preços de transferência no China, pags. 328.

III. REGIMES DE TRIBUTAÇÃO DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA EM PAÍSES DA “UNIÃO EUROPEIA”

Após termos iniciado a nossa análise com a apresentação do tratamento jurídico-tributário dos preços de transferência levado a cabo por alguns ordenamentos jurídicos insertos em países fora da UE, faremos em seguida uma análise sumária de três ordenamentos jurídicos de Estados-membros da UE - Alemanha, Espanha e Portugal, representativos da multiplicidade dos Estados-membros com economias diferenciadas, quer no universo representativo da U.E, quer a nível mundial, que além de serem concretamente influenciados pela orientações emanadas da OCDE, o são igualmente pelas que são emitidas pela U.E., designadamente, pelo “Código de Conduta para a efectiva aplicação da Convenção de Arbitragem”, as “Directrizes relativas aos Acordos Prévios sobre os Preços de Transferência” e o “Código de Conduta da Documentação dos Preços de Transferência da União Europeia”.

i. **O regime jurídico da tributação dos preços de transferência na ALEMANHA**

o **Introdução**

A legislação jurídico-tributária Alemã disciplina os preços de transferência originados pelas operações vinculadas praticadas por empresas associadas seguindo de perto o Princípio *at arm's length* para conhecer da adequação dos preços praticados relativamente àquelas operações vinculadas,¹²⁴⁰ fazendo-o quer através da existência de normativos legais – quer de substância, quer procedimental – que concretamente as disciplinam, quer através da emissão de instruções administrativas oriundas da sua Administração Fiscal e que têm a dupla função de emitir indicações – instruções – aos seus funcionários sobre as concretas questões ali debatidas, vinculando-os consequentemente ao seu cumprimento, assim como projectar nos potenciais contribuintes a interpretação legal que por si é feita, permitindo-lhes saber *a priori* qual o sentido e alcance dado por aquela Administração Tributária.

A Alemanha adoptou a aplicabilidade do Princípio da plena concorrência, ou Princípio da empresa independente, estabelecendo igualmente um conceito de partes associadas, de acordo com o estatuído no artigo 1.º da «*Außensteuergesetz*» – Lei sobre a Fiscalidade Internacional –, o artigo 8.º § 3 da «*Körperschaftsteuergesetz*» – Lei sobre a Tributação das Sociedades –, disciplina a tributação da distribuição dos lucros ocultos/distribuição indirecta de lucros e o artigo 40.º da «*Körperschaftsteuerrichtlinien 2004*» – Regulamento sobre a Tributação das Sociedades – disciplina a tributação das entradas ocultas de capital/entradas indirectas.

Para uma melhor aplicabilidade dos normativos legais disciplinadores dos preços de transferência, a Administração Tributária Alemã publicou uma circular administrativa em 23 de Fevereiro de 1983, outra sobre as regras disciplinadoras da documentação ligada a esta temática em 12 de Abril de 2005, em 1999 uma circular

¹²⁴⁰ Para uma exposição mais detalhada sobre esta temática veja-se a análise feita por KENK, ANNETT, CMS Hasche Sigle, Francfort, e THIES, ANGELIKA, CMS GmbH Steuerberatungsgesellschaft, Munich, inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, em concreto a obra intitulada «*Prix de transfert*», da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, «Chapitre 7», «Section II», itens 1440 e 1457, pags. 276 e 283.

que se debruçava sobre a repartição de custos e sobre os seus acordos de repartição assim como as regras aplicáveis aos estabelecimentos estáveis e em 2001 outra sobre a deslocação de pessoal entre empresas associadas¹²⁴¹.

Com intuito de se conhecer a realidade tributária subjacente aos preços de transferência praticado pelas empresas associadas em relação às transacções vinculadas que entre si pratiquem, a legislação fiscal germânica prevê a existência de documentação específica que as empresas vinculadas devem possuir e apresentar às autoridades fiscais quando sejam objecto de inspecção tributária. Esse facto resulta logo pela imposição que o artigo 90.º § 3 da «*Abgabenordnung*» – Lei Geral Tributária – faz aos contribuintes de apresentarem uma documentação demonstrativa das transacções vinculadas levadas a cabo – dispondo sobre os elementos de forma e conteúdo dessa documentação – com as suas empresas associadas estrangeiras, ali se incluindo documentação sobre a forma de repartição transfronteiriça dos lucros entre a sede e os seus estabelecimentos estáveis¹²⁴².

De acordo com o artigo 90.º § 3 da «*Abgabenordnung*» – Lei Geral Tributária¹²⁴³ –, aquela documentação deve cobrir aspectos relevantes dos preços de transferência levados a cabo no seio das empresas vinculadas pela prática de operações internas vinculadas e que tem em vista obterem-se informações sobre a sua contextualização jurídico-económica, assim como conhecerem-se as condições contratuais e comerciais

¹²⁴¹ Neste sentido veja-se KENK, ANNETT, CMS Hasche Sigle, Francfort, e THIES, ANGELIKA, CMS GmbH Steuerberatungsgesellschaft, Munich, inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada «*Prix de transfert*», da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, «Chapitre 7», «Section II», item 1441, pags. 276 e 277.

Estes autores acrescentam, aliás como factor lógico das instruções administrativas, que as instruções emanadas daquela Administração Tributária têm uma dupla vertente, aliás já salientada por nós, de que permitem aos eventuais Sujeitos Passivos conhecerem a sua interpretação legal, e por tal trazendo-lhes um factor de segurança jurídica apesar de tal interpretação não lhes ser vinculativa, isto é, de ser sempre possível aos Sujeitos Passivos interporem recurso judicial perante os Tribunais e, por sua vez, dão uma estabilidade e uniformidade interpretativa que internamente têm que ser seguida por todos os seus funcionários.

¹²⁴² Esta documentação deverá ser apresentada aos agentes da Administração Tributária, sempre que seja solicitada, regra geral em acções de inspecção, no prazo de 60 (sessenta) dias, prazo reduzido a 30 (trinta) quando estejam em causa transacções comerciais anormais, e ainda em relação a este tipo de operações o contribuinte deverá preparar uma documentação coeva com a realização dessas transacções, ou no máximo até ao fim dos 6 (seis) meses seguintes ao fim do ano em que as mesmas se concretizaram. Se a documentação não estiver em alemão as autoridades fiscais podem exigir a sua tradução num prazo variável entre 30 (trinta) a 60 (sessenta) dias, a não ser que tenha ficado estabelecido em APP de forma diversa.

¹²⁴³ A Administração Tributária Germânica elaborou uma circular administrativa, datada de 12 de Abril de 2005, em que emitiu a sua interpretação do artigo 90.º § 3 da «*Abgabenordnung*» acerca das exigências documentais sobre os preços de transferência praticados em operações vinculadas no seio de empresas associadas.

que permitam obterem-se dados relevantes sobre a política empresarial na determinação e aplicação dos preços de transferência intra empresas associadas.

Por tal aquela documentação deve compreender elementos elucidativos acerca dos:

- (i) Elementos jurídicos e económicos fundamentais às operações em análise¹²⁴⁴;
- (ii) Elementos sobre o conteúdo concreto das transacções intra-grupo¹²⁴⁵;
- (iii) Elementos que permitam uma análise das funções exercidas e dos riscos assumidos¹²⁴⁶; e,
- (iv) Elementos que permitam levar a cabo uma análise sobre a política interna dos preços de transferência^{1247 1248}.

Vamos passar em revista os principais pontos do regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência na Alemanha e, para uma melhor pré-visualização, inserimos um quadro representativo das temáticas que desenvolveremos.

¹²⁴⁴ Incluem-se aqui, entre outros aspectos, elementos que permitam conhecer a estrutura legal do grupo, designadamente a composição das partes associadas, os estabelecimentos estáveis, a sua estrutura organizacional e operacional, o campo em que se inserem as suas actividades comerciais e os seus principais concorrentes assim como a sua estratégia e posição no mercado, elementos que permitam ter uma visão de conjunto sobre a contratação dentro do grupo, elementos que permitam ter uma visão sobre a política fiscal implementada pelo grupo, elementos identificativos sobre os APP e os Procedimentos Amigáveis em que o grupo tenha sido parte, e ainda a sua contabilidade anual e os desenvolvimentos que teve relativamente aos seus rácios financeiros.

¹²⁴⁵ Esta análise deve suportar-se, nomeadamente, em elementos que transmitam uma visão global sobre os fluxos de bens e serviços, uma visão global do grupo sobre os acordos concluídos e que envolvam investigação e desenvolvimento, licenças, locações, empréstimos, deslocação de pessoal, elementos que permitam conhecerem-se os activos incorpóreos objecto de transacções inter-grupo e ainda também informações sobre a operacionalização dos acordos contratuais celebrados inter-grupo.

¹²⁴⁶ É importante aqui a detenção de elementos que permitam conhecerem-se as contribuições internas de cada membro do grupo das suas contribuições para a cadeia de valor comercial global.

¹²⁴⁷ Pretende-se com este conjunto de elementos conhecerem-se, entre outros aspectos, as descrições e explicações necessárias sobre o método de determinação dos preços de transferência utilizados pelo grupo e a sua justeza, quais as comparáveis utilizadas e a sua fonte, quais os ajustamentos feitos para conseguir essa comparabilidade, os fundamentos justificativos de eventuais perdas.

¹²⁴⁸ Na eventualidade de se estar em presença de operações vinculadas efectuadas por um contribuinte com todas as partes do grupo a que esteja vinculado que não excedam no seu conjunto de transacções sobre produtos um valor inferior a 5 (cinco) milhões de euros por ano e a soma das remunerações para a globalidade dos serviços não exceda 500 (quinhentos) mil euros por ano, permite-se aos contribuintes que apenas tenham em seu poder uma documentação abreviada.

ALEMANHA						
CONCEITO DE EMPRESAS ASSOCIADAS	1	A existência de uma participação substancial – a partir de 25% – entre as entidades que fazem parte do grupo e ainda o exercício do controlo directo ou indirecto entre elas				
	2	A existência de canais específicos de influência ou de identidade de interesses entre as partes nas operações vinculadas				
MÉTODOS APLICÁVEIS	Métodos Tradicionais	1	Método do Preço Comparável de Mercado			
		2	Método do Preço de Revenda Minorado			
		3	Método do Custo Majorado			
	Métodos Do Lucro Transaccional	4	Método da Margem Líquida da Operação			
		5	Método do Fraccionamento do Lucro			
		6	Método do Lucro Comparável			
HIERARQUIA DE MÉTODOS	Direito fiscal alemão prefere os “Métodos Tradicionais” e dentro deste a aplicação do método CUP					
AJUSTAMENTOS	Ajustamento primário		Sim			
	Ajustamento correlativo		Sim			
	Operação secundária e Ajustamento secundário		Sim			
	Prazo máximo de caducidade		Geral – 4 anos Evasão Fiscal – 10 anos			
DOCUMENTAÇÃO – Obrigação de manter documentação comprovativa			Sim			
APP – ACORDOS PRÉVIOS SOBRE OS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA			Unilaterais			
			Bilaterais			
			Multilaterais			
PENALIZAÇÕES	Características das Infrações	Falta de apresentação de documentação ou apresentação incompleta		Multas variáveis entre 5% e 10% do adicional ao rendimento provocado pela correcção feita ao valor do preço, com o limite mínimo de 5.000 euro por ano fiscal		
		Apresentação tardia dos factos e das circunstâncias sobre conformação das transacções transfronteiriças com o princípio <i>at arm's lenght</i>		Multa variável entre 100 e 1.000.000 euro por dia de atraso		
		Evasão Fiscal	Até 50.000 euro		Multa	
			Mais 50.000 e até 100.000 euro		Multa ou pena de prisão suspensa (regra geral multa)	
			Mais de 100.000 e até 1.000.000 euro		Pena de prisão ou pena suspensa até dois anos, mais uma multa igual ao imposto em falta	A pena suspensa depende do comportamento do contribuinte nos anos anteriores e da sua cooperação
			Superior a 1.000.000 euro		Pena de prisão superior a 2 anos	
		Os responsáveis pela sociedade (e.g. gerentes)		São também sujeitos às mesmas penalidades aplicadas à sociedade		

QUADRO N.º 80

○ **Conceito de empresas associadas**

CONCEITO DE EMPRESAS ASSOCIADAS	1	A existência de uma participação substancial – a partir de 25% – entre as entidades que fazem parte do grupo e ainda o exercício do controlo directo ou indirecto entre elas
	2	A existência de canais específicos de influência ou de identidade de interesses entre as partes nas operações vinculadas

QUADRO N.º 81

A legislação tributária Alemã, através da Sec. 1 ° do *Foreign Tax Code* - FTC dá-nos uma definição de "controlo" e de "empresas associadas" entre pessoas juridicamente distintas e que podem ser sujeitas a ajustamentos¹²⁴⁹. Tal relação é definida tanto em termos da dimensão da exploração das empresas como das relações existentes fora de qualquer participação societária.

Assim, e de acordo com a Sec. 1 (2) do *Foreign Tax Code* - FTC, consideram-se entidades associadas aquelas que observem um dos seguintes critérios:

(i) Haja uma participação substancial (de 25% ou mais) entre as pessoas que fazem parte de um grupo de empresas ou através da possibilidade de exercerem o controle directo ou indirecto de umas sobre as outras, o que obrigará a que todas as operações vinculadas praticadas entre as entidades pertencentes a esses grupos estejam sujeitas ao princípio *at arm's length*, como resulta da Sec. 1 (2) n ° s 1 e 2 do *Foreign Tax Code* – FTC;

(ii) Se esteja perante a existência de canais específicos de influência ou de identidade de interesses – que podem contudo ser parciais -, entre as partes na operação vinculada em análise. Neste caso a aplicação do teste do princípio *at arm's length* só se aplica às operações específicas em relação ao qual aquele particular meio de influência possa ter sido usado ou em relação ao qual um interesse comum

¹²⁴⁹ Para uma análise detalhada sobre o conceito de empresas associadas e sujeitas a um controlo comum vejam-se o Prof. Dr. HEINZ-KLAUS KROPPEN, LL.M., e AXEL EIGELSHOVEN, Deloitte, Dusseldorf, *Transfert Pricing Database*, INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, sobre os preços de transferência da “Germany”, item 2.3. *The concepts of "associated enterprises" and "control"*, no sítio da Internet www.ibfd.org, que entre outros aspectos, referem que “Under Sec. 1(2) of the FTC, persons are deemed to be related if one of the following criteria is met:
-The persons form part of a group of enterprises connected through substantial participation (of 25% or more) or through the possibility of exercising control; all transactions between persons belonging to this group are subject to the arm's length test (Sec. 1(2) Nos. 1 and 2 FTC); or
- The existence of particular channels of influence, or (at least partial) identity of interests, between the parties to the transaction under review. In this case the arm's length test applies only to those specific transactions with respect to which the particular channel of influence can be put to use or with respect to which a common interest on the part of the contracting parties is found to be present (Sec. 1(2) No. 3 FTC)”.

das partes contratantes possa ter estado presente, aliás como resulta da Sec. 1 (2) N.º 3 do Foreign Tax Code – FTC¹²⁵⁰.

Em ambas as situações é suficiente que a relação especial exista enquanto tal, ou que haja um potencial controlo para exercer essa influência, sendo irrelevante se essa relação especial teve, ou não, de facto impacto sobre as operações vinculadas em questão, questão esta que será analisada aquando do controlo da aplicabilidade do princípio *at arm's length* às operações vinculadas, ou seja, da escalpelização daquelas normas estamos perante conceitos jurídicos de difícil densificação, o que acarreta uma especial incerteza e falta de segurança jurídica para os contribuintes¹²⁵¹.

○ **Métodos de determinação dos preços de transferência**

MÉTODOS DE DETERMINAÇÃO DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA			
Métodos Aplicáveis	Métodos Tradicionais	1	Método do Preço Comparável de Mercado
		2	Método do Preço de Revenda Minorado
		3	Método do Custo Majorado
	Métodos Sobre os Lucros	4	Método da Margem Líquida da Operação
		5	Método do Fraccionamento do Lucro
		6	Método do Lucro Comparável
Hierarquia de métodos	Direito fiscal alemão prefere os “Métodos Tradicionais” e dentro deste a aplicação do método CUP		

QUADRO N.º 82

Diremos que em linhas genéricas o direito tributário Alemão segue de perto uma hierarquização na aplicabilidade dos métodos de determinação dos preços de

¹²⁵⁰ Estabelece o Sec. 1 Foreign Tax Code, sob a epígrafe dos “Adjustments of income”, sob os vários números do seu n.º 2 que “A person is a person related to the taxpayer:

1. if such person holds, directly or indirectly, a participation equal to or in excess of one fourth of the taxpayer's capital (substantial participation), or if such person is able to exercise a controlling influence, directly or indirectly, on the taxpayer, or, vice versa, if the taxpayer holds a substantial participation in such person's capital or is able to exercise a controlling influence, directly or indirectly, on such person; or

2. if a third person holds a substantial participation both in such person's and the taxpayer's capital or is able to exercise a controlling influence, directly or indirectly, on both of them; or

3. if such person or the taxpayer, in reaching agreement on the conditions of a business transaction, is able to exercise influence through channels outside such transaction, or if one of them has an interest of his own that the income accrue to the other party”.

¹²⁵¹ Para uma análise detalhada sobre o conceito de empresas associadas e sujeitas a um controlo comum vejam-se também FRIEDHELM STOCK of LUTHER, Taxand Gernay, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2009 Edition and Transfer Pricing, IBFD TAX TRAVEL COMPANIONS, Amsterdam, Netherlands, 2009, sobre a análise que fazem no item 2.3 *Meaning of control and associated persons*, integrado na descrição sobre o regime jurídico-tributário dos preços de transferência na Alemanha, pags. 343.

transferência tendo em vista a valoração das operações vinculadas praticadas no seio das empresas associadas, elencando como métodos prioritários a seguir:

(i) Método do Preço Comparável de Mercado, “*Comparable Uncontrolled Price Method*” – “*CUP*”;

(ii) Método do Preço de Revenda Minorado, “*Resale Price Method*” – “*RPM*”;

(iii) Método do Custo Majorado, “*Cost Plus Method*” – “*CPM*”¹²⁵².

Quando se estiver em presença de situações em que se revele que estes métodos são inaplicáveis, ou que eventualmente conduzem a resultados que não apresentem a mínima fiabilidade, poderão utilizar-se os seguintes métodos:

(iv) Método da Margem Líquida da Operação “*Transactional Net Margin Method*” – “*TNMM*”;

(v) Método do Fraccionamento do Lucro “*Profit Split Method*” – “*PSM*”; e,

(vi) Método do Lucro Comparável “*Comparable Profit Method*” – “*CPM*”¹²⁵³.

A aplicabilidade do Método da Margem Líquida da Operação “*Transactional Net Margin Method*” – “*TNMM*” poderá ser utilizado em dois momentos distintos:

(i) O recurso a este método é possível quando estejamos perante um tipo de transacções que sejam frequentemente praticadas e que não impliquem qualquer risco, designadamente quando se esteja em presença de operações praticadas por agentes ou comissionistas, com a condição de que se disponha de um conjunto de informações de comparabilidade fiáveis integradas em base de dados temáticos, nomeadamente a AMADEUS;

(ii) O recurso a este método é também possível como elemento de verificação da fiabilidade dos resultados obtidos pela aplicabilidade de outro método tradicional assim

¹²⁵² De acordo com as indicações descritas por KENK, ANNETT, CMS Hasche Sigle, Francfort, e THIES, ANGELIKA, CMS GmbH Steuerberatungsgesellschaft, Munich, inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada “*Prix de transfert*”, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, “Chapitre 7”, “Section II”, item 1444, pags. 278, as premissas de aplicabilidade destes 3 (três) métodos são as mesmas que estão descritas pela OCDE em “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002.

¹²⁵³ Neste sentido escreve FRIEDHELM STOCK of LUTHER, Taxand Gernay, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2009 Edition and Transfer Pricing, IBFD TAX TRAVEL COMPANIONS, Amsterdam, Netherlands, 2009, sobre a análise que fazem no item 3.1. *Prescribed methods*, integrado na descrição sobre o regime jurídico-tributário dos preços de transferência na Alemanha, pags. 343 e 344, que a “*German tax law mainly uses the comparable uncontrolled price (CUP) method, the resale price method and the cost-plus method to determine arm's length prices (...) since 2008, Sec. 1 of the Foreign Tax Act has clearly stated that these three traditional methods should be used, with a preference for the CUP method...*” acrescentando que “*...in normal situations, methods other than the CUP, resale price or cost-plus method are normally rejected for comparison purposes. Profit oriented methods, such as the comparable profit method, profit split method and TNMM are only used and accepted to recalculate and support transfer prices determined using traditional transactional methods...*”.

como para se obter um indicador que possa sugerir um aprofundamento do estudo concreto.

Relativamente ao Método do Fraccionamento do Lucro “*Profit Split Method*” – “*PSM*” apenas será aplicável em situações muito pontuais, nomeadamente em casos de «*global trading*», ou seja, quando dentro de um grupo as empresas associadas trabalham conjuntamente num projecto global transfronteiriço, isto é, todo o grupo tem em vista o mesmo objectivo e a sua realização e por tal não é possível a sua desmembralização para se conseguir a valoração de cada parte contributiva, ou seja, o todo não é a simples soma aritmética do contributo de cada parte, isto é, a valoração do projecto global vai para além da simples participação da valoração individual¹²⁵⁴.

i. Métodos aplicáveis na avaliação da transferência de funções operacionais

Foram recentemente introduzidos no Direito Tributário Alemão normativos disciplinadores da tributação relativamente à transferência integral que uma empresa alemã faça para outra associada estrangeira de uma função operacional – comercial – ali desenvolvida, cuja cedência tenha em vista a sua utilização nessa empresa associada radicada fora daquele país.

O legislador alemão objectivou o conceito de «função operacional» como sendo a transferência de «uma função e dos riscos a ela inerentes, medidos pela total transferência, ou locação, dos activos que lhes estão associados assim como de todas as outras vantagens a elas inerentes». A lei define essa função transmitida como sendo «uma parte orgânica da empresa que não seja qualificável como um ramo completo da actividade (Teilbetrieb)»¹²⁵⁵.

¹²⁵⁴ Sobre as premissas necessárias à aplicabilidade de cada um destes 2 (dois) métodos veja-se KENK, ANNETT, CMS Hasche Sigle, Francfort, e THIES, ANGELIKA, CMS GmbH Steuerberatungsgesellschaft, Munich, inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada “*Prix de transfert*”, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, “Chapitre 7”, “Section II”, itens 1444 e 1446, pags. 278.

¹²⁵⁵ Não deverá ser entendido como «transferência duma função operacional» a simples venda ou locação de activos, o fornecimento de serviços, ou desde que terceiros independentes não considerassem tal transmissão integrável naquele conceito. Igualmente não deverá integrar tal conceito a transferência entre empresas do mesmo grupo de pessoal. Contudo parece resultar da lei que se incluirá naquele conceito os eventuais desdobramentos contratualizados de funções ou a sua simples locação. Neste sentido veja-se KENK, ANNETT, CMS Hasche Sigle, Francfort, e THIES, ANGELIKA, CMS GmbH Steuerberatungsgesellschaft, Munich, inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada “*Prix de transfert*”, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT,

O legislador criou aqui uma presunção legal de que se essa função operacional ocorresse entre partes independentes, estas acordariam na atribuição de um preço que tivesse em conta o valor total da função operacional transmitida – ou seja, um preço pelo conjunto em si – e nunca pela atribuição a cada uma das partes que a compõem, isto é, entenderiam as partes independentes que a função operacional vale mais que cada uma das suas sub-funções em que seja divisível¹²⁵⁶.

Com intuito de determinar o preço de transferência que as empresas associadas deveriam atribuir a tal transferência dessas funções operacionais, o legislador presume que o hipotético preço de transferência que empresas independentes teriam praticado em semelhante operação será determinado com recurso aos métodos tradicionais de determinação dos preços de transferência. Contudo, esse mesmo legislador vem solucionar o problema de eventualmente aqueles métodos serem incapazes dar uma solução satisfatória, e assim, nessa impossibilidade de determinar esse preço de transferência com recurso aos métodos tradicionais, aquele direito tributário prevê, através de um conjunto de disposições legais, a existência de um preço tipo – hipotético – que por exemplo poderá ser balizado, isto é medido, pela determinação de uma margem aceitável (*Einigungsbereich*), que se deverá situar entre a margem do preço mínimo que seria praticada por um cedente independente e um preço máximo que aceitaria pagar um cessionário também independente. Isto é, esse preço de transferência deverá corresponder assim ao melhor preço de plena concorrência que, na ausência de um preço que ofereça uma forte credibilidade, se encontrará pelo valor médio entre aqueles dois valores.

Aquela legislação dedica uma especial atenção às eventuais cláusulas modificativas do preço que as partes independentes teriam introduzido num contrato que envolvesse semelhante transmissão, desde que essa transmissão integrasse activos incorpóreos ou vantagens comerciais, e que á partida sejam susceptíveis de influir numa obtenção antecipada de lucros e que possam ser muito diferentes daqueles que posteriormente venham a ser obtidos. Isto é, as partes independentes

BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, “Chapitre 7”, “Section II”, item 1450, pags. 280.

¹²⁵⁶ Sobre o conteúdo e alcance deste novo conceito de «transferência de uma função operacional» veja-se KENK, ANNETT, CMS Hasche Sigle, Francfort, e THIES, ANGELIKA, CMS GmbH Steuerberatungsgesellschaft, Munich, inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada “*Prix de transfert*”, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, “Chapitre 7”, “Section II”, item 1448, pags. 279.

teriam analisado as susceptibilidades da variabilidade na obtenção dos lucros ao longo da vigência do contrato e teriam introduzido cláusulas contratuais que reflectissem a variabilidade do preço em função das premissas modificativas na obtenção do lucro e, por tal, a legislação prevê a possibilidade da Administração Tributária Alemã proceder às rectificações ao preço original durante um período de 10 (dez) anos de duração desse contrato e desde que haja um afastamento positivo relativamente ao lucro obtido. Aquela legislação já não prevê semelhante tratamento se o desvio de preço for negativo, isto é, apenas se preocupa com uma eventual falta de arrecadação de receita, ou seja, tem, quanto a nós, uma atitude que fere os princípios da capacidade contributiva e da imparcialidade.

Assinalaremos por último uma pequena nota para acrescentar que estas correcções podem ser evitadas desde que o contrato de transferência de funções operacionais inclua uma cláusula modificativa do preço que tenha em conta a sua variabilidade no tempo em função daquelas premissas que acabamos de referir¹²⁵⁷.

○ **Os Ajustamentos**

AJUSTAMENTOS	Ajustamento primário	Sim
	Ajustamento correlativo	Sim
	Operação secundária e Ajustamento secundário	Sim
	Prazo máximo de caducidade	Geral – 4 anos Evasão Fiscal – 10 anos

QUADRO N.º 83

i. **Os ajustamentos admitidos**

Na Alemanha é obrigatório que se processem os ajustamentos necessários para que as operações vinculadas praticadas entre empresas associadas obedeçam ao princípio *at arm's length*¹²⁵⁸, devendo, assim, proceder-se às correcções necessárias

¹²⁵⁷ Sobre a determinação do preço de transferência assim como todas as eventuais consequências sobre a modificação do mesmo, veja-se KENK, ANNETT, CMS Hasche Sigle, Francfort, e THIES, ANGELIKA, CMS GmbH Steuerberatungsgesellschaft, Munich, inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada "*Prix de transfert*", da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, "Chapitre 7", "Section II", item 1448, pags. 279.

¹²⁵⁸ Para uma análise detalhada sobre os ajustamentos derivados da aplicabilidade do princípio *at arm's length* aos preços de transferência, vejam-se o Prof. Dr. HEINZ-KLAUS KROPPEL, LL.M., e AXEL EIGELSHOVEN, Deloitte, Dusseldorf, *Transfert Pricing Database*, INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, sobre os preços de transferência na "Germany", item 9.4. *Adjustment*, no sítio da Internet www.ibfd.org.

ao lucro tributável da empresa vinculada Alemã quando não tenha conformado os seus preços com as suas vinculadas estrangeiras ao princípio da plena concorrência, em face do Sec. 1.º da *Foreign Tax Code* - FTC¹²⁵⁹.

Aquando do ajustamento primário efectuado a uma empresa nacional vinculada com uma empresa estrangeira, existe sempre a possibilidade de aquela apresentar um pedido às competentes autoridades fiscais Alemãs para, em conjunto com as autoridades fiscais dos países envolvidos, poderem chegar a um acordo mútuo através do procedimento amigável e, por esta via, ser eliminada, ou pelo menos atenuada, a dupla tributação internacional, quer este procedimento tenha por base uma CDT em vigor entre os Estados envolvidos, quer, no tocante aos Estados-membros da UE seja realizado a coberto da Convenção de Arbitragem¹²⁶⁰.

Assim, na eventualidade de se proceder a um ajustamento em baixa, e em vista da eliminação da dupla tributação, a Administração Tributária Alemã poderá tomar as seguintes medidas:

(i) A requalificação como dividendos recebidos por uma sociedade -mãe Alemã, contudo, 5% desses dividendos devem ser qualificados como despesas não-dedutíveis e portanto levarem a uma dupla tributação limitada;

(ii) Se o ajustamento em baixa do rendimento tributável for de uma subsidiária alemão de uma multinacional estrangeira, os pagamentos recebidos podem ser requalificados como uma entrada de capital; e,

¹²⁵⁹ Sec. 1 *Foreign Tax Code*: Adjustments of income “If a taxpayer's income from business dealings with foreign countries with a related person is reduced because the taxpayer's foundation for the determination of his income is based on other conditions, particularly prices (transfer prices), than those that would have been agreed upon between unrelated parties under the same or similar circumstances (arm's length principle), then, notwithstanding other provisions, his income shall be determined as if it would have accrued under conditions made between unrelated parties. For the application of the arm's length principle, it is assumed that unrelated parties are aware of all essential circumstances of the business dealing and act on principles of a prudent business manager. If the application of the arm's length principle causes any further adjustments than the other provisions, the further adjustments will have to be made in addition to the other provisions”. Texto extraído da *Transfert Pricing Database*, INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, sobre os preços de transferência na “Germany”, no sítio da Internet www.ibfd.org.

¹²⁶⁰ Neste sentido escrevem vejam-se o Prof. Dr. HEINZ-KLAUS KROPPEN, LL.M., e AXEL EIGELSHOVEN, Deloitte, Düsseldorf, *Transfert Pricing Database*, INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, sobre os preços de transferência na “Germany”, no sítio da Internet www.ibfd.org, sob o item 9.4.3. *Corresponding adjustments*, que “if a corresponding adjustment can be based on provisions of national law, the taxpayer is free to seek relief outside the competent authority procedure, for instance, by filing an amended return. In practice, however, the German tax authorities were for the most part unwilling to reduce a taxpayer's income, and required the taxpayer to apply for the introduction of a competent authority procedure under the tax treaty or under the EU arbitration convention”.

(iii) O contribuinte pode ser autorizado a criar na sua contabilidade uma conta a pagar. Esta será uma solução típica quando uma filial alemã de uma sociedade-mãe estrangeira recebeu rendimentos que não podem ser tratados como uma entrada de capital, designadamente a utilização de fundos sujeitos a juros menores que os normais, a utilização de know-how sem pagamento ou em valor inferior àquele que seria devido pela aplicação do princípio *at arm's length*.

Uma vez que não existe no direito interno disposição legal que permita ajustamento em baixa, este tipo de casos só pode ser resolvido através de um procedimento pela autoridade competente¹²⁶¹.

Os ajustamentos primários efectuados pelas Autoridades Fiscais Alemãs têm como consequência a requalificação do benefício, através das operações secundárias, como distribuição oculta de lucros ou de entradas ocultas de capital, com o consequente ajustamento secundário¹²⁶².

ii. O prazo máximo de caducidade

O prazo geral para a Administração Fiscal Alemã proceder a uma avaliação fiscal é de quatro anos, contudo o prazo para proceder à cobrança de impostos é de cinco anos. Se se estiver perante um caso de evasão fiscal o prazo de caducidade já passa para dez anos. O início da contagem destes períodos está dependente do ano em que cada uma das declarações de impostos seja entregue¹²⁶³.

¹²⁶¹ Neste sentido vejam-se o Prof. Dr. HEINZ-KLAUS KROPPE, LL.M e AXEL EIGELSHOVEN, Deloitte, Düsseldorf, *Transfert Pricing Database*, INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, na parte final do item 9.4.3. *Corresponding adjustments*, sobre os preços de transferência da “Germany”, no sítio da Internet www.ibfd.org,

¹²⁶² Sobre esta temática escrevem o Prof. Dr. HEINZ-KLAUS KROPPE, LL.M, e AXEL EIGELSHOVEN, Deloitte, Düsseldorf, *Transfert Pricing Database*, INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, item 9.4.2. *Primary adjustments*, sobre os preços de transferência da “Germany”, no sítio da Internet www.ibfd.org, que “...the value of the benefit constitutes a hidden profit distribution. At the time of the hidden profit distribution, the foreign shareholder is itself subjected to German (limited) tax liability with respect to the benefit received under the form of the hidden profit distribution...”, acrescentando de seguida que “...in the case of a hidden capital contribution, the book value (acquisition costs adjusted by subsequent write-downs or additions) of the German parent's holding in the foreign subsidiary is increased by an addition to this particular balance sheet entry. The amount of this increase corresponds to the income adjustment. The resulting increase in the shareholder's equity automatically results in correspondingly higher taxable income...”.

¹²⁶³ Neste sentido veja-se FRIEDHELM STOCK of LUTHER, Taxand Gernay, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2009 Edition and Transfer Pricing, IBFD TAX TRAVEL COMPANIONS, Amsterdam, Netherlands, 2009, sobre a análise que fazem no item 9.2 *Statute of limitation*, integrado na descrição sobre o regime jurídico-tributário dos preços de transferência na Alemanha, pags. 352.

○ **Exigências documentais impostas aos contribuintes**

DOCUMENTAÇÃO – Obrigação de manter documentação comprovativa **Sim**

QUADRO N.º 84

Os contribuintes alemães que tenham praticado operações vinculadas transfronteiriças estão obrigados a constituir e manter documentação legal¹²⁶⁴, tendo em vista a demonstração da conformação dos preços de transferência praticados com as regras legais vigentes naquele ordenamento jurídico. Esta documentação não tem que acompanhar, ou integrar, qualquer outra declaração que o contribuinte associado tenha que apresentar, devendo permanecer à disposição da Administração Tributária para que, em momento que esta entenda oportuna, possa inspeccionar aquelas operações vinculadas, quer quanto à forma, quer quanto ao seu conteúdo, isto é, pretende-se conhecer o contexto em que decorreram aquelas operações, saber-se das condições contratuais e comerciais das mesmas, quer do ponto de vista económico, quer jurídico¹²⁶⁵.

No tocante às operações extraordinárias que impliquem preços de transferência entre empresas associadas com entidades estrangeiras, aquela documentação tem em vista conhecer-se, pela análise da documentação em arquivo e constituída contemporaneamente entre as empresas associadas, a transferência de activos no caso das reestruturações empresariais, a transferência de funções, a transferência ou

¹²⁶⁴ O n.º 3 do artigo 90.º do Código Geral dos Impostos estabelece que “*In circumstances that concern transactions with reference to matters abroad, a taxpayer must generate documentation about the manner and content of its business relationships with related parties in the sense of Sec. 1(2) of the Foreign Tax Code. The documentation duty comprises also those economic and legal facts for an agreement of prices that consider the arm's length principle and other agreed terms of business with related parties. For extraordinary business transactions, the documentation must be prepared contemporaneously. The documentation requirements are also applicable to taxpayers, which with regard to their domestic tax duties must allocate profits between their domestic enterprise and its foreign permanent establishment, or which have to determine the profits of the domestic permanent establishment of their foreign enterprise. To ensure a consistent application of the law, the Federal Ministry of Finance, in accordance with the Federal Council, will be authorized to determine the manner, content and extent of the documentation that will have to be provided in a decree-law. The tax authorities should generally only ask for the submission of documentation in the case of a field audit. The submission of the documentation conforms to Sec. 97, provided that Para. 2 of this requirement does not apply. For each request, the documentation should be submitted within a period of 60 days. Insofar as documentation about extraordinary business transactions has to be submitted, the submission period amounts to 30 days. In justified exceptional cases the submission period may be extended*”

¹²⁶⁵ Neste sentido veja-se KENK, ANNETT, CMS Hasche Sigle, Francfort, e THIES, ANGELIKA, CMS GmbH Steuerberatungsgesellschaft, Munich, inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada “*Prix de transfert*”, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, “Chapitre 7”, “Section II”, itens 1451 a 1453, pags. 280 e 281.

renúncia da utilização ou a vantagem obtida com activos, as vantagens relacionadas com as permutas de funções e dos riscos dentro das empresas do grupo, as transacções que tenham em vista a permuta material das estratégias empresariais relacionadas com a transferência de preços e a conclusão de acordos de partilha de custos¹²⁶⁶.

A documentação em geral deve poder demonstrar:

- (i) Os elementos jurídicos e económicos fundamentais;
- (ii) As transacções ocorridas no seio do grupo entre as empresas associadas;
- (iii) A análise das funções exercidas e os riscos assumidos; e ainda,
- (iv) A política dos preços de transferência praticados.

Esta documentação não tem que ser obrigatoriamente redigida em alemão, contudo, as autoridades fiscais têm a faculdade de exigir a sua tradução para aquele idioma na eventualidade de estar redigida noutro, documentação esta que será apresentada aquando da inspecção, dispondo o contribuinte de um prazo de sessenta dias para a sua exibição, prazo este reduzido para trinta dias quando se estiver perante operações comerciais extraordinárias.

○ **Os Acordos Prévios sobre os Preços de Transferência (APP)**

<u>APP – ACORDOS PRÉVIOS SOBRE OS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA</u>	Unilaterais
	Bilaterais
	Multilaterais

QUADRO N.º 85

A temática dos «Acordos Prévios sobre os Preços de Transferência» – APP – só há algum tempo é que passou a ser objecto de especial atenção por parte das autoridades tributárias germânicas, designadamente com a elaboração e publicação pelo Ministro Federal das Finanças de uma circular administrativa – de 5 de Outubro

¹²⁶⁶ Para uma análise concreta sobre as obrigações documentais no tocante às transacções extraordinárias, vejam-se FRIEDHELM STOCK of LUTHER, Taxand Gerday, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2009 Edition and Transfer Pricing, IBFD TAX TRAVEL COMPANIONS, Amsterdam, Netherlands, 2009, sobre a análise que fazem no item 5.2 *Transfer pricing documentation requirements*, integrado na descrição sobre o regime jurídico-tributário dos preços de transferência na Alemanha, pags. 346 e 347.

de 2006¹²⁶⁷ – em que se evidenciam as premissas da sua admissibilidade e o desenvolvimento do procedimento administrativo conducente à sua, ou não, eventual celebração, contudo, e como já vimos aquando da análise sobre esta temática pelo FCPT, não tem tido até à actualidade uma expressão significativa^{1268 1269}.

Os APP tem uma duração prevista legalmente de 3 (três) a 5 (cinco) anos, havendo a possibilidade de ser negociada a sua aplicabilidade retroactiva desde que haja uma similitude de factos e circunstâncias entre os exercícios abrangidos e aqueles a que se aplica a clausula de “roll-back”, assim como poderá proceder-se à prorrogação da sua vigência através de petição e nova negociação encetada para o efeito, não se descurando, evidentemente, a capacidade da sua revogação se as premissas em que assentou não forem cumpridas ou se se alterarem, facto este que também poderá originar a sua modificação através de pedido e negociação. Na Alemanha prevê-se um regime algo simplificado para a negociação de APP em relação às pequenas empresas.

¹²⁶⁷ O seu teor completo pode ser consultado na análise feita pelos Prof. Dr. HEINZ-KLAUS KROPPEL, LL.M. e AXEL EIGELSHOVEN, Deloitte, Düsseldorf, *Transfert Pricing Database*, INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, no item 14.7. *Information leaflet for bilateral or multilateral competent authority procedures under tax treaties for binding advance rulings on transfer pricing matters of multinational enterprises (so-called "advance pricing agreements" - APAs)*, 5 October 2006, *BStBl. II 2006 at 461*, sobre os preços de transferência na “Germany”, no sítio da Internet www.ibfd.org, em que se assume explicitamente que se pretende disciplinar a celebração dos procedimentos conducentes à celebração dos APP bilaterais e multilaterais, ao afirmar-se que “*Referring to the result of the discussions with representatives of the supreme tax authorities of the states, the following rules apply to the competent authority procedures under tax treaties for binding advance rulings on transfer pricing matters of multinational enterprises ("advance pricing agreements" - APAs)*”.

¹²⁶⁸ Neste sentido veja-se KENK, ANNETT, CMS Hasche Sigle, Frankfurt, e THIES, ANGELIKA, CMS GmbH Steuerberatungsgesellschaft, Munich, inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada “*Prix de transfert*”, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, “Chapitre 7”, “Section II”, item 1457, parte final, pags. 283.

¹²⁶⁹ Para uma exposição com algum detalhe sobre a regulamentação e prática na celebração de APP na Alemanha veja-se o artigo publicado por KOLD, HORST, Deputy Head of a Federal Audit Unit, Federal Central Tax Office, intitulado “*Advance Pricing Agreements (APA) in Germany – Legal and Practical Issues*”, *Tax Tribune n.º 24/2007*, IOTA, pags. 16 a 19, e consultável na página da internet <http://www.iota-tax.org/content/view/290/276/>. Este autor refere que a Administração Tributária Alemã prefere a celebração de APP bilaterais ou multilaterais em detrimento dos unilaterais, conforme expressamente assumem ao afirmarem a pags. 17 que “*...Germany prefers bilateral or multilateral APAs to be the standard agreements. Unilateral APAs will be concluded only in very special cases...*”, acrescentando ainda a pags. 18 que a “*...Germany does not encourage unilateral APAs in foreign countries because these APAs could contain arrangements to the disadvantage of the tax base in Germany...*”. A sua preferência pelos APP que envolvam mais que um País é demonstrando com a celebração pela Alemanha de um APP multilateral, em Abril de 2004, com a França, Espanha e o Reino Unido e com um Grupo de empresas, assumindo este autor como sendo o primeiro APP multilateral celebrado entre Estados-membros da UE – veja-se pags. 17. Este autor alerta também para as vantagens que a celebração dos APP aportam quer para as empresas, quer para as Administrações Tributárias, ao afirmarem que os “*...taxpayers with cross-border business transactions are subject to the risk of double taxation because there is no certainty about the arm's length character of the transfer prices used for these transactions. This risk can be reduced by asking for a bilateral or multilateral Advance Pricing Agreement. In such an agreement, tax administrations and taxpayer agree upon facts and circumstances about arm's length transfer prices...*” - vide pags. 19.

A celebração de APP acarreta para os contribuintes os seguintes custos:

- (i) De 20.000 euro;
- (ii) Na eventualidade de estarmos perante APP multilaterais este valor será exigido em relação a cada um dos países envolvidos;
- (iii) De 15.000 euro em relação às revogações; e,
- (iv) De 10.000 euro em relação às modificações durante a sua vigência.

Estes valores sofrem uma redução para 50% se se estiver na presença de pequenas empresas¹²⁷⁰.

○ **As penalizações**

PENALIZAÇÕES			
<u>Características das Infracções</u>	Falta de apresentação de documentação ou apresentação incompleta		Multas variáveis entre 5% e 10% da correcção feita ao valor do preço, com o limite mínimo de 5.000 euro por ano fiscal
	Apresentação tardia dos factos e das circunstâncias sobre conformação das transacções transfronteiriças com o princípio <i>at arm's length</i>		Multa variável entre 100 e 1.000.000 euro por dia de atraso
	<u>Evasão Fiscal</u>	Até 50.000 euro	Multa
		Mais 50.000 e até 100.000 euro	Multa ou pena de prisão suspensa (regra geral multa)
		Mais de 100.000 e até 1.000.000 euro	Pena de prisão ou pena suspensa até dois anos, mais uma multa igual ao imposto em falta
		Superior a 1.000.000 euro	A pena suspensa depende do comportamento do contribuinte nos anos anteriores e da sua cooperação
	Os responsáveis pela sociedade (e.g. gerentes)		Pena de prisão superior a 2 anos
		São também sujeitos às mesmas penalidades aplicadas à sociedade	

QUADRO N.º 86

Como já deixamos evidenciado a legislação tributária germânica impõe aos Contribuintes alemães que tenham praticado operações vinculadas obrigações documentais, tendo em vista uma análise dos preços de transferência que essas empresas associadas praticaram e tendo em vista conhecer-se a sua conformidade com aquela legislação tributária germânica. A questão que se colocava era saber-se

¹²⁷⁰ Para um estudo algo mais detalhado sobre os APP vejam-se Prof. Dr. HEINZ-KLAUS KROPPEL, LL.M. e AXEL EIGELSHOVEN, Deloitte, Düsseldorf, *Transfer Pricing Database*, INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, no item 11.3. *Advance pricing arrangement*, no sítio da Internet www.ibfd.org,

se os incumprimentos legais por parte daqueles obrigados tributários trariam, ou não, consequências jurídicas.

De acordo com a conjugação do § 3 e 4 do artigo 162 da «*Abgabenordnung*» é permitido àquela Administração Tributária proceder à avaliação quando não sejam respeitadas as exigências documentais que anteriormente referimos e que permitirá, ou não, aumentar a base tributável e eventualmente passar até para um cálculo de imposto superior ao inicial, originando assim uma exigência adicional de imposto devido a final.

A falta de cumprimento pelas empresas alemãs daquelas imposições legais sujeita-as às seguintes sanções:

(i) A falta de apresentação de documentação ou a sua apresentação incompleta pode original que a Administração Tributária proceda à fixação do rendimento que era previsível que fosse obtido, e ainda a sujeição a multas variáveis entre 5% e 10% sobre o valor da correcção provocada pelo ajustamento, significando isto que pode haver sujeição a estas penalizações mesmo que não haja imposto devido a final, com o valor mínimo de 5.000 euro por ano fiscal em causa;

(ii) A apresentação tardia dos factos e das circunstâncias sobre conformação das transacções transfronteiriças com o princípio *at arm's length* determinará a aplicabilidade de multa variável entre 100 e 1.000.000 euro por dia de atraso;

(iii) Se estivermos a proceder a análise dos factos relacionados com a evasão fiscal, e de acordo com a mais recente jurisprudência Alemã¹²⁷¹, os infractores podem ficar sujeitos a sanções que, de acordo com o valor da infracção, serão de:

(a) Até 50.000 euro, sujeição a multa;

(b) Superior a 50.000 e até 100.000 euro, sujeição a multa ou pena de prisão suspensa (regra geral multa);

(c) Superior a 100.000 e até 1.000.000 euro, sujeição a pena de prisão ou pena suspensa até dois anos, acrescida de uma multa igual ao imposto em falta. A pena suspensa depende do comportamento do contribuinte nos anos anteriores e assim como da sua cooperação;

¹²⁷¹ Neste sentido vejam-se FRIEDHELM STOCK of LUTHER, *Taxand Germa*y, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2009 Edition and *Transfer Pricing*, IBFD TAX TRAVEL COMPANIONS, Amsterdam, Netherlands, 2009, sobre a análise que fazem no item 10. *Penalties*, pags. 353, quando escrevem que In cases of tax evasion, "...a leading decision by the Federal Court of Justice from December 2008 provides for high penalties, depending on the magnitude of the tax evasion...".

(d) Superior a 1.000.000 euro, sujeição a pena de prisão superior a 2 anos;

(iv) Os responsáveis pela sociedade (e.g. gerentes) também são passíveis do mesmo tipo de penalidades a que ficam sujeitas as sociedades e cumulativamente com estas^{1272 1273}.

Além do que acabamos de expor os Sujeitos Passivos a quem sejam feita correcções positivas aos preços de transferência praticados e que originem aumento de proveitos, a legislação fiscal germânica estabelece a tributação pela distribuição oculta de dividendos – distribuição indirecta de lucros – sujeitos a retenção na fonte à taxa de 26,375% (vinte e seis virgula trezentos e setenta e cinco por cento), a não ser que os sujeitos passivos a quem seja feita essa distribuição indirecta de lucros beneficiem de um regime mais favorável, designadamente de norma constante de CDT em que seja parte a Alemanha e o País de residência dos mesmos, ou de normativo interno por transposição de Directiva de Direito Comunitário¹²⁷⁴.

¹²⁷² Para uma análise descritiva, embora também abreviada, das penalidades aplicáveis aos Sujeitos Passivos Alemães que não cumpram os normativos legais de conformação dos preços de transferência em vista da falta de apresentação ou apresentação deficiente ao objectivo em vista, veja-se KENK, ANNETT, CMS Hasche Sigle, Francfort, e THIES, ANGELIKA, CMS GmbH Steuerberatungsgesellschaft, Munich, inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada "*Prix de transfert*", da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, "Chapitre 7", "Section II", item 1454, pags. 281 e 282.

¹²⁷³ Veja-se também a análise feita pelo Prof. Dr. HEINZ-KLAUS KROPPE, LL.M., e AXEL EIGELSHOVEN, Deloitte, Düsseldorf, *Transfert Pricing Database*, INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, no item 8. *DOCUMENTATION REQUIREMENTS – 8.1. Introduction*, sobre os preços de transferência na "Germany", no sítio da Internet www.ibfd.org.

¹²⁷⁴ A taxa que acabamos de indicar está em vigor desde 2009 e, até àquela data, era aplicada uma taxa de 21,1% (vinte e um virgula um por cento), sendo aqui também aplicável a transposição que os Estados-membros da UE fizeram da Directiva 90/435/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, modificada pelas Directivas 2003/123/CE do Conselho, de 22 de Dezembro de 2003 e 2006/98/CE do Conselho, de 20 de Novembro de 2006 relativas ao regime fiscal comum aplicável às empresas-mãe e às suas filiais em Estados-membros diferentes, estabelecendo-se aqui, no que respeita aos agrupamentos de sociedades de Estados-membros diferentes, regras fiscais neutras relativamente à concorrência e suprime a dupla tributação dos lucros distribuídos sob forma de dividendos por uma sociedade afiliada situada num Estado-membro à sociedade-mãe situada num outro. Neste sentido veja-se KENK, ANNETT, CMS Hasche Sigle, Francfort, e THIES, ANGELIKA, CMS GmbH Steuerberatungsgesellschaft, Munich, inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada "*Prix de transfert*", da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, "Chapitre 7", "Section II", item 1455, pags. 282.

ii. O regime jurídico da tributação dos preços de transferência em ESPANHA

○ Introdução

O regime jurídico regulamentador dos preços de transferência em vigor no ordenamento jurídico-tributário de Espanha¹²⁷⁵ resulta da conjugação do artigo 16.º da Lei do Imposto sobre as Sociedades – LIS^{1276 1277}, com os artigos 16.º a 29 nonies do Regulamento do Imposto sobre as Sociedades – RIS^{1278 1279}, recentemente alterados, pretendendo o legislador fazer uma aproximação das regras disciplinadoras das operações vinculadas praticadas no âmbito das empresas associadas às linhas directrizes da OCDE e do FCPT da UE¹²⁸⁰.

O legislador ao afirmar na fundamentação justificativa motivadora da sua opção legislativa que a interpretação que agora se deve passar a fazer daquele regime jurídico-tributário dos preços de transferência tem que o ser de acordo com as directrizes da OCDE e as linhas orientadoras vindas daquele FCPT, mais não faz do que explicitamente balizar aquela legislação através do pensamento jurídico internacional advindo daquelas organizações, ou seja, indirectamente incorpora tais regras jurídicas de conduta internacional no seu ordenamento jurídico¹²⁸¹.

¹²⁷⁵ Para uma exposição mais detalhada sobre esta temática veja-se a análise feita por GRACIA, EDUARDO, membre du Fórum conjoint sur les prix de transfert; Ashurst Madrid, e RAMIREZ, JORGE, Ashurst Madrid, inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, em concreto a obra intitulada *Prix de transfert*, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, “Chapitre 7”, “Section II”, itens 1470 e 1486, pags. 283 e 292.

¹²⁷⁶ Este regime jurídico introduzido na LIS foi levado a cabo pela “LEY 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal”

¹²⁷⁷ O artigo 16.º da LIS foi recentemente modificado pelo *Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de Abril*, que introduziu as medidas para impulsionar a recuperação económica e do emprego.

¹²⁷⁸ Este regime jurídico introduzido na RIS foi levado a cabo pelo “*Real Decreto 1793/2008, de 3 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades*, (...) (BOE 18-noviembre-2008)”.

¹²⁷⁹ O artigo 18.º do RIS foi recentemente alterado em relação aos nºs 3 e 4, assim como lhe foi acrescentado o nº 5, através do *Real Decreto 897/2010, de 9 de julio*, introduzindo dispensas de elaboração de documentação específica nas operações vinculadas em relação a certo tipo de contribuintes e de operações vinculadas. Faremos menção específica a estas dispensas quando tratarmos das obrigações de documentação das operações vinculadas.

¹²⁸⁰ O Legislador assume claramente esta sua intenção de adaptar a legislação Espanhola às directrizes da OCDE e às linhas orientadoras emanadas pelo FCPT da UE, ao expressamente declarar na “Exposición de motivos” justificativos das suas opções legislativas que “...el segundo objetivo es adaptar la legislación española en materia de precios de transferencia al contexto internacional, en particular a las directrices de la OCDE sobre la materia y al Foro europeo sobre precios de transferencia, a cuya luz debe interpretarse la normativa modificada...”

¹²⁸¹ Atente-se que o legislador fiscal de Espanha impõe na “LEY 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal” como marco balizador interpretativo que se “...debe interpretarse la normativa modificada...a... [la] ... luz... [de] ... las directrices de la OCDE sobre la materia

O legislador, além daquelas novas orientações introduzidas neste regime jurídico de tributação, veio também impor que a valoração contabilística siga igualmente o princípio da empresa independente, ou seja, além de impor que a valoração para efeitos fiscais tenha que ter em conta o princípio da plena concorrência, também o mesmo princípio tem que reger a valoração contabilística das operações vinculadas praticadas no seio das empresas associadas¹²⁸².

Deriva daqui que as empresas associadas têm que valorar todas as suas operações vinculadas de acordo com o princípio da plena concorrência, ou da empresa independente – facto assumido pelo § 1.º do n.º 1 do artigo 16.º da LIS¹²⁸³, valoração esta que, como vimos, deve ser reflectida quer contabilisticamente¹²⁸⁴, quer

y al Foro europeo sobre precios de transferencia...”, sendo para nós uma forma de integrar naquele direito fiscal das directrizes internacionais emanadas daquelas organizações internacionais.

¹²⁸² Atente-se que o legislador fiscal de Espanha impõe na “*LEY 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal*”, como primeiro motivo justificativo da alteração então levada a cabo que “*...la valoración de estas operaciones según precios de mercado, por lo que de esta forma se enlaza con el criterio contable existente que resulta de aplicación en el registro en cuentas anuales individuales de las operaciones reguladas en el artículo 16 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo. En este sentido, el precio de adquisición por el cual han de registrarse contablemente estas operaciones debe corresponderse con el importe que sería acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia, entendiendo por el mismo el valor de mercado, si existe un mercado representativo...*”, assumindo “*...en definitiva, el régimen fiscal de las operaciones vinculadas recoge el mismo criterio de valoración que el establecido en el ámbito contable...*” (sublinhado nosso). É aqui evidente que o princípio da plena concorrência tem que ser assumido desde logo no próprio registo contabilístico daquelas operações vinculadas, ou seja, independentemente das empresas vinculadas até terem praticado na realidade um valor distinto do apelidado princípio da plena concorrência, ou da empresa independente, têm que obrigatoriamente em termos contabilísticos assumir que a valoração das operações vinculadas em questão foi feita por preço determinado segundo aquele princípio *at arm's length*.

¹²⁸³ O legislador encarregou-se de integra na segunda parte do § 1.º do n.º 1 do artigo 16.º da LIS a sua noção de valor normal de mercado ao estabelecer que este “*...se entenderá por valor normal de mercado aquel que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia...*”, facto que imporá ao aplicador da lei, de acordo com o n.º 1 do artigo 16.º do RIS, a obrigação de “*...a los efectos de determinar el valor normal de mercado que habrían acordado personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia a que se refiere el apartado 1 del artículo 16 de la Ley del Impuesto, se compararán las circunstancias de las operaciones vinculadas con las circunstancias de operaciones entre personas o entidades independientes que pudieran ser equiparables...*”, elencando nas várias alíneas do n.º 2 deste artigo quais são as circunstâncias que se devem ter em conta para se determinar “*...si dos o más operaciones son equiparables...*”, elementos aqueles que apenas devem ser trazidos ao procedimento de comparabilidade daquelas operações na medida em que “*...el obligado tributario haya podido disponer de ellas razonablemente...*”, ou seja, o legislador entendeu, e bem, que não podia impor ao obrigado tributário que obtivesse dados aos quais de todo em todo não tinha capacidade de conhecer.

¹²⁸⁴ Veja-se GRACIA, EDUARDO, membre du Fórum conjoint sur les prix de transfert; Ashurst Madrid, e por RAMIREZ, JORGE, Ashurst Madrid, inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada *Prix de transfert*, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, “Chapitre 7”, “Section II”, item 1473, pags. 285 e 286, questionam se a nova legislação impõe, ou não, a obrigação de as empresas vinculadas efectuarem os seus registos contabilísticos de acordo com preço praticado por empresas independentes, apoiando-se em interpretações “não oficiais de alguns inspectores dos impostos considerados de maior nomeada”, acrescentando a final que seria necessário esperar para se saber se aquela seria a interpretação e actuação oficial da Administração Tributária. Assumem ali estes autores que “*...avec la nouvelle*

fiscalmente, omissão esta que levará a Administração Fiscal a proceder às necessárias correcções fiscais daí inerentes e desde que tal resulte em seu prejuízo¹²⁸⁵.

Essas eventuais rectificações de índole fiscal que venha a Administração Tributária a praticar, perante a detecção que a valoração dos preços de transferência não está conforme o princípio *at arm's length*, terão sempre em conta o conjunto das entidades vinculadas, ou seja, conforme estabelece a segunda parte do primeiro parágrafo conjugado com o segundo parágrafo, ambos do § 2.º do n.º 2 do artigo 16.º da LIS, feita a valoração das operações vinculadas para uma determinada empresa associadas aquele valor impõe-se a todas as restantes empresas do grupo, não sendo até susceptíveis de originarem correcções fiscais as eventuais falhas positivas de valoração encontradas numa empresa associada que estejam integradas em sinal contrário nas outras empresas do grupo, ou seja, a Administração Tributária deve analisar as repercussões da valoração dentro do grupo e não isoladamente¹²⁸⁶.

Assim, a grande mutação que sofreu a legislação fiscal sobre a temática dos preços de transferência em Espanha com a reforma da LIS e do RIS através da apelidada “Ley de Medidas de Prevención del Fraude Fiscal” foi que, até então, apenas a Administração Tributária podia proceder às alterações fiscais inerentes a

*législation, il convient de considérer que les contribuables doivent obligatoirement opérer des ajustements extra-comptables (sur leurs) résultats comptables) de façon à refléter le niveau de pleine concurrence...”. Não nos parece que seja susceptível de haver semelhante dúvida sobre a obrigatoriedade de contabilisticamente as empresas associadas terem de efectuar os seus registos das operações vinculadas através da determinação do preço pela aplicabilidade do princípio da plena concorrência, uma vez que o próprio legislador na sua explicação dos motivos adoptados afirmar sem margem para dúvida que “...por lo que afecta a la imposición directa, dicha reforma tiene dos objetivos...”, explicitando que “...el primero referente a la valoración de estas operaciones según precios de mercado, por lo que de esta forma se enlaza con el criterio contable existente que resulta de aplicación en el registro en cuentas anuales individuales de las operaciones reguladas en el artículo 16 (...) de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, (...). En este sentido, el precio de adquisición por el cual han de registrarse contablemente estas operaciones debe corresponderse con el importe que sería acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia...”. É assim evidente que o legislador assume com clareza que desde o momento da sua contabilização que as operações vinculadas devem ser valoradas segundo o princípio *at arm's length*.*

¹²⁸⁵ Esta assunção comportamental por parte da Administração Tributária Espanhola é evidenciada pelo legislador, na sua “exposición de motivos” da “LEY 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal”, ao assumir claramente que “...la Administración tributaria podría corregir dicho valor contable cuando determine que el valor normal de mercado difiere del acordado por las personas o entidades vinculadas, con regulación de las consecuencias fiscales de la posible diferencia entre ambos valores...”.

¹²⁸⁶ Efectivamente o legislador assume plenamente que “...la Administración tributaria quedará vinculada por dicho valor en relación con el resto de personas o entidades vinculadas...” acrescentando em seguida que “...la valoración administrativa no determinará la tributación por este Impuesto ni, en su caso, por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o por el Impuesto sobre la Renta de No Residentes de una renta superior a la efectivamente derivada de la operación para el conjunto de las personas o entidades que la hubieran realizado...” (sublinhado nosso).

eventuais modificações geradas nos preços de transferência através da aplicabilidade dos métodos legalmente aceites para a sua verificação e desde que verificasse que tinha havido uma tributação inferior à devida ou um deferimento no tempo na arrecadação do imposto a que tinha direito, ou seja, até ao prazo da caducidade do direito à liquidação sempre aquela Administração Tributária podia verificar se os preços de transferência estavam de acordo com o resultado que se obtinha com a sua conformação com os métodos constantes na LIS, isto é, até ao fim do prazo da caducidade sempre estaríamos perante uma liquidação provisória sujeita à sua confirmação pela Administração Tributária de Espanha^{1287 1288}.

Após a alteração provocada por aquela “Ley de Medidas de Prevención del Fraude Fiscal”, as empresas associadas passaram a ter obrigatoriamente que valorar contabilisticamente as operações vinculadas segundo um dos métodos legalmente aplicáveis às mesmas e, consequentemente, a fazer a sua relevância na declaração para efeitos fiscais, limitando-se a Administração Tributária de Espanha a confirmar aquela valoração e actuando apenas quando a valoração inicial não siga tal conformação. Isto é, podemos dizer que no regime fiscal revogado aquela Administração Tributária tinha a capacidade originária de “poder valorar”, enquanto agora tem a capacidade originária de “poder comprovar” e consequentemente se discordar fundamentadamente da valoração feita pela empresa associada através da aplicabilidade dos métodos legais de determinação dos preços de transferência, e daí resulte uma diminuição do imposto ou o seu deferimento no tempo, tem igualmente capacidade para “poder valorar” e arrecadar o tributo em falta^{1289 1290} e por tal, se se

¹²⁸⁷ Neste sentido veja-se GRACIA, EDUARDO, membre du Fórum conjoint sur les prix de transfert; Ashurst Madrid, e RAMIREZ, JORGE, Ashurst Madrid, inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada *Prix de transfert*, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, “Chapitre 7”, “Section II”, item 1471, pags. 284, quando afirmam que “dans la réglementation d’origine, seules les autorités fiscales pouvaient fiscalement évaluer le caractère de pleine concurrence des transactions effectuées entre parties liées, mais deulement si la valeur présentée par les entreprises impliquait une imposition plus basse ou un sursis d’impôt en Espagne...”.

¹²⁸⁸ Neste mesmo sentido veja-se também COSÍN OCHAITA, RAFAEL, “La Nueva Normativa sobre Precios de Transferencia”, Monografías, *Carta Tributaria, Revista N.º 1*, Quincena del 1 al 15 de Ene., 2008, pags. 1, quando afirma que “antes de la aprobación de la Ley 36/2006 (...) el artículo 16.1 del TRIS establecía imperativamente la postestad de la Administración Tributaria para valorar, dentro del período de prescripción, por su valor de mercado, las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas. Esta valoración a mercado podrá realizarla la Administración cuando la valoración convenida hubiera determinado: - Una tributación en España inferior a la que hubiese correspondido por aplicación del valor normal de mercado; - Un diferimiento de dicha tributación...”.

¹²⁸⁹ Neste sentido veja-se GRACIA, EDUARDO, membre du Fórum conjoint sur les prix de transfert; Ashurst Madrid, e RAMIREZ, JORGE, Ashurst Madrid, inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada *Prix de transfert*, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre,

comparar a anterior redacção do artigo 16.º da LIS com a actual, constata-se que o legislador integrou normas sancionadoras incorporadas naquele artigo do n.º 10 e seus parágrafos¹²⁹¹. Ou seja, agora sanciona-se o contribuinte desde que não integre na sua declaração de rendimentos um valor de mercado igual ao praticado por empresas independentes, e que deve constar da sua contabilidade devidamente provado por meio de documentação, isto é, *ab initio* é o próprio Sujeito Passivo que tem obrigação de auto determinar e apresentar à Administração Tributária de Espanha o valor normal de mercado para as operações vinculadas que efectue, diferentemente do regime revogado que determinava que aquela valoração seria feita *à posteriori* por “La Agencia Tributaria” – AT.

Vamos passar em revista os principais pontos do regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência em Espanha e, para uma melhor pré-visualização, inserimos um quadro representativo das temáticas que desenvolveremos.

Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, “Chapitre 7”, “Section II”, item 1473, pags. 285, quando afirmam que “*le changement de plus significatif mis en oeuvre dans les termes du texte modificatif, (...) est l'obligation nouvelle faite au contribuable d'évaluer les transactions intra-groupe à l'aune du principe de pleine concurrence (...) de façon à refléter le niveau de pleine concurrence des transactions (sans tenir compte du fait qu'il existe ou non en Espagne une réduction ou un sursis d'impôt applicable au prix négocié entre les parties), ce qui conduira à appliquer des pénalités au contribuable qui ne coopere pas avec les autorités fiscales et qui ne respecte pas les exigences documentaires détaillées ci-dessous...*”.

¹²⁹⁰ Neste mesmo sentido veja-se também COSÍN OCHAITA, RAFAEL, “La Nueva Normativa sobre Precios de Transferencia”, Monografías, *Carta Tributaria, Revista N.º 1*, Quincena del 1 al 15 de Ene., 2008, pags. 1, quando afirma que “*la actual Ley de Medidas de Prevención del Fraude (...) ha modificado el sistema unilateral de corrección por la Administración del valor convenido entre partes vinculadas, por el declaración por el sujeto pasivo y su posterior comprobación, no del valor convenido sino del precio de mercado entre partes independientes. La potestad de la Administración es cambiada pasando de «poder valorar» a precio de mercado a «poder comprobar» el precio de mercado que necesariamente debe declarar el contribuyente...*”.

¹²⁹¹ De acordo com o corpo do novo n.º 10 do artigo 16.º da LIS “*...constituye infracción tributaria no aportar o aportar de forma incompleta, inexacta o con datos falsos la documentación que (...) deban mantener a disposición de la Administración tributaria las personas o entidades vinculadas...*”, assim como “*...también constituye infracción tributaria que el valor normal de mercado que se derive de la documentación prevista en este artículo y en su normativa de desarrollo no sea el declarado en el Impuesto sobre (...) ...*”.

ESPANHA				
CONCEITO DE EMPRESAS ASSOCIADAS	O regime jurídico-tributário estabelece um elenco exaustivo de situações que se integram neste conceito e que são susceptíveis de influenciarem a valoração dos preços de transferência			
	1	Uma entidade e, os seus sócios ou participantes, os seus gestores ou directores, assim como os cônjuges ou parentes em linha recta, colateral, por consanguinidade ou afinidade até ao terceiro grau, em relação às pessoas antes mencionadas		
	2	As entidades que se integrem num grupo definido pelo artigo 42º do Código Comercial, <u>omitido</u> assim como as relações de uma entidade com os sócios ou participantes, os gestores ou directores de outra entidade e quando ambas se integrem num grupo		
	3	A relação entre duas entidades resultante da participação no capital social ou nos fundos próprios de ambas em pelo menos 25%, quer seja por via dos mesmos sócios, participantes ou seus cônjuges ou parentes em linha recta, colateral, por consanguinidade ou afinidade até ao terceiro grau, quer seja indirectamente uma sobre a outra		
	4	A relação entre estabelecimento estável e uma entidade desde que um deles seja considerado residente em Espanha		
	5	As entidades que se integram num grupo tributado pelo regime dos grupos das sociedades cooperativas		
	Se a vinculação resultar da ligação entre os seus sócios ou participantes, essa participação terá que no mínimo ser igual a 5%, ou 1% se se tratar de valores regulados em mercado de capitais			
MÉTODOS APLICÁVEIS	Métodos Principais	Métodos Tradicionais	1	Método do Preço Comparável de Mercado
			2	Método do Preço de Revenda Minorado
			3	Método do Custo Majorado
	Métodos Secundários	Métodos sobre os Lucros	4	Método do Fraccionamento do Lucro
			5	Método da Margem Líquida da Operação
HIERARQUIA DE MÉTODOS	O Direito Fiscal de Espanha impõe ao contribuinte uma dupla hierarquização na sua escolha: (i) a utilização prioritária de um dos três métodos principais e (ii) que opte pelo “método de valoración mas adqueado”			
AJUSTAMENTOS	Ajustamento primário		Sim	
	Ajustamento correlativo		Sim	
	Operação secundária e Ajustamento secundário		Sim	
	Prazo máximo de caducidade		Geral – 4 anos Excepção: Este prazo pode sofrer interrupções na sua contagem	
DOCUMENTAÇÃO – Obrigação de manter documentação comprovativa			Sim	
APP – ACORDOS PRÉVIOS SOBRE OS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA			Unilaterais	
			Bilaterais	
			Multilaterais	
PENALIZAÇÕES	Características das <u>Infracções</u>	As correcções não originam qualquer aumento valorativo	Multa de 1.500 euro por cada dado e de 15.000 euro cada conjunto de dados, omitidos, inexactos ou falsos e relacionados com cada uma das obrigações documentais, e para cada grupo ou entidade que é considerado Sujeito Passivo	
		As correcções originam aumento valorativo	Multa proporcional a 15% sobre o valor da correcção dos preços de transferência, com um mínimo igual ao dobro da multa aplicável caso não houvesse lugar a aumento valorativo	
		Redução das penas	As multas poderão ser reduzidas se os Sujeitos Passivos não contestarem a avaliação dos preços de transferência levada a cabo pela Administração Tributária e se aceitarem e ou pagarem de imediato as multas	

QUADRO N.º 87

○ **Conceito de empresas associadas**

CONCEITO DE EMPRESAS ASSOCIADAS	O regime jurídico-tributário estabelece um elenco exaustivo de situações que se integram neste conceito e que são susceptíveis de influenciarem a valoração dos preços de transferência	
	1	Uma entidade e, os seus sócios ou participantes, os seus gestores ou directores, assim como os cônjuges ou parentes em linha recta, colateral, por consanguinidade ou afinidade até ao terceiro grau, em relação às pessoas antes mencionadas
	2	As entidades que se integrem num grupo definido pelo artigo 42º do Código Comercial, omitido assim como as relações de uma entidade com os sócios ou participantes, os gestores ou directores de outra entidade e quando ambas se integrem num grupo
	3	A relação entre duas entidades resultante da participação no capital social ou nos fundos próprios de ambas em pelo menos 25%, quer seja por via dos mesmos sócios, participantes ou seus cônjuges ou parentes em linha recta, colateral, por consanguinidade ou afinidade até ao terceiro grau, quer seja indirectamente uma sobre a outra
	4	A relação entre estabelecimento estável e uma entidade desde que um deles seja considerado residente em Espanha
	5	As entidades que se integram num grupo tributado pelo regime dos grupos das sociedades cooperativas
	Se a vinculação resultar da ligação entre os seus sócios ou participantes, essa participação terá que no mínimo ser igual a 5%, ou 1% se se tratar de valores regulados em mercado de capitais	

QUADRO N.º 88

O conceito de pessoas ou entidades¹²⁹², aqui se incluindo empresas associadas ou vinculadas, encontra-se disciplinado no n.º 3 do artigo 16.º da Ley del Impuesto sobre Sociedades – LIS¹²⁹³, através de uma descrição exaustiva das situações que o

¹²⁹² Para uma análise detalhada sobre o conceito de empresas associadas, vejam-se ALEJANDRO ESCODA, PEDRO AMAT e ALEXANDRE IBÁÑEZ, Cuatrecasas Abogados, Barcelona, *Transfert Pricing Database*, INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, item 2.6. *Concepts of "associated enterprises" and "control"*, sobre os preços de transferência em "Spain", no sítio da Internet www.ibfd.org.

¹²⁹³ Dispõe o n.º 3 do artigo 16.º da LIS, sob a *Operaciones vinculadas*, que "Se considerarán personas o entidades vinculadas las siguientes:

a) Una entidad y sus socios o partícipes. b) Una entidad y sus consejeros o administradores. c) Una entidad y los cónyuges o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado de los socios o partícipes, consejeros o administradores. d) Dos entidades que pertenezcan a un grupo. e) Una entidad y los socios o partícipes de otra entidad, cuando ambas entidades pertenezcan a un grupo. f) Una entidad y los consejeros o administradores de otra entidad, cuando ambas entidades pertenezcan a un grupo. g) Una entidad y los cónyuges o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado de los socios o partícipes de otra entidad cuando ambas sociedades pertenezcan a un grupo. h) Una entidad y otra entidad participada por la primera indirectamente en, al menos, el 25 por ciento del capital social o de los fondos propios. i) Dos entidades en las cuales los mismos socios, partícipes o sus cónyuges, o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado, participen, directa o indirectamente, en, al menos, el 25 por ciento del capital social o de los fondos propios. j) Una entidad residente en territorio español y sus establecimientos permanentes en el extranjero. k) Una entidad no residente en territorio español y sus establecimientos permanentes en el mencionado territorio. l) Dos entidades que formen parte de un grupo que tribute en el régimen de los grupos de sociedades cooperativas.

En los supuestos en los que la vinculación se defina en función de la relación socios o partícipes-entidad, la participación deberá ser igual o superior al 5 por ciento, o al 1 por ciento si se trata de valores admitidos a negociación en un mercado regulado. La mención a los administradores incluirá a los de derecho y a los de hecho.

legislador entenda configuradoras de influenciar a gestão de uma empresa por outra e, por tal, com capacidade para determinar certos comportamentos que possam ser lesivos para o erário fiscal:

(i) Quer se traduzam nas relações entre as empresas pela detenção directa ou indirecta no capital, quer seja exercitada por uma sobre a outra, quer seja mútua, quer seja através de uma terceira sobre ambas, quer seja por uma intermediária;

(ii) Quer seja pela detenção no capital empresarial das mesmas pessoas físicas, ou dos seus cônjuges e parentes, quer seja por via directa, colateral ou por afinidade;

(iii) Quer nas relações de grupo, quer seja pela detenção no capital entre si, quer seja na detenção do capital societário das entidades que compõe o grupo pelas mesmas pessoas físicas ou por cônjuges, parentes, quer seja por via directa, colateral ou por afinidade, quer seja pelo exercício de domínio na capacidade de influência dos órgãos de gestão das empresas do grupo, quer se faça através de umas sociedades sobre as outras, ou reciprocamente, ou por terceiros sobre todas.

Isto é, o legislador entendeu tipificar as situações em que possa haver capacidade de influenciar as decisões empresariais de modo a que haja a susceptibilidade de se provocarem desvios dos lucros entre elas e, com estas medidas de gestão, diminuir a capacidade de arrecadação dos tributos devidos ao Estado, sendo de relevar aqui que a influência nos órgãos de gestão empresarial implica tanto àqueles que a exercem de direito, como aos que a exercitam de facto.

Entendeu o legislador fiscal Espanhol de que deverá haver um mínimo de detenção no capital societário, ou no seu património, de pelo menos 25%, para que se esteja perante uma capacidade de influenciar a gestão empresarial, quer se trate de titularidades de pessoas jurídicas, quer de pessoas físicas, ainda que por intermédio de cônjuges ou parentes, quer seja por via directa, colateral ou por afinidade.

Igual influência entendeu estabelecer-se entre as entidades e os seus estabelecimentos estáveis e desde que haja a possibilidade de se considerar um deles como residente em Espanha para efeitos fiscais.

Existe grupo cuando una entidad ostente o pueda ostentar el control de otra u otras según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de su residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas".

Quando a vinculação se defina com base no relacionamento entre os membros ou participantes e uma entidade, essa participação deve ser de pelo menos 5%, ou de 1% no caso de valores mobiliários cotados em mercado regulamentado.

O legislador recorreu ainda ao conceito de grupo de acordo com as regras estabelecidas no artigo 42.º do Código Comercial para considerar que uma entidade controla ou pode controlar outra entidade ou entidades, independentemente da sua residência ou da obrigação de elaboração das demonstrações financeiras consolidadas¹²⁹⁴.

○ **Métodos de determinação dos preços de transferência**

MÉTODOS DE DETERMINAÇÃO DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA				
Métodos Aplicáveis	Métodos Principais	Métodos Tradicionais	1	Método do Preço Comparável de Mercado
			2	Método do Preço de Revenda Minorado
			3	Método do Custo Majorado
	Métodos Secundários	Métodos Sobre os Lucros	4	Método do Fraccionamento do Lucro
			5	Método da Margem Líquida da Operação
Hierarquia de métodos	O Direito Fiscal de Espanha impõe ao contribuinte uma dupla hierarquização na sua escolha: (i) a utilização prioritária de um dos três métodos principais e (ii) que opte pelo “método de valoración mas adqueado”			

QUADRO N.º 89

O n.º 1 do artigo 16.º da LIS impõe que as operações vinculadas praticadas entre empresas associadas sejam valoradas pelas partes intervenientes nessas operações segundo o princípio do valor normal de mercado, considerando-se como tal os valores que partes independentes teriam acordado para semelhante operação, ou seja, em definitivo assume-se aqui o princípio *at arm's length* oriundo da OCDE^{1295 1296}.

¹²⁹⁴ Neste sentido vejam-se RAMON LOPEZ de HARO e MÁRIO ORTEGA CALLE, Garrigues, Taxand Spain, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2009 Edition and Transfer Pricing, IBFD TAX TRAVEL COMPANIONS, Amsterdam, Netherlands, 2009, sobre a análise que fazem no item 2.3. *Meaning of control and associated persons*, integrado na descrição sobre o regime jurídico-tributário dos preços de transferência em Espanha, pags. 470.

¹²⁹⁵ Veja-se “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002

¹²⁹⁶ Veja-se neste sentido CRUZ PADIAL, IGNACIO, “Precios de transferencia: Delimitación y modificación por la Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal”, *Monografías, Carta Tributaria, Revista N.º 7*, Quincena del 1 al 15 de Abr. 2007, pags. 9, quando afirma que um dos destaques mais significativos desta nova reforma operada pela nova redacção do artigo 16.º da LIS se traduz na “...aplicación del valor normal de mercado (entendido como el que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia) al valorar operaciones desarrolladas entre vinculadas pasa a ser obligatoria...”.

i. Métodos principais

O n.º 4 do artigo 16.º da LIS vem estabelecer a aplicabilidade distinta entre os chamados métodos tradicionais, integrados nas alíneas do seu § 1.º, e a título subsidiário a aplicabilidade dos chamados métodos dos lucros, nas duas alíneas do seu § 2.º. O legislador tributário verteu neste ordenamento jurídico a possibilidade *ab initio* do contribuinte escolher entre um dos 3 (três) métodos tradicionais possíveis em vista à determinação dos preços de transferência praticados nos seio do grupo em relação às operações vinculadas, a saber:

(i) Método do Preço Comparável de Mercado, ou “*Método del Precio Livre Comparable*” – alínea a) daquele § 1.º;

(ii) Método do Custo Majorado, “*Método del Coste Incrementado*” - alínea b) daquele § 1.º; e,

(iii) Método do Preço de Revenda Minorado, “*Método del Precio de Reventa*” - alínea c) daquele § 1.º.

Atente-se que não foi imposta qualquer hierarquização aos contribuintes na aplicabilidade destes métodos tradicionais¹²⁹⁷, pelo que deverá escolher um dentro deles mas, face à necessidade imposta aos Sujeitos Passivos de possuírem agora um conjunto alargado de documentação justificativa sobre os preços de transferência que praticaram nas suas operações vinculadas, fica em última instância a capacidade da AT de, em sede de inspecção, discordar fundamentadamente de tal opção e entender que o método que melhor avalie e determine o preço de transferência, no caso concreto, é outro e diferente do utilizado pelo Sujeito Passivo¹²⁹⁸.

¹²⁹⁷ Neste sentido veja-se GRACIA, EDUARDO, membre du Fórum conjoint sur les prix de transfert; Ashurst Madrid, e RAMIREZ, JORGE, Ashurst Madrid, inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada *Prix de transfert*, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossieres Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, “Chapitre 7”, “Section II”, item 1475, pags. 286, quando afirmam que “...sans hiérarchisation de l’une par rapport aux autres...”.

¹²⁹⁸ Atente-se que o legislador claramente afirma no § 1.º do n.º 4 do artigo 16.º da LIS que “...para la determinación del valor normal de mercado se aplicará alguno de los siguientes métodos...”, ou seja, claramente aceita que seja justificadamente utilizado um destes 3 (três) métodos, mas também o legislador “deixou a última palavra à AT”, que, em sede de inspecção ao contribuinte, e de acordo com o § 2.º do n.º 1 do artigo 16.º da LIS estabelece que “...la Administración tributaria podrá comprobar que las operaciones realizadas entre personas o entidades vinculadas se han valorado por su valor normal de mercado y efectuará, en su caso, las correcciones valorativas que procedan respecto de las operaciones sujetas a este Impuesto (...) que no hubieran sido valoradas por su valor normal de mercado, con la documentación aportada por el sujeto pasivo y los datos e información de que disponga...”, isto é, a AT tem o “direito potestativo” de introduzirem as modificações que justificadamente entenda levar a cabo na esfera jurídica daqueles Sujeitos Passivos em face, por um lado de (i) “...con la documentación aportada por el sujeto pasivo...” e por outro com (ii) “...los datos e información de que disponga...”, ou seja, dispõe na sua esfera jurídica de uma discricionariedade técnica que lhe permite discutir e impôr a sua opinião

Em vista da capacidade que os contribuintes têm em escolher um daqueles métodos tradicionais, veio o legislador impor na regulamentação levada a cabo ao artigo 16.º da LIS, estabelecer no n.º 5 do artigo 16.º do RIS que os contribuintes têm sempre que optar pelo “*método de valoración mas adqueado*”, isto é, não têm uma liberdade total mas uma discricionariedade legalmente controlada ¹²⁹⁹.

Nestes três métodos tradicionais foram introduzidos os elementos de comparabilidade que se devem ter em conta para a sua análise, quer entre os bens ou serviços vinculados, quer entre os agentes económicos, quer as correcções que se devem introduzir em vista à sua comparabilidade, de modo a obterem-se os valores praticados por operadores independentes em operações feitas no mercado livre e que possam servir de matriz comparativa aos preços de transferência, tudo conforme desenvolvidamente apresentam os n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 16.º do RIS.

ii. Métodos secundários

O § 2.º do n.º 4 do artigo 16.º da LIS veio permitir que a título subsidiário, isto é, “...cuando debido a la complejidad...de las operaciones...” ou “...a la información relativa a las operaciones...” seja absolutamente impossível aplicarem-se os métodos tradicionais, então utilizar-se-á um dos seguintes métodos:

(i) Método do Fraccionamento do Lucro, ou “*Método de Distribución o División de los Beneficios*”; ou,

(ii) Método da Margem Líquida da Operação, ou “*Método del Margem Neto Transaccional*”^{1300 1301}.

tecnicamente fundamentada sobre a valoração, e métodos aplicáveis a tal conducentes, dos preços de transferência aplicados pelas empresas vinculadas às operações vinculadas entre si concretizadas.

Sobre a falta de hierarquia na aplicabilidade destes métodos tradicionais, e a capacidade potestativa que a AT tem em os aceitar, modificar ou alterar, afirma CRUZ PADIAL, IGNACIO, “Precios de transferencia: Delimitación y modificación por la Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal”, Monografías, *Carta Tributaria*, Revista N.º 7, Quincena del 1 al 15 de Abr. 2007, pags. 9, sobre a alínea b), que “...el cumplimiento de la aplicación del valor normal de mercado debe justificarse, lo que implica que cabe la elección de un determinado valor, si bien, la Administración tributaria, en su uso potestad correctora, podrá efectuar su comprobación y si porcede su variación...”.

¹²⁹⁹ Efectivamente é estabelecido no n.º 5 do artigo 16.º do *Reglamento del Impuesto sobre Sociedades* o seguinte: “...el análisis de comparabilidad y la información sobre las operaciones equiparables constituyen los factores que determinarán, en cada caso, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 16 de la Ley del Impuesto, el método de valoración mas adecuado...”.

¹³⁰⁰ De entre estes dois métodos utilizáveis a título subsidiário, e quando seja documentalmente demonstrável que em absoluto não é possível, no caso concreto, aplicarem-se os métodos tradicionais, apenas o segundo, Método da Margem Líquida da Operação, ou “*Método del Margem Neto Transaccional*”, é novo na actual redacção do artigo 16.º da LIS. Neste sentido veja-se GRACIA, EDUARDO, membre du Fórum conjoint sur les prix de transfert; Ashurst Madrid, e RAMIREZ, JORGE, Ashurst Madrid, inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra

Esta subsidiariedade na aplicabilidade destes métodos, assim como a sua opção por um deles em detrimento do outro, tem que resultar da demonstração que a empresa vinculada faça documentalmente sobre a existência de condições que não permitam recorrer em absoluto a um dos outros métodos tradicionais, circunstâncias essas que igualmente permitirão *à posteriori* à AT, em sede de inspecção, concluir que no caso concreto se deveria ter aplicado um daqueles métodos tradicionais em substituição dos métodos secundários utilizados pelo Sujeito Passivo, ou seja, há sempre uma enorme incerteza que a final se conclua que os mesmos representaram a melhor opção¹³⁰².

○ **Os Ajustamentos**

AJUSTAMENTOS	Ajustamento primário	Sim
	Ajustamento correlativo	Sim
	Operação secundária e Ajustamento secundário	Sim
	Prazo máximo de caducidade	Geral – 4 anos Excepção: Este prazo pode sofrer interrupções na sua contagem

QUADRO N.º 90

i. **Os ajustamentos admitidos**

Face à actual redacção do artigo 16.º da Ley del Impuesto sobre Sociedades – LIS, regulamentada através do Reglamento del Impuesto sobre Sociedades – RIS, desde o seu artigo 16.º, o regime tributário de Espanha prevê expressamente que a sua Administração Tributária proceda aos ajustamentos necessários, primários e secundários, através do exercício do seu direito de inspecção aos contribuintes

intitulada *Prix de transfert*, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, “Chapitre 7”, “Section II”, item 1475, *in fine*, pags. 286.

¹³⁰¹ O legislador introduziu nas alíneas específicas constantes do § 1.º e 2.º do n.º 4 do artigo 16.º da LIS que nos métodos “*Método del Coste Incrementado*”, “*Método del Precio de Reventa*” e “*Método del Margem Neto Transaccional*” se tentará em primeiro lugar obterem-se comparáveis internas através de operações realizadas pela empresa vinculada com empresas independentes – comparabilidade interna – e só na falta destes tipos concertos de operações se partirá para a obtenção de dados através da realização de operações semelhantes praticadas entre empresas independentes – comparabilidade externa.

¹³⁰² Sobre a concretização dos fundamentos legais inerentes á aplicabilidade destes dois métodos, complexidade, informação escassa, deficiente ou inexistente, veja-se, entre outros, COSÍN OCHAITA, RAFAEL, “La Nueva Normativa sobre Precios de Transferencia”, Monografias, Carta Tributaria, Revista N.º 1, Quincena del 1 al 15 de Ene. 2008, pags. 7, parte final do n.º “5.1. Jerarquía en la aplicación de los Métodos”, chamando à atenção para a necessidade na empresa vinculada em demonstrar documentalmente a sua opção e ainda que essa mesma dificuldade “...permitirá a la Administración descartar la utilización de estos últimos métodos por el contribuyente, y sustituirlos por los tradicionales..”.

associados¹³⁰³, quando as empresas não tenham acordado as suas operações vinculadas de acordo com o princípio *at arm's length*, impondo-se, então, que aquelas operações praticadas entre empresas associadas, designadamente com empresas estrangeiras, sejam sujeitas às correcções necessárias para alcançar tal fim, o assim chamado ajustamento bilateral^{1304 1305}.

Face à capacidade legal que a Administração Tributária de Espanha tem em proceder ao um ajustamento primário, em vista à correcção do lucro tributável de uma empresa associada sujeita ao seu âmbito espacial em direito tributário, a eliminação, ou pelo menos a atenuação, da dupla tributação internacional apenas será conseguida pela via do procedimento amigável, através da obtenção de um acordo mútuo, quando entre os Estado envolvidos haja CDT em vigor, ou na eventualidade de estarmos em presença de Estados-membros da UE, através do procedimento desencadeado a coberto da Convenção de Arbitragem.

¹³⁰³ A Ley del Impuesto sobre Sociedades prevê expressamente que a Administração Tributária de Espanha tem o poder de inspecção aos seus contribuintes com o intuito exclusivo de verificação da aplicabilidade do valor normal de mercado às operações vinculadas, ao assumir na primeira parte do parágrafo 2.º do n.º 1 do seu artigo 16.º que “...*La Administración tributaria podrá comprobar que las operaciones realizadas entre personas o entidades vinculadas se han valorado por su valor normal de mercado y efectuará, en su caso, las correcciones valorativas que procedan respecto de las operaciones sujetas a este Impuesto, al Impuesto sobre la Renta de No Residentes que no hubieran sido valoradas por su valor normal de mercado, con la documentación aportada por el sujeto pasivo y los datos e información de que disponga...*”. A Ley del Impuesto sobre Sociedades – LIS e o Reglamento del Impuesto sobre Sociedades – RIC que aqui venham eventualmente a ser transcritos foram extraídos do sítio da Internet www.aeat.es da “*La Agencia Tributaria*”.

¹³⁰⁴ Para uma análise detalhada sobre os ajustamentos derivados da aplicabilidade do princípio *at arm's length* aos preços de transferência, vejam-se ALEJANDRO ESCODA, PEDRO AMAT, e ALEXANDRE IBÁÑEZ, Cuatrecasas Abogados, Barcelona, *Transfert Pricing Database*, INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, item 9.5. *Adjustments*, sobre os preços de transferência na “Spain”, no sítio da Internet www.ibfd.org, que referem expressamente que o “*art. 16 of the CITL – “Corporate Income Tax Law” provides for the application of both primary and secondary adjustments. Once it can be determined that a transaction between related parties has not been valued in compliance with the arm's length principle, an adjustment must be made by the taxpayer or by the tax authorities. This will affect all the related companies involved in the controlled transaction - the so-called bilateral adjustment*”.

¹³⁰⁵ De acordo com a segunda parte do parágrafo 2.º do n.º 1 do artigo 16.º da Ley del Impuesto sobre Sociedades “...*La valoración administrativa no determinará la tributación por este Impuesto ni, en su caso, por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o por el Impuesto sobre la Renta de No Residentes de una renta superior a la efectivamente derivada de la operación para el conjunto de las personas o entidades que la hubieran realizado...*”, ou seja, o legislador expressamente assume aqui que pretende com a aplicação do princípio *at arm's length* apenas e só receber o seu justo tributo de acordo com as normas tributárias reguladoras em vigor, não pretendendo, assim, arrecadar um imposto superior ao devido pelo conjunto das empresas associadas naquelas operações vinculadas, mas apenas e só evitar uma transferência dessa carga tributária entre as partes associadas e, por tal, retirarem dali benefícios fiscais indevidos. Evidentemente que quando tais empresas associadas se situam exclusivamente em território Espanhol é possível à sua Administração Tributária conseguir este imperativo, contudo, quando estejam envolvidas empresas associadas estrangeiras só será possível conseguir tal objectivo através dos procedimentos amigáveis de comum acordo a encetar com as Admistrações Tributárias dos Países envolvidos.

Assim, o eventual ajustamento correlativo na empresa associada estrangeira, apenas é possível pela via do procedimento amigável, contudo, tenha-se em atenção que o seu desencadeamento apenas levará as Administrações Tributárias envolvidas a encetar negociações, nunca lhes sendo imposto que obtenham um resultado, isto é, estamos perante uma obrigação de meios e não de resultados¹³⁰⁶.

Tendo o legislador de Espanha estabelecido que o valor atribuído pela sua Administração Fiscal às operações vinculadas produz os seus efeitos em todas as empresas associadas, logicamente que iria também prever que daí se retirassem todas as consequências fiscais para as empresas envolvidas, ou seja, tal facto implicará uma recharacterização dos lucros tributáveis na sociedade objecto do ajustamento primário e que se processe a “operação secundária” daí resultante e consequentemente ao ajustamento secundário daí decorrente^{1307 1308}.

ii. O prazo máximo de caducidade

A Administração Tributária de Espanha tem um prazo de quatro anos para proceder à qualquer ajustamento resultante da aplicabilidade do princípio do preço de livre mercado aos preços de transferência das operações vinculadas, contudo, tal prazo pode sofrer interrupções resultante de qualquer acção formal num

¹³⁰⁶ O parágrafo 5.º do n.º 9 do artigo 16.º da Ley del Impuesto sobre Sociedades estabelece que “*lo dispuesto en este apartado se entenderá sin perjuicio de lo previsto en los tratados y convenios internacionales que hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno*”.

¹³⁰⁷ Quanto a nós tal resulta da conjugação de vários normativos inseridos no artigo 16.º da Ley del Impuesto sobre Sociedades, quando vem estabelecer na parte final do parágrafo 2.º do n.º 1 de que “*...La Administración tributaria quedará vinculada por dicho valor en relación com el resto de personas o entidades vinculadas...*”, ou seja, o valor resultante da aplicabilidade do princípio *at arm's length* à operações vinculadas passa impor-se a todas as empresas associadas e, consequentemente daí se retirarão todas as consequências jurídico-tributárias face à regra geral inserida na primeira parte do n.º 8 que impõe que “*En aquellas operaciones en las cuales el valor convenido sea distinto del valor normal de mercado, la diferencia entre ambos valores tendrá para las personas o entidades vinculadas el tratamiento fiscal que corresponda a la naturaleza de las rentas puestas de manifiesto como consecuencia de la existencia de dicha diferencia*”, assumindo especificamente as consequências fiscais no tocante às operações secundárias e inerentes ajustamentos secundários, nas relações sócios/detentores do capital e sociedades, relativamente à qualificação como distribuição oculta de dividendos ou entrada oculta de capitais, em face da redacção da segunda parte daquele n.º 8 ao impor que “*En particular, en los supuestos en los que la vinculación se defina en función de la relación socios o partícipes-entidad, la diferencia tendrá, en la proporción que corresponda al porcentaje de participación en la entidad, la consideración de participación en beneficios de entidades si dicha diferencia fuese a favor del socio o partícipe, o, con carácter general, de aportaciones del socio o partícipe a los fondos propios si la diferencia fuese a favor de la entidad*”.

¹³⁰⁸ Sobre este aspecto em concreto vejam-se ALEJANDRO ESCODA, PEDRO AMAT e ALEXANDRE IBÁÑEZ, Cuatrecasas Abogados, Barcelona, *Transfert Pricing Database*, INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, item 9.5. *Adjustments*, sobre os preços de transferência de “Spain”, no sítio da Internet www.ibfd.org,

procedimento, quer seja resultante da iniciativa do contribuinte, quer da Administração Tributária^{1309 1310}.

○ **Exigências documentais impostas aos contribuintes**

DOCUMENTAÇÃO – Obrigação de manter documentação comprovativa **Sim**

QUADRO N.º 91

O n.º 2 do artigo 16.º da LIS impõe ao contribuinte que mantenha à disposição da AT documentação¹³¹¹ tendo em vista que esta conheça a opção por certo e determinado método de valoração dos seus preços de transferência em detrimento de outros, assim como também permiti-lhe conhecer se essa valoração foi correctamente feita, normativo densificado e desenvolvido através dos artigos 18.º a 20.º do RIS, sob a “*Sección 3.ª Obligaciones de Documentación de las Operaciones Vinculadas*”¹³¹².

Na elaboração destas normas sobre a documentação, o legislador aportou para aqui os dois tipos distintos de documentação criados pela UE no seu “Código de Conduta da DPT UE”¹³¹³, e que já tratamos em momento anterior, a saber:

¹³⁰⁹ Neste sentido vejam-se RAMON LOPEZ de HARO e MÁRIO ORTEGA CALLE, Garrigues, Taxand Spain, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2009 Edition and Transfer Pricing, IBFD TAX TRAVEL COMPANIONS, Amsterdam, Netherlands, 2009, sobre a análise que fazem no item 9.2 *Statute of limitation*, integrado na descrição sobre o regime jurídico-tributário dos preços de transferência em Espanha, pags. 476.

¹³¹⁰ A alínea a) do artigo 66.º da Ley General Tributaria, sob a epígrafe de “*Plazos de prescripción*”, determina que “*Prescribirán a los cuatro años los siguientes derechos: a) El derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación*”, acrescentando o n.º 1 do artigo 68.º daquela LGT, sob a epígrafe de “*Interrupción de los plazos de prescripción*”, nas suas alíneas a), b) e c), as várias situações, quer sejam da responsabilidade da Administração Tributária, quer sejam do contribuinte, em que se verificam as condições de interrupção dos prazos de prescrição prevista naquela norma.

¹³¹¹ Para se conhecer uma breve análise sobre o conteúdo e alcance da documentação exigível, veja-se GRACIA, EDUARDO, membre du Fórum conjoint sur les prix de transfert; Ashurst, Madrid, e RAMIREZ, JORGE, Ashurst, Madrid, inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada *Prix de transfert*, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, “Chapitre 7”, “Section II”, item 1474, pags. 286.

¹³¹² Aquela documentação tem em vista possibilitar à AT proceder à inspecção das operações vinculadas e aquilatar da sua conformidade com a legislação aplicável, aliás como expressamente reconhece o legislador o n.º 2 do artigo 18.º do RIS ao estabelecer que “*...la documentación a que se refiere esta sección deberá elaborarse teniendo en cuenta la complejidad y volumen de las operaciones, de forma que permita a la Administración comprobar que la valoración de las mismas se ha ajustado a lo previsto en el artículo 16 de la Ley del Impuesto...*” (sublinhado nosso).

¹³¹³ Claramente o legislador assumiu a sua aproximação ao “Código de Conduta da DPT UE”, referindo-o expressamente na sua exposição dos motivos, quer indirectamente na “*Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal*” quando declara que a sua itenção “*...es adaptar la legislación española en materia de precios de transferencia al contexto internacional, en particular a las directrices de I(o) (...) Foro europeo sobre precios de transferencia...*” e concretamente no “*Real Decreto 1793/2008, de 3 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades*”, quando se afirma sem tibiezas de que “*...estas obligaciones están inspiradas (...) en el Código de*

- (i) Uma a que apelidou de “documentação de base (*masterfile*)”; e,
- (ii) Outra que designou de “documentação específica ao país”.

A primeira está integrada na legislação tributária de Espanha através do artigo 19.º do RIS em que se regulamenta a “...*documentación del grupo al que pertenezca el obligado tributario...*” e a segunda no artigo 20.º do RIS em que se regulamenta a “...*documentación del obligado tributario...*”, pretendendo-se com o primeiro conjunto de documentação conhecer-se o grupo, designadamente, a sua política em matéria de preços de transferência em que se inserem as empresas associadas que praticaram entre si as operações vinculadas.

Através do segundo conjunto de documentação pretende-se conhecer a própria empresa associada, designadamente, todos os elementos inerentes à concretas operações vinculadas praticadas e à explicitação da selecção dos métodos de avaliação aplicados, os quais devem ser os mais adequados.

A documentação deve estar disponível para a AT desde o fim do prazo legal de entrega voluntária das declarações para liquidação dos tributos devidos ao Estado, documentação esta que deve em princípio obedecer aos regimes mais simplificados possíveis, ou seja, nas palavras do legislador, deve dar cumprimento ao “...*principio de minoración del coste de cumplimiento...*”¹³¹⁴, traduzível, por exemplo, nas dispensas de documentação constantes dos n.ºs 3 e 4 do artigo 18.º do RIS^{1315 1316} ou

Conducta sobre la documentación relacionada con los precios de transferencia exigida a las empresas asociadas en la Unión Europea, que ha sido fruto de las actividades del Foro Conjunto de la Unión Europea sobre precios de transferencia en el ámbito de la fiscalidad de las empresas asociadas en la Unión Europea...”.

¹³¹⁴ Sobre os princípios oriundos do FCPT aplicáveis à elaboração da documentação, veja-se COSÍN OCHAITA, RAFAEL, “La Nueva Normativa sobre Precios de Transferencia”, Monografías, *Carta Tributaria*, Revista N, º 1, Quincena del 1 al 15 de Ene. 2008, pags. 10, sob o n.º 8.1 “*Documentación – Principios*”, ao referir e desenvolver aí a aplicabilidade dos princípios da proporcionalidade, segurança jurídica, agregação das transacções vinculadas, tradução dos documentos, da necessidade, ou não, da sua actualização, da sua efectivação e finalmente da susceptibilidade da sua fiscalização pela AT.

¹³¹⁵ Os n.ºs 3 e 4 do artigo 18.º do RIS, com a redacção dada pelo *Real Decreto 897/2010*, de 9 de julio, introduziu dispensas de elaboração de documentação específica nas operações vinculadas em relação a certo tipo de contribuintes e de operações vinculadas, conforme consta do seu teor e que passamos a transcrever: “3. No será exigible la documentación prevista en esta Sección a las personas o entidades cuyo importe neto de la cifra de negocios habida en el período impositivo sea inferior a ocho millones de euros, siempre que el total de las operaciones realizadas en dicho período con personas o entidades vinculadas no supere el importe conjunto de 100.000 euros de valor de mercado. Para determinar el importe neto de la cifra de negocios se tendrán en consideración los criterios establecidos en el artículo 108 de la Ley del Impuesto. No obstante, deberán documentarse en todo caso las operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas que residan en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal, excepto que residan en un Estado miembro de la Unión Europea y el sujeto pasivo acredite que las operaciones responden a motivos económicos válidos y que esas personas o entidades realizan actividades económicas.

na desnecessidade da sua não renovação nas condições impostas no n.º 2 do artigo 19.º e do n.º 2 do artigo 20.º, ambos do RIS.

Por último apenas se refere que o objectivo desta documentação é permitir à AT o controlo jurídico-tributário dos preços de transferência praticados nas operações vinculadas para que, como lhe impõe o § 2.º do n.º1 do artigo 16.º da LIS «la Administración tributaria podrá comprobar que las operaciones realizadas entre personas o entidades vinculadas se han valorado por su valor normal de mercado y efectuará, en su caso, las correcciones valorativas que procedan respecto de las

4. Tampoco será exigible la documentación prevista en esta Sección en relación con las siguientes operaciones vinculadas:

a) Las realizadas entre entidades que se integren en un mismo grupo de consolidación fiscal que haya optado por el régimen regulado en el capítulo VII del título VII de la Ley del Impuesto.

b) A las realizadas con sus miembros o con otras entidades integrantes del mismo grupo de consolidación fiscal que haya optado por el régimen regulado en el capítulo VII del título VII de la Ley del Impuesto, por las agrupaciones de interés económico de acuerdo con lo previsto en la Ley 12/1991, de 29 de abril, de agrupaciones de interés económico, y las uniones temporales de empresas, reguladas en la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de empresas y de sociedades de desarrollo industrial regional e inscritas en el registro especial del Ministerio de Economía y Hacienda.

c) Las realizadas en el ámbito de ofertas públicas de venta o de ofertas públicas de adquisición de valores.

d) Las realizadas entre entidades de crédito integradas a través de un sistema institucional de protección aprobado por el Banco de España, que tengan relación con el cumplimiento por parte del referido sistema institucional de protección de los requisitos establecidos en la letra d) del apartado 3 del artículo 8 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros.

e) Las realizadas en el período impositivo con la misma persona o entidad vinculada, cuando la contraprestación del conjunto de esas operaciones no supere el importe de 250.000 euros de valor de mercado. En este cómputo se excluirán las operaciones a que se refieren los números 1.º, 2.º, 3.º y 4.º siguientes de esta letra.

Lo dispuesto en la letra e) anterior no se aplicará cuando:

1.º Se trate de operaciones realizadas con personas o entidades residentes en países o territorios considerados como paraísos fiscales, excepto que residan en un Estado miembro de la Unión Europea y el sujeto pasivo acredite que las operaciones responden a motivos económicos válidos y que esas personas o entidades realizan actividades económicas.

2.º Se trate de operaciones realizadas por contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en el desarrollo de una actividad económica, a la que resulte de aplicación el método de estimación objetiva con sociedades en las que aquellos o sus cónyuges, ascendientes o descendientes, de forma individual o conjuntamente entre todos ellos, tengan un porcentaje igual o superior al 25 por 100 del capital social o de los fondos propios.

3.º La operación consista en la transmisión de negocios o valores o participaciones representativos de la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidades no admitidos a negociación en alguno de los mercados regulados de valores definidos en la Directiva 2004/39/CE.

4.º La operación consista en la transmisión de inmuebles o de operaciones sobre activos que tengan la consideración de intangibles de acuerdo con los criterios contables.

Cuando al obligado tributario le resulte de aplicación lo establecido en el artículo 16.6 de este Reglamento, la no exigencia de las obligaciones de documentación previstas en esta Sección en relación con las prestaciones de servicios profesionales se entenderá sin perjuicio del deber de probar el efectivo cumplimiento de los requisitos establecidos en el citado artículo 16.6."

¹³¹⁶ Entre outros aspectos salienta-se que com esta nova redacção estão dispensados da obrigação de documentação as operações vinculadas realizadas no exercício fiscal desde que não ultrapassem 100.000 Euro e o volume de negócios líquido seja inferior a 8 milhões de euro; Estão também isentas de documentação as operações vinculadas que não ultrapassem 250.000 euro e desde que sejam realizadas ente os mesmos Sujeitos Passivos associados. Chama-se contudo a atenção de que esta dispensa não existe, entre outros aspectos, quando as operações vinculadas incluem, regra geral, Sujeitos Passivos associadas que se localizem em paraísos fiscais.

operaciones sujetas a este Impuesto (...) que no hubieran sido valoradas por su valor normal de mercado, con la documentación aportada por el sujeto pasivo y los datos e información de que disponga»”.

○ **Os Acordos Prévios sobre os Preços de Transferência (APP)**

APP – ACORDOS PRÉVIOS SOBRE OS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA	Unilaterais
	Bilaterais
	Multilaterais

QUADRO N.º 92

A LIS prevê, no n.º 7 do artigo 16.º, a possibilidade de celebração de APP¹³¹⁷, quer unilaterais, isto é, em que sejam partes do mesmo apenas contribuintes e AT, ou multilaterais, ou seja, em que os mesmos sejam alargados a outra ou outras Administrações Tributárias estrangeiras, designadamente de Estados-membros da UE, e cujo procedimento administrativo relativamente à sua celebração está regulamentado pelo RIS no “Capítulo VI”, sob a epígrafe “*Acuerdos de valoración previa de operaciones entre personas o entidades vinculadas*”, nos artigos 22.º a 29.º nonies, dedicando-se especialmente aos APP que envolvam outros Países os artigos 29.º quater a 29 nonies.

Com estes APP pretendem as partes, empresas envolvidas e Administrações Tributárias¹³¹⁸, essencialmente as primeiras, obter certeza jurídica prévia quanto aos métodos de determinação dos preços de transferência, cuja durabilidade poderá atingir os quatro anos seguintes à data da sua celebração, apesar de ser admitida a possibilidade de inclusão de uma cláusula de *Roll-back*, aplicando-se aquele APP ao

¹³¹⁷ Sobre as regras disciplinadoras dos APP no Direito Tributário de Espanha veja-se a análise feita por GRACIA, EDUARDO, membre du Fórum conjoint sur les prix de transfert; Ashurst, Madrid e RAMIREZ, JORGE, Ashurst, Madrid, inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada *Prix de transfert*, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, “Chapitre 7”, “Section II”, item 1479, pags. 288.

¹³¹⁸ Esta segurança jurídica para as Administrações Tributárias densifica-se no conhecimento prévio que lhes dá a celebração daquele “contrato fiscal” em ter a “certeza” que os contribuintes irão valorar os seus preços de transferência em função do que acordaram, e de boa fé irão cumprir as suas obrigações fiscais, designadamente a determinação da matéria colectável e consequente pagamento dos impostos, sendo em consequência facilitadas as tarefas da AT que se limitará a verificar, em sede de inspecção, o cumprimento das premissas estabelecidas, ou seja, a celebração dos APP apresentam como vantagem final, além daquela certeza jurídica em relação ao exercícios em que vigoram, uma diminuição dos custos de conformidade que as eventuais inspecções da AT acarretariam quer para os contribuintes, quer para as próprias AT.

exercício fiscal em curso e àquele imediatamente anterior desde que ainda não tenha decorrido o prazo legal para a apresentação de declaração de impostos respectiva.

Evidentemente que se ao longo da sua vigência houverem causas susceptíveis de modificarem as premissas em que assentou a negociação do APP, e que nele foram vertidas, é possível às empresas vinculadas apresentarem um pedido de alteração às regras de avaliação dos preços de transferência, ou seja, podem por esta via ser alterados os APP, sendo igualmente admitida a sua prorrogação a pedido do Sujeito Passivo^{1319 1320}.

A negociação de APP, independentemente da sua fase, entre os contribuintes e a Administração Tributária de Espanha não fica sujeita ao pagamento de qualquer valor monetário¹³²¹.

¹³¹⁹ Para um análise sobre as premissas e tramitação do procedimento na celebração dos APP, assim como as consequências para as partes pela sua celebração, veja-se, entre outros, COSÍN OCHAITA, RAFAEL, “La Nueva Normativa sobre Precios de Transferencia”, Monografias, *Carta Tributaria, Revista N.º 1*, Quincena del 1 al 15 de Ene. 2008, pags. 17 e 18, sob o n.º 11, *Procedimiento de acuerdo previo de valoración de operaciones*.

¹³²⁰ Referem ALEJANDRO ESCODA, PEDRO AMAT e ALEXANDRE IBÁÑEZ, Cuatrecasas Abogados, Barcelona, *Transfert Pricing Database*, INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION, IBFD, item 11.3.4. *Processe*, sobre os preços de transferência em “Spain”, no sitio da Internet www.ibfd.org, que “Finally, as of 31 December 2007, 20 APAs were successfully approved”, acrescentando no item 11.3.10. *Number of APA requests and APAs concluded* que “During 2007, 18 APA applications were received, 15 were approved, none were denied and 5 were withdrawn by the taxpayer.”, ou seja, pretendem estes autores demonstrar um crescente dinamismo na implementação dos APP em Espanha.

¹³²¹ Neste sentido escrevem ALEJANDRO ESCODA, PEDRO AMAT e ALEXANDRE IBÁÑEZ, Cuatrecasas Abogados, Barcelona, *Transfert Pricing Database*, INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, item 11.3.12. *APA fee*, sobre os preços de transferência em “Spain”, no sitio da Internet www.ibfd.org, que os “Taxpayers do not have to pay a fee in order to apply for an APA”.

○ **As penalizações**

PENALIZAÇÕES		
Características das infracções	As correcções não originam qualquer aumento valorativo	Multa de 1.500 euro por cada dado e de 15.000 euro cada conjunto de dados, omitidos, inexactos ou falsos e relacionados com cada uma das obrigações documentais, e para cada grupo ou entidade que é considerado Sujeito Passivo
	As correcções originam aumento valorativo	Multa proporcional a 15% sobre o valor da correcção dos preços de transferência, com um mínimo igual ao dobro da multa aplicável caso não houvesse lugar a aumento valorativo
	Redução das penas	As multas poderão ser reduzidas se os Sujeitos Passivos não contestarem a avaliação dos preços de transferência levada a cabo pela Administração Tributária e se aceitarem e ou pagarem de imediato as multas

QUADRO N.º 93

As normas jurídicas, como regras de comportamento integradas nos ordenamentos jurídicos, designadamente juridico-tributários, caracterizadas pela imposição das suas consequências jurídicas na esfera jurídica dos sujeitos da relação jurídica, devem comportar em si as desvantagens para os agentes incumpridores, ou seja, devem integrar as sanções que os mesmos suportarão em consequência de seu incumprimento. Impondo a LIS e o RIS a obrigação de conformação dos preços de transferência praticados pelas empresas associadas em relação às operações vinculadas, seria imperioso que integrasse um regime sancionatório aplicável aos prevaricadores, o que faz através da inclusão das sanções previstas no n.º 10 do artigo 16.º da LIS, prevendo-se:

(i) Penalizações relacionadas com as obrigações documentais¹³²² – primeira parte do corpo daquele n.º 10; e,

(ii) Penalizações relacionadas com as correcções valorativas nos preços de transferência evidenciados nas declarações de rendimentos – segunda parte do corpo daquele n.º 10¹³²³ –, infracção esta considerada grave - terceira parte do corpo daquele n.º 10.

As penalizações a estas infracções são variáveis e aplicáveis pela seguinte forma:

¹³²² O legislador estabelece que considera infracções tributárias os factos de os contribuintes (1) “...no aportar...” (2) “...o aportar de forma incompleta...” (3) “...inexacta...” (4) “...con datos falsos...” “...la documentación que (...) deban mantener a disposición de la Administración tributaria...”.

¹³²³ O legislador considera igualmente que se pratica uma infracção tributária quando “...el valor normal de mercado que se derive de la documentación prevista en este artículo y en su normativa de desarrollo no sea el declarado en el Impuesto...” pelos contribuintes vinculados.

(i) Na eventualidade de não serem praticados quaisquer ajustamentos na matéria colectável, pelas faltas praticadas relativamente à documentação haverá lugar a uma penalização de 1.500 (mil e quinhentos) euro por cada dado ou de 15.000 (quinze mil) euro por cada conjunto de dados omitidos, inexactos ou falsos; e,

(ii) Na eventualidade da AT proceder a correcções valorativas, os Sujeitos Passivos ficarão sujeitos a sanções pecuniárias correspondentes a 15% (quinze por cento) do valor daquelas correcções valorativas, impondo-se como mínimo sancionatório, na eventualidade desta correcção estar ligada com falta de cumprimento das obrigações documentais, o dobro da sanção que corresponda à falta de cumprimento daquelas obrigações documentais^{1324 1325}.

¹³²⁴ Para uma análise sobre o regime sancionatório vejam-se entre outros (i) GRACIA, EDUARDO, membre du Fórum conjoint sur les prix de transfert; Ashurst, Madrid, e RAMIREZ, JORGE, Ashurst Madrid, inserta na publicação feita pelas EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, em concreto a obra intitulada *Prix de transfert*, da autoria de DOUVIER, PIERRE-JEAN; GIBERT, BRUNO; GELIN, STÉPHANE; LE BOULANGER, ARNAUD, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008, "Chapitre 7", "Section II", item 1476 a 1478, pags. 286 a 288, e (ii) COSÍN OCHAITA, RAFAEL, "La Nueva Normativa sobre Precios de Transferencia", Monografias, *Carta Tributaria, Revista N.º 1*, Quincena del 1 al 15 de Ene. 2008, pags. 18 e 19, sob o n.º 12, "Régime sancionador".

¹³²⁵ Acerca do regime sancionatório escrevem RAMON LOPEZ de HARO e MÁRIO ORTEGA CALLE, Garrigues, Taxand Spain, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2009 Edition and Transfer Pricing, IBFD TAX TRAVEL COMPANIONS, Amsterdam, Netherlands, 2009, sobre a análise que fazem no item 10. *Penalties*, integrado na descrição sobre o regime jurídico-tributário dos preços de transferência em Espanha, pags. 478, que "The legislation provides for specific penalties on transfer pricing assessments, distinguishing between penalties if a correction in value is applicable and if not. If a correction in value is applicable, the penalty will be equal to 15% of the difference between the agreed value and the market value, with a minimum equal to double the penalty applicable if a correction in value is not applicable. If a correction in value is not applicable, the penalty will consist of a fixed fine of EUR 1,500 for each item of data and EUR 15,000 for each set of data omitted, inaccurate or untrue relating to each one of the documentation obligations established by CIT Regulations for the group or for each entity in its capacity as a taxpayer. The penalties may be reduced if the assessment is signed on an uncontested basis and the penalties are accepted and/or paid promptly".

iii. **O regime jurídico da tributação dos preços de transferência em PORTUGAL**

○ **Introdução**

A legislação juridico-tributária Portuguesa integra no seu seio regulamentação específica sobre o modo de valoração dos preços de transferência praticados por empresas associadas relativamente às suas transacções vinculadas, através da disciplina genérica que é feita no artigo 63.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas – CIRC, sob a epígrafe de “Preços de transferência” e desenvolvida pela Portaria n.º 1446-C/2001, de 23 de Dezembro, que “Regula os preços de transferência nas operações efectuadas entre um sujeito passivo de IRS e de IRC e qualquer outra entidade”.

O legislador assegura na sua exposição justificativa das linhas directrizes que imprimiu àquela legislação que teve em mente fazer um alinhamento com o amplo consenso internacional sobre a valoração das operações vinculadas pelo princípio da plena concorrência praticado por empresas independentes, princípio este que serve de mote aos modelos de convenção da OCDE e das Nações Unidas, assim como o alinhamento aos princípios directores da OCDE¹³²⁶, dando-se também por esta via resposta aos compromissos assumidos de eliminação da dupla tributação nas CDT por si celebradas.

Este alinhamento com as directrizes da OCDE tem como consequência que a interpretação e aplicação legal, quando para tal se mostre necessário face à complexidade das situações em análise, se deverá fazer tendo em atenção aquelas regras internacionais, ou seja, podemos concluir que as mesmas devem ser consideradas como direito subsidiário para resolução dos casos em que o direito fiscal Português não consiga dar uma solução pronta e inegável¹³²⁷.

¹³²⁶ Estes princípios estão vertidos, aliás com já amiúde fizemos referência, na publicação “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”, *CADERNOS DE CIÊNCIA e TÉCNICA FISCAL*, n.º 189, Lisboa, 2002.

¹³²⁷ Na introdução feita da Portaria n.º 1446-C/2001, o legislador é claro nas suas opções ao sugerir aos intérpretes que “...nos casos de maior complexidade técnica, é [seja] aconselhável a consulta dos relatórios da OCDE que desenvolvem esta matéria...”.

Igualmente é entendido que, não sendo os preços de transferência uma ciência exacta e desenvolvendo-se os mesmos no seio de uma cada vez crescente globalização da empresas e dos negócios, as suas regras disciplinadoras não permitem uma actuação com rigor e precisão, apanágio só possível de concretização pelas designadas ciências exactas, facto que, como iremos ver em seguida, leva a que o legislador determine, e bem, que se os preços de transferência se situarem dentro de um intervalo de plena concorrência devam ser considerados correctamente calculados e aplicados^{1328 1329}.

Vamos passar em revista os principais pontos do regime jurídico-tributário dos Preços de Transferência em Portugal e, para uma melhor pré-visualização, inserimos um quadro representativo das temáticas que desenvolveremos.

¹³²⁸ Não podemos deixar de plasmar aqui este trecho introdutório daquela Portaria n.º 1446-C/2001, em que claramente se assume a complexidade técnica desta matéria e, por tal, é evidente, aliás como o faz a OCDE nas recomendações constantes das suas directivas, que quando o preço de transferência caia dentro de uma margem negocial que “o homem médio e diligente de negócios” aceitaria como boa e dentro de uma perspectiva de sã negociação, não devem aqueles valores serem fiscalmente modificáveis, e por isso o legislador reconhece que “...*importa sublinhar que as regras sobre preços de transferência não permitem actuar com o rigor e a precisão próprios de uma ciência exacta, porquanto a fiabilidade dos resultados obtidos com a aplicação das metodologias preconizadas para a determinação dos termos e condições que seriam normalmente aceites ou praticados numa operação comparável entre partes independentes depende, em grande medida, de análises complexas e elaboradas, em que entra um grande número de variáveis, da disponibilidade e facilidade de recolha de dados comparáveis externos e do maior ou menor apelo a critérios de índole subjectiva e aos pressupostos básicos assumidos...*”, resultando explicitamente daqui que quando aqueles preços de transferência praticados caiam dentro dos “intervalos de plena concorrência” os mesmos não podem ser objecto de qualquer modificação.

¹³²⁹ Todas as diversas justificações apresentadas pelo legislador, e que expusemos abreviadamente, encontra-se amplamente desenvolvida na motivação da Portaria n.º 1446-C/2001.

PORTUGAL				
CONCEITO DE EMPRESAS ASSOCIADAS	É um conceito indeterminado em que se estabelece que tal facto existe sempre que uma entidade tenha a capacidade de exercer, directa ou indirectamente, uma influência nas decisões de gestão de outra e que possam provocar um domínio sobre a política de preços de transferência, e assim elenca, a título exemplificativo, situações que integram este conceito e que são susceptíveis de exercitar essa influencia na valoração dos preços de transferência			
	SITUAÇÕES TIPIFICADAS	1	Detenção do capital societário a partir de 10%, de forma directa, indirecta, por relações de casamento e parentesco, quer por terceiros sobre ambas as entidades associadas	
		2	O domínio sobre os órgãos da administração de uma entidade sobre outra, de forma directa ou indirecta, quer por relações de casamento e parentesco, quer por terceiros sobre ambas as entidades associadas	
		3	O domínio por relações contratuais, profissionais, comerciais, financeiras ou jurídicas, de forma directa ou indirecta, ou de dependência na cessão ou cedência da propriedade intelectual, industrial, know-how, fornecimento de matérias-primas, compra ou venda de bens e serviço	
MÉTODOS APLICÁVEIS	Métodos Tradicionais	1	Método do Preço Comparável de Mercado	
		2	Método do Preço de Revenda Minorado	
		3	Método do Custo Majorado	
	Métodos sobre os Lucros	4	Método do Fraccionamento do Lucro	
		5	Método da Margem Líquida da Operação	
	Qualquer outro Método que seja conforme com o princípio <i>arm's lenght</i>			
HIERARQUIA DE MÉTODOS	Regra do Melhor Método		É imposta a obrigação de escolher o método, ou o conjunto de métodos, que melhor determine, em cada caso concreto, o preço de transferência	
AJUSTAMENTOS	Ajustamento primário		Sim	
	Ajustamento correlativo		Sim	
	Operação secundária e Ajustamento secundário		Não	
	Prazo máximo De Caducidade		Geral – 4 anos Dedução de prejuízos – 6 anos Instauração de inquérito criminal – o prazo geral é alargado até ao arquivamento ou trânsito em julgado da sentença, acrescido de 1 ano Excepção: Os prazos podem sofrer interrupções na sua contagem	
DOCUMENTAÇÃO – Obrigação de manter documentação comprovativa			Sim	
APP – ACORDOS PRÉVIOS SOBRE OS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA			Unilaterais	
			Bilaterais	
			Multilaterais	
PENALIZAÇÕES	Características das Infracções	Recusa de entrega, de exibição ou de apresentação de documentos fiscalmente relevantes	Tipo de infracção	Negligente: Coima variável entre €250 e €50.000
				Dolosa: Coima variável entre €500 e €100.000
		Falsificação, viciação e alteração de documentos fiscalmente relevantes	Tipo de infracção	Negligente: Coima variável entre €500 e €25.000
				Dolosa: Coima variável entre €1.000 e €50.000
		Omissões e inexactidões nas declarações ou em outros documentos fiscalmente relevantes	Tipo de infracção	Negligente: Coima variável entre €500 e €30.000
				Dolosa: Coima variável entre €1.000 e €60.000
Os responsáveis pela sociedade (e.g. gerentes)		Não são sujeitos a qualquer coima cumulativamente com a sociedade		

QUADRO N.º 94

○ **Conceito de empresas associadas**

CONCEITO DE EMPRESAS ASSOCIADAS	É um conceito indeterminado em que se estabelece que tal facto existe sempre que uma entidade tenha a capacidade de exercer, directa ou indirectamente, uma influência nas decisões de gestão de outra e que possam provocar um domínio sobre a política de preços de transferência, e assim elenca, título exemplificativo, situações que integram este conceito e que são susceptíveis de exercer essa influência na valoração dos preços de transferência		
	SITUAÇÕES TIPIFICADAS	1	Detenção do capital societário a partir de 10%, de forma directa, indirecta, por relações de casamento e parentesco, quer por terceiros sobre ambas as entidades associadas
		2	O domínio sobre os órgãos da administração de uma entidade sobre outra, de forma directa ou indirecta, quer por relações de casamento e parentesco, quer por terceiros sobre ambas as entidades associadas
		3	O domínio por relações contratuais, profissionais, comerciais, financeiras ou jurídicas, de forma directa ou indirecta, ou de dependência na cessão ou cedência da propriedade intelectual, industrial, <i>know-how</i> , fornecimento de matérias-primas, compra ou venda de bens e serviço

QUADRO N.º 95

O conceito de existência de relações especiais entre partes é fornecida pelo legislador através de um conceito indeterminado inserido no n.º 4 do artigo 63.º do CIRC, ao estabelecer que tal existe sempre que uma entidade tenha capacidade de exercer, directa ou indirectamente, uma influência nas decisões de gestão da outra, elencando nas sua várias alienas hipóteses de densificação concreta em que essa influência se verifica, sem que contudo nelas se esgote^{1330 1331}.

Aquela densificação normativa indica-nos que estamos perante o domínio de uma entidade sobre outra quando:

(i) A detenção do capital de uma sociedade é igual ou superior a 10%, quer se faça de forma directa, quer de forma indirecta, quer por relações de casamento ou de parentesco entre os detentores do capital, quer ainda por um terceiro que têm aquele domínio sobre todas as entidades envolvidas;

(ii) Os órgãos de administração de uma entidade são directa ou indirectamente nomeados pela outra, ou ainda quando haja uma maioria dos seus órgãos que seja

¹³³⁰ Atente-se no teor do n.º 1 do artigo 63º do CIRC, sob a epígrafe “Preços de Transferência”, em que se disciplina que “Nas operações comerciais, incluindo, designadamente, operações ou séries de operações sobre bens, direitos ou serviços, bem como nas operações financeiras, efectuadas 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”. O legislador criou aqui um conceito indeterminado ao incluir ali o termo “designadamente”.

¹³³¹ Para uma análise detalhada sobre o conceito de empresas associadas, vejam-se GLÓRIA TEIXEIRA, Professora, Faculty of Law, University of Porto, Director of the Juridical and Economic Research Centre (CIJE), University of Porto, e RITA TAVARES de PINA, Director of the Global Transfer Pricing Services, PricewaterhouseCoopers, New York, Researcher of the Juridical and Economic Research Centre (CIJE), University of Porto, *Transfert Pricing Database*, INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, item 2.6. *Concepts of “associated enterprises” and “control”*, sobre os preços de transferência de “Portugal”, no sitio da Internet www.ibfd.org,

nomeada ou susceptível de ser influenciada na tomada das suas decisões, quer directamente, quer indirectamente, pela outra, ou por um terceiro sobre ambas, ou ainda quando entre aqueles órgãos haja pessoas ligadas por vínculos de casamento ou de parentesco, ou em que uma entidade pode condicionar a gestão da outra ou são ambas condicionadas por terceiros;

(iii) Entre as entidades, por contratos, por relações comerciais, profissionais, financeiras ou jurídicas, sejam, directa ou indirectamente estabelecidas ou praticadas condições de dependência, por exemplo na dependência da cessão ou cedência de propriedade industrial, intelectual ou de *know-how*, de fornecimento de matérias-primas, venda ou compra de bens, e serviços¹³³².

○ **Métodos de determinação dos preços de transferência**

MÉTODOS DE DETERMINAÇÃO DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA			
Métodos Aplicáveis	Métodos Tradicionais	1	Método do Preço Comparável de Mercado
		2	Método do Preço de Revenda Minorado
		3	Método do Custo Majorado
	Métodos sobre os Lucro	4	Método do Fraccionamento do Lucro
		5	Método da Margem Líquida da Operação
	Qualquer outro Método que seja conforme com o princípio <i>arm's length</i>		
Hierarquia de métodos	Regra do Melhor Método	É imposta a obrigação de escolher o método, ou o conjunto de métodos, que melhor determine em cada caso concreto o preço de transferência	

QUADRO N.º 96

A primeira nota digna de relevo no sistema jurídico-tributário Português é que, apesar de se assumir que o mesmo segue as linhas directrizes da OCDE sobre esta temática assim como os rumos dados pelas diversas legislações dos países mais desenvolvidos nesta temática, o legislador não utiliza um critério de hierarquização dos métodos aplicáveis à determinação dos preços de transferência, antes prefere que seja adoptado pelo intérprete-aplicador o princípio do método mais favorável, inclusive chegando a impor a utilização de mais que um método, quando, através da aplicação de um só não se chegue a resultados que se mostrem absolutamente fiáveis¹³³³.

¹³³² Neste sentido vejam-se FERNANDO CASTRO SILVA e TIAGO CASSIANO NEVES, Garrigues, Taxand Portugal, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2009 Edition and Transfer Pricing, IBFD TAX TRAVEL COMPANIONS, Amsterdam, Netherlands, 2009, sobre a análise que fazem no item 2.3 *Meaning of control and associated persons*, integrado na descrição sobre o regime jurídico-tributário dos preços de transferência em Portugal, pags. 444 e 445.

¹³³³ É assumido na introdução expositiva dos motivos constantes da Portaria n.º 1446-C/2001 que há "...obrigatoriedade de recurso ao método mais apropriado para cada operação, por se revelar mais apto a produzir a melhor estimativa de um preço independente e assegurar o mais elevado grau de compatibilidade entre operações vinculadas e operações entre partes independentes, tomando em linha

Este sentido de imposição do “método mais favorável” que a cada caso se deva aplicar tendo em vista encontrar o “melhor preço de transferência” deriva do n.º 2 do artigo 63.º do CIRC ao impor que «o sujeito passivo deve adoptar (...) o método ou métodos susceptíveis de assegurar o mais elevado grau de comparabilidade», princípio este densificado na Portaria n.º 1446-C/2001 nos nºs 1 e 2 do artigo 4.º ao estabelecer que «o sujeito passivo deve adoptar (...) o método mais apropriado a cada operação ou série de operações», considerando o legislador que tal princípio se traduz na «opção pelo método mais apto a proporcionar o mais elevado grau de comparabilidade entre as operações vinculadas e outras não vinculadas e entre as entidades seleccionadas».

Isto é, estamos aqui sempre perante uma imensa instabilidade sobre qual será o melhor método a que os contribuintes podem deitar a mão para assegurar fiscalmente que os seus preços de transferência são aqueles que melhor se coadunam com o princípio *at arm's length*, facto que inclusive lhes impõe o ónus de procurarem a confirmação desses preços de transferência até pela aplicabilidade de mais que um método, isto é, o recurso a métodos confirmativos dos métodos utilizados, imposição jurídica plasmada no n.º 4 do artigo 4.º, acima referido, quando obriga os contribuintes que «sempre que existam dúvidas fundadas acerca da fiabilidade dos valores que seriam obtidos com a aplicação de um dado método (...) deve tentar confirmar tais valores mediante a aplicação de outros métodos, de forma isolada ou combinada», isto é, os contribuintes¹³³⁴ estão sempre sob uma inconstante incerteza que os métodos por si aplicados, e os resultados obtidos, se traduziram na melhor opção¹³³⁵.

de conta os factos e circunstâncias do caso concreto, o conjunto dos dados disponíveis e a fiabilidade relativa dos vários métodos...”.

¹³³⁴ O n.º 4 do artigo 63.º do CIRC estabelece uma noção ampla de contribuintes que ficam sujeitos ao regime jurídico dos Preços de transferência, ao impor que tal desiderato deve ser cumprido por todos aqueles “...em que existem relações especiais entre duas entidades nas situações em que uma tem o poder de exercer, directa ou indirectamente, uma influência significativa nas decisões de gestão da outra, o que se considera verificado, designadamente, entre...”, isto é, entendeu o legislador que os regime dos Preços de transferência deve ser aplicado sempre que uma entidade – pessoa jurídica ou física – tenha capacidade de exercer o seu poder de influência significativa sobre outra, e por tal tenha capacidade de modificar a base tributável gerada nas operações entre si levadas a cabo, elencando em seguida um conjunto específico de situações em que entendeu que aquele poder de influência significativa se manifesta, casos estes vertidos nas alíneas a) a h) daquele número, e entre os quais se incluem as empresas que integram grupos plurilocalizados em mais que um país, designadamente as alíneas d), e) g) e h).

¹³³⁵ Efectivamente, estando sempre a Administração Tributária Portuguesa, – Direcção-Geral dos Impostos, também conhecida pela sigla DGCI –, imbuída da faculdade potestativa de controlar fiscalmente a actividade empresarial dos seus sujeitos passivos, logicamente que poderá entender que o método utilizado pelo contribuinte não é aquele que melhor determinaria o preço de transferência e, ou até, entender que no caso concreto deveria ser aplicado mais que um método para conhecer da fiabilidade dos resultados alcançados, isto é, dentro do prazo da caducidade, ou seja, dentro daquele prazo em que poderá calcular e impor aos contribuintes os seus tributos, as empresas associadas nunca

De acordo com o regime jurídico-tributário são susceptíveis de serem aplicados os seguintes métodos tradicionais, constantes da alínea a) do n.º 3 do artigo 63.º do CIRC, a saber:

(i) Método do Preço Comparável de Mercado, “*Comparable Uncontrolled Price Method*” – “*CUP*”¹³³⁶;

(ii) Método do Preço de Revenda Minorado, “*Resale Price Method*” – “*RPM*”¹³³⁷;

(iii) Método do Custo Majorado, “*Cost Plus Method*” – “*CPM*”¹³³⁸.

E ainda os métodos baseados nos lucros e constantes da alínea b) daquele n.º 3, a saber:

(iv) Método do Fraccionamento do Lucro “*Profit Split Method*” - “*PSM*”^{1339 1340};

(v) Método da Margem Líquida da Operação “*Transactional Net Margin Method*” – “*TNMM*”¹³⁴¹; assim,

(vi) Qualquer outro Método Mais Apropriado¹³⁴². Isto é, traduz-se daqui que todo e qualquer método que seja susceptível de, no caso concreto, demonstrar o preço de transferência que melhor defina as condições de plena concorrência, será aquele que deve ser o eleito, quer pelos Sujeitos Passivos aquando da realização das operações vinculadas, quer pela DGCI aquando do controlo fiscal que faça àquelas operações¹³⁴³.

têm a certeza sobre a aceitação ou não dos seus preços de transferência pela DGCI, o que é um motivo de insegurança e incerteza jurídica.

¹³³⁶ Para se conhecer o seu desenvolvimento legislativo veja-se o artigo 6.º da Portaria n.º 1446-C/2001.

¹³³⁷ Veja-se o seu desenvolvimento legislativo no artigo 7.º da Portaria n.º 1446-C/2001.

¹³³⁸ Para se conhecer o seu desenvolvimento legislativo veja-se o artigo 8.º da Portaria n.º 1446-C/2001.

¹³³⁹ Veja-se o seu desenvolvimento legislativo no artigo 9.º da Portaria n.º 1446-C/2001.

¹³⁴⁰ O Método do Fraccionamento do Lucro “*Profit Split Method*” – “*PSM*” pode ser concretizado através de duas variáveis diferentes, ou seja, (i) pode-se partir para uma determinação do lucro global obtido e seguidamente fraccioná-lo entre as entidades vinculadas, ou então (ii) dividir esse lucro global pelas entidades vinculadas recorrendo a dois sub-fraccionamentos, a saber-se: (ii – a) atribuição a cada um das entidades associadas uma fracção que represente a sua remuneração apropriada e representativa daquela que seria normalmente obtida em face do tipo concreto de operação vinculada, seguida da outra operação (ii – b) em que se pretende atribuir o lucro ou prejuízo residual a cada uma daquelas entidades associadas e que seja representativa do valor da sua função contributiva para a operação vinculada em causa. Para o seu conhecimento concreto vejam-se as alíneas a) e b) do n.º 3 do artigo 9.º da Portaria n.º 1446-C/2001.

¹³⁴¹ Veja-se o seu desenvolvimento legislativo no artigo 10.º da Portaria n.º 1446-C/2001.

¹³⁴² O regime dos preços de transferência Português trilhou o caminho do regime dos EUA que prevêem, como aliás já oportunamente referenciamos, a aplicabilidade de “Qualquer outro Método Razoável” e subjacente ao «princípio do melhor método» admitido no direito tributário americano, impondo-se apenas que qualquer outro método escolhido deva ter em conta o princípio geral segundo o qual os contribuintes independentes avaliam sempre as condições das transacções que vão praticar tendo em conta as alternativas realistas das mesmas, e assim, eles só procederão a uma concreta transacção desde que não tenham outras alternativas melhores, aliás como resulta do seu (§ 1.482 – 4 (d) do IRC).

¹³⁴³ Estes métodos são novamente referenciados na Portaria n.º 1446-C/2001, através das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 4.º, impondo-se ali o recurso ao «princípio do melhor método» ao estabelecer-se que se deve recorrer a qualquer “...outro método apropriado aos factos e às circunstâncias específicas de cada operação que satisfaça o princípio enunciado no n.º 1 do artigo 1.º desta portaria, quando os métodos referidos na alínea anterior não possam ser aplicados ou, podendo sê-lo, não permitam obter a medida

Os 5 (cinco) métodos explicitamente enunciados, quer nas alíneas a) e b) do n.º 3 do artigo 63.º do CIRC, quer nas alíneas a) e b) do n.º 4 do artigo 4.º da Portaria n.º 1446-C/2001, são desenvolvidos neste último diploma nos artigos 6.º a 10.º, com a particularidade de o legislador ter optado por utilizar primeiramente a comparabilidade interna e só depois ter partido para a busca de comparáveis externas, excepção feita no Método do Fraccionamento do Lucro em que deliberadamente assumiu que a repartição do lucro global a repartir deve ser desde logo «tomando como referência dados externos fiáveis» (sublinhado nosso)¹³⁴⁴. Ou seja, fica demonstrado pela regra geral extraída das normas regulamentadoras daqueles 4 (quatro) métodos de determinação dos preços de transferência – a utilização preferencialmente do «princípio das comparáveis internas» –, de que com estas regras tem-se intenção sobretudo de evitar a evasão fiscal, ao pretender que as empresas associadas não atribuam preços de transferência às suas operações vinculadas de forma diferente daqueles que atribuiriam às mesmas operações que praticam com entidades independentes¹³⁴⁵.

Facto importante, e digno de registo, traduz-se na aceitação plena pelo legislador Português de que os preços de transferência têm uma componente subjectiva elevada e evidenciada pela consideração explícita de que não estamos perante uma ciência exacta, e por tal assumiu perfeitamente no n.º 5 do artigo 4.º da Portaria n.º 1446-C/2001 de que «se, no âmbito de aplicação de um método, a utilização de duas ou mais operações não vinculadas comparáveis ou a aplicação de mais de um método considerado igualmente apropriado conduzir a um intervalo de valores que assegurem um grau de comparabilidade razoável, não se torna necessário proceder a qualquer

mais fiável dos termos e condições que entidades independentes normalmente acordariam, aceitariam ou praticariam...» (sublinhado nosso), ou seja, estamos perante uma porta aberta à discricionariedade.

¹³⁴⁴ Determina o n.º 2 do artigo 9.º da Portaria n.º 1446-C/2001 que na comparabilidade da determinação do lucro global a repartir pelas operações vinculadas realizadas entre entidades associadas intervenientes se deve “...toma[r] como referência dados externos fiáveis que indiquem como é que entidades independentes exercendo funções comparáveis, utilizando o mesmo tipo de activos e assumindo riscos idênticos teriam avaliado as suas contribuições...”.

¹³⁴⁵ A intenção de lutar contra a evasão fiscal através da política fiscal dos preços de transferência é um dos paradigmas assumidos pelo legislador a expor na sua motivação na Portaria n.º 1446-C/2001 e que “...o princípio de plena concorrência (...) permite (...) neutralizar certas práticas de evasão fiscal e assegurar a consequente protecção da base tributável interna...” (sublinhado nosso). Esta comparabilidade interna é assumida naqueles normativos e, a título meramente ilustrativo, trazemos aqui o «princípio da comparabilidade interna» vertido na alínea a) do n.º 2 do artigo 6.º desta Portaria, em que se estabelece que “...este método por ser utilizado (...) quando o sujeito passivo ou uma entidade pertencente ao mesmo grupo realiza uma transacção da mesma natureza (...) com uma entidade independente...”, não esquecendo também que é necessário atender-se à similitude, quer das operações, quer das empresas envolvidas, e por isso impõe que se deva ter em atenção se estamos perante o “...mesmo ou em mercados similares que tenha por objecto um serviço ou produto idêntico ou similar, em quantidade ou valor análogos (...) e em termos e condições substancialmente idênticos...”.

correção, caso as condições relevantes da operação vinculada, nomeadamente o preço ou a margem de lucro, se situarem dentro desse intervalo» (sublinhado nosso).

○ **Os Ajustamentos**

AJUSTAMENTOS	Ajustamento primário	Sim
	Ajustamento correlativo	Sim
	Operação secundária e Ajustamento secundário	Não
	Prazo máximo de caducidade	Geral – 4 anos Dedução de prejuízos – 6 anos Instauração de inquérito criminal – o prazo geral é alargado até ao arquivamento ou trânsito em julgado da sentença, acrescido de 1 ano Excepção: Os prazos podem sofrer interrupções na sua contagem

QUADRO N.º 97

i. **Os ajustamentos admitidos**

A legislação tributária Portuguesa prevê expressamente que a sua Administração Tributária proceda aos ajustamentos necessários, levados a cabo através do exercício do seu direito de inspecção aos sujeitos tributários, quando as empresas associadas não tenham acordado as suas operações vinculadas de acordo com o princípio da plena concorrência, impondo-se, então, que aquelas operações praticadas com empresas associadas estrangeiras sejam sujeitas às correções necessárias para alcançar tal fim, como impõe explicitamente o artigo 3.º n.º 2 da Portaria n.º 1446-C/2001^{1346 1347}.

É assim, em resultado de uma imposição legal, que a Administração Tributária Portuguesa está vinculada à correção dos rendimentos tributários das empresas que tenham determinado, em baixa, o seu lucro sujeito a tributação, e resultante de

¹³⁴⁶ O n.º 2 do artigo 3.º da Portaria n.º 1446-C/2001, de 21 de Dezembro, com a epígrafe “Ajustamentos ao lucro tributável”, dispõe que: “quando os termos e condições de uma operação vinculada em que intervenha um sujeito passivo e uma entidade residente em território português difiram dos que seriam normalmente acordados, aceites ou praticados entre entidades independentes, a Direcção-Geral dos Impostos pode efectuar as correções ao lucro tributável que sejam necessárias para que o respectivo montante corresponda ao que teria sido obtido se a operação se tivesse processado numa situação normal de mercado”.

¹³⁴⁷ Para uma análise detalhada sobre os ajustamentos derivados da aplicabilidade do princípio *at arm's length* aos preços de transferência, vejam-se GLÓRIA TEIXEIRA, Professor, Faculty of Law, University of Porto, Director of the Juridical and Economic Research Centre (CIJE), University of Porto, e RITA TAVARES de PINA, Director of the Global Transfer Pricing Services, PricewaterhouseCoopers, New York, Researcher of the Juridical and Economic Research Centre (CIJE), University of Porto, *Transfer Pricing Database*, INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, no item 9.5. *Adjustments*, sobre os preços de transferência de “Portugal”, no sítio da Internet www.ibfd.org,

operações vinculadas praticadas com empresas vinculadas estrangeiras, impondo-se também que efectue o competente ajustamento correlativo, que a pedido do contribuinte pode ser objecto de um procedimento amigável para obtenção de um acordo mútuo para eliminação, ou diminuição, da dupla tributação internacional, desde que para tanto haja CDT celebrada entre Portugal e os países envolvidos¹³⁴⁸ mas, tenha-se em atenção, as Administrações Tributárias apenas estão obrigadas a desencadear o procedimento amigável, não estando obrigadas a chegar a um acordo mútuo, contudo, na eventualidade de ser alcançado esse acordo, deverá a Administração Tributária Portuguesa dar cumprimento ao acordado no prazo de cento e vinte dias após a sua conclusão¹³⁴⁹.

Em face da integração de Portugal como Estado-membro da UE, a eliminação da dupla tributação também é possível através do procedimento desencadeado a coberto da Convenção de Arbitragem.

Logicamente que quando as entidades vinculadas sejam todas residentes em Portugal, está-se apenas e só num plano puramente interno em que o legislador ordena o procedimento do ajustamento correlativo tendo em vista sempre a eliminação da dupla tributação, tal e qual resulta da conjugação do n.º 11 do artigo 63.º do CIRC, com os n.º 1 do artigo 17.º, n.º 1 do artigo 20.º e n.º 1 do artigo 21.º, todos daquela Portaria.

¹³⁴⁸ De acordo com o n.º 12 do artigo 63.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas – CIRC, sob a epígrafe “*Preços de Transferência*” dispõe que: “*pode a Direcção-Geral dos Impostos proceder igualmente ao ajustamento correlativo referido no número anterior quando tal resulte de convenções internacionais celebradas por Portugal e nos termos e condições nas mesmas previstos*”, disciplinando ainda a Portaria n.º 1446-C/2001, de 21 de Dezembro, no n.º 2 do artigo 17.º, sob a epígrafe “*Ajustamento correlativo*” que: “*pode a Direcção-Geral dos Impostos proceder igualmente, nos termos do n.º 12 do artigo 63.º do Código do IRC, ao ajustamento correlativo referido no número anterior quando tal resulte de convenções internacionais celebradas por Portugal e nos termos e condições nelas previstos*”, acrescentando no seu n.º 1 do artigo 18.º, sob a epígrafe “*Pedido de revisão da situação tributária*” que: “*para efeitos do ajustamento previsto no n.º 2 do artigo anterior, o sujeito passivo deve apresentar ao director-geral dos Impostos um pedido de revisão da sua situação tributária com fundamento em correcções efectuadas, ou proposta oficial de as efectuar por autoridade fiscal estrangeira competente, ao lucro tributável de entidades que com ele estejam relacionadas, das quais decorre, ou irá decorrer, uma dupla tributação não conforme às regras de convenção internacional celebrada por Portugal*”.

¹³⁴⁹ Este prazo de cumprimento do acordo mútuo resultante do procedimento amigável está disciplinando na Portaria n.º 1446-C/2001, de 21 de Dezembro, no n.º 2 do artigo 20.º, sob a epígrafe “*Procedimento de ajustamento*” ao impor que: “*para efeitos do disposto no n.º 2 do artigo 17.º, no caso de a Direcção-Geral dos Impostos, na sequência da revisão à situação tributária do sujeito passivo e das consultas estabelecidas com as autoridades fiscais competentes do outro Estado, no âmbito dos procedimentos aplicáveis, considerar justificadas, no todo ou em parte, as correcções por aquelas efectuadas, quer quanto ao princípio em que se basearam, quer quanto ao montante, e, após o trânsito da decisão, administrativa ou judicial, relativamente a estas correcções, concluir pelo cabimento do ajustamento correlativo adequado na determinação do lucro tributável do sujeito passivo, deve efectuar-lo no prazo de 120 dias a contar da data do acordo obtido com as autoridades do outro Estado*”.

A legislação fiscal Portuguesa não faz qualquer referência a eventuais ajustamentos secundários que devessem ter lugar em face de uma hipotética operação secundária oriunda de uma recharacterização de uma operação, a que procedem certos países no quadro da sua respectiva legislação interna depois de terem proposto um ajustamento primário com o fim de efectuarem uma repartição dos lucros consistentes com esse ajustamento primário, operações secundárias essas que podem revestir a forma de assimilação a dividendos, a entradas de capital ou a empréstimos¹³⁵⁰.

ii. O prazo máximo de caducidade

O direito tributário Português permite que seja feita qualquer liquidação, quer inicial, quer adicional, aqui se incluindo as liquidações motivadas por ajustamentos originados nos preços de transferência praticados pelas empresas vinculadas, no prazo de quatro anos do exercício fiscal a que referem, prazo este que é alargado para seis anos se se estiver perante correcção de prejuízos motivados pelos ajustamentos nos preços de transferência^{1351 1352}.

¹³⁵⁰ Neste sentido referem expressamente GLÓRIA TEIXEIRA, Professor, Faculty of Law, University of Porto, Director of the Juridical and Economic Research Centre (CIJE), University of Porto, e RITA TAVARES de PINA, Director of the Global Transfer Pricing Services, PricewaterhouseCoopers, New York, Researcher of the Juridical and Economic Research Centre (CIJE), University of Porto, *Transfer Pricing Database*, INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION – IBFD, no item 9.5.3. *Secondary adjustment*, sobre os preços de transferência de “Portugal”, no sítio da Internet www.ibfd.org, que “the Portuguese legislation (...), does not mention the possibility of secondary adjustments”.

¹³⁵¹ Neste sentido vejam-se FERNANDO CASTRO SILVA e TIAGO CASSIANO NEVES, Garrigues, Taxand Portugal, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2009 Edition and Transfer Pricing, IBFD TAX TRAVEL COMPANIONS, Amsterdam, Netherlands, 2009, sobre a análise que fazem no item 9.2 *Statute of limitation*, integrado na descrição sobre o regime jurídico-tributário dos preços de transferência em Portugal, pags. 451.

¹³⁵² Dispõe o n.º 1 do artigo 45.º da Lei Geral Tributária, sob a epígrafe “Caducidade do direito à liquidação”, que “o direito de liquidar os tributos caduca se a liquidação não for validamente notificada ao contribuinte no prazo de quatro anos, quando a lei não fixar outro”, acrescentando o seu n.º 3 que “em caso de ter sido efectuado reporte de prejuízos, bem como de qualquer outra dedução ou crédito de imposto, o prazo de caducidade é o do exercício desse direito”. O Artigo 46º, sob a epígrafe da “Suspensão e interrupção do prazo de caducidade”, estabelece no n.º 1 e 2 situações em que aquele prazo de caducidade se suspende, cujo texto legal é o seguinte:

“1 - O prazo de caducidade suspende-se com a notificação ao contribuinte, nos termos legais, da ordem de serviço ou despacho no início da acção de inspecção externa, cessando, no entanto, esse efeito, contando-se o prazo desde o seu início, caso a duração da inspecção externa tenha ultrapassado o prazo de seis meses após a notificação.

2 - O prazo de caducidade suspende-se ainda:

a) Em caso de litígio judicial de cuja resolução dependa a liquidação do tributo, desde o seu início até ao trânsito em julgado da decisão;

b) Em caso de benefícios fiscais de natureza contratual, desde o início até à resolução do contrato ou durante o decurso do prazo dos benefícios;

c) Em caso de benefícios fiscais de natureza condicionada, desde a apresentação da declaração até ao termo do prazo legal do cumprimento da condição;

d) Em caso de o direito à liquidação resultar de reclamação ou impugnação, a partir da sua apresentação até à decisão”.

Na eventualidade de se estar na presença de uma instauração de um inquérito criminal, o prazo geral é alargado até que se proceda ao seu arquivamento ou transitio em julgado da sentença judicial, acrescido de um ano.

○ **Exigências documentais impostas aos contribuintes**

DOCUMENTAÇÃO – Obrigação de manter documentação comprovativa	Sim
QUADRO N.º 98	

Para que a Administração Tributária tenha um conhecimento cabal das operações vinculadas que foram praticadas, das empresas associadas que as efectuaram, da política de preços de transferência que foi utilizada, assim como os métodos demonstrativos a que recorreram para aquilatar da sua justeza legal, foi imposto aos contribuintes que organizassem e colocassem à sua disposição, pelo prazo de 10 (dez) anos, informação documental que a capacitasse a comprovar a justeza fiscal dos preços de transferência praticados, obrigação legal imposta aos sujeitos passivos vinculados através do n.º 6 do artigo 63.º do CIRC e desenvolvido na Portaria n.º 1446-C/2001, através do seu Capítulo IV – sob a epígrafe “Das obrigações acessórias dos sujeitos passivos”, em que disciplina através dos artigos 13.º a 16.º a informação fiscal relevante que deve ser mantida, de forma organizada, de modo a provar o cumprimento legal da política dos preços de transferência.

É de realçar que esta organização da documentação fiscal sobre os preços de transferência obedece a algumas premissas a saber:

(i) É dispensada àqueles Sujeitos Passivos que no exercício anterior não tenham atingido um valor anual de vendas líquidas e outros proveitos de € 3.000.000,00 (três milhões) de euro;

(ii) É dispensável a sua actualização aquando da prática de operações vinculadas com carácter continuado e não tenha havido alteração substancial dos factos e circunstâncias ligados a essas operações;

(iii) É imposta a obrigação que a documentação seja apresentada à DGCI sempre em Português, excepto se esta, a pedido, a dispensar;

(iv) Deve estar concluída até ao fim do mês de Junho do exercício seguinte; e,

(v) Tem que integrar a “Documentação anual de informação contabilística e fiscal” que os Sujeitos Passivos são obrigados a manter e enviar por transmissão electrónica de dados à DGCI.

Estas regras resultam da conjugação dos n.ºs 6 e 7 do artigo 63.º a alínea a) do n.º 1 do artigo 117.º, artigo 121.º e artigo 12.º, todos do CIRC, a Portaria n.º 359/2000 que disciplina o “Dossier fiscal”, a Portaria n.º 1339/2005 que impõe a transmissão electrónica de dados pelos Sujeitos Passivos à DGCI¹³⁵³.

○ **Os Acordos Prévios sobre os Preços de Transferência (APP)**

APP – ACORDOS PRÉVIOS SOBRE OS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA	Unilaterais
	Bilaterais
	Multilaterais

QUADRO N.º 99

Entrou em vigor em 10 de Julho de 2008 no ordenamento juridico-tributário Português a possibilidade de a DGCI celebrar APP unilaterais, ou seja, em que intervenham apenas e só o Estado Português e os contribuintes ali residentes, assim como a capacidade de serem celebrados APP em que intervenham uma ou mais Administrações Tributárias estrangeiras quando estejam em causa empresas associadas residentes em Portugal e noutros países sob a alçada dessas Administrações Tributárias estrangeiras. A regulamentação dos APP, e que aqui apenas fazemos uma breve síntese dos APP que envolvam a DGCI e uma ou mais Administrações Tributárias estrangeiras, ou seja, APP bilaterais e multilaterais, estão previstos no artigo 138.º-A do CIRC e desenvolvidos pela Portaria n.º 620-A/2008, de 16 de Julho^{1354 1355}.

¹³⁵³ Devemos aqui chamar a atenção para o facto de que no momento em que foi integrado este regime de documentação fiscal, a Portaria n.º 1446-C/2001, que disciplina, entre outros aspectos, a documentação dos preços de transferência, ainda não tinha sido instituído o “Código de Conduta da DPT UE” e por tal não se encontram aqui, tal como vimos para o regime em vigor em Espanha, devidamente demarcados os dois tipos distintos de documentação, a saber: (i) a apelidada de “documentação de base (*masterfile*)” e (ii) designada de “documentação específica ao país”. Contudo isto não invalida que tais tipos concretos de informação fiscal façam parte do elenco inserido nos artigos 13.º a 15.º daquela Portaria.

¹³⁵⁴ A possibilidade de celebração de APP multilaterais, a pedido dos Sujeitos Passivos, está prevista no n.º 2 do artigo 138.º-A do CIRC, que impõe como condição que tal APP seja desenvolvido no quadro de um procedimento amigável, assunção feita igualmente na motivação da Portaria n.º 620-A/2008 ao assumir-se ali que “...a negociação do acordo e o seu conteúdo (...) subordinam-se [às] (...) normas do direito internacional, maxime, das convenções bilaterais destinadas a eliminar a dupla tributação em vigor...”

¹³⁵⁵ O legislador assumiu a contextualização da disciplina juridico-tributária dos APP que lhe serviu de matriz, quer as “...directrizes relativas à condução dos acordos prévios sobre preços de transferência ao abrigo do acordo amigável divulgadas pela OCDE em 1999...”, quer as “...directrizes relativas aos acordos prévios sobre os preços de transferência na União Europeia (2007) ...”, ou seja, entendeu por bem integrar na legislação as orientações do direito internacional fiscal existente sobre esta temática.

Os APP tem subjacentes à sua celebração o princípio da certeza e segurança jurídica, o respeito pelo princípio da plena concorrência e o princípio da eliminação da dupla tributação internacional¹³⁵⁶, consubstanciados na certeza prévia que os contribuintes associados obtêm através da fixação prévia quanto aos métodos de determinação dos preços de transferência, no princípio da garantia que cada uma das Administrações Tributárias tem sobre o conhecimento prévio dos métodos utilizados na valoração das operações vinculadas, assim como a documentação que deverá ser apresentada e conservada com vista à demonstração do cumprimento dos APPs, nunca se esquecendo de que com tal atitude se consegue evitar a dupla tributação internacional.

Os APP¹³⁵⁷, que são sempre negociados através de procedimentos desencadeados pelos Sujeitos Passivos interessados, tem algumas particularidades que em seguida realçamos, a saber:

- (i) O contribuinte não pode alegar o sigilo fiscal e profissional em vista à indisponibilidade de dados necessários à negociação dos APP¹³⁵⁸;
- (ii) A documentação tem que ser apresentada em Português;
- (iii) Podem ser ali incluídas todas as operações vinculadas ou apenas partes especificadas dessas operações;

¹³⁵⁶ Estes princípios orientações são explicitamente seguidos através da justificação inserta na motivação constante da Portaria n.º 620-A/2008 ao assumir-se que os APP “...têm como primeira finalidade proporcionar às empresas uma base de segurança jurídica e de certeza mediante a fixação prévia dos métodos a utilizar na determinação dos preços de transferência com respeito do princípio de plena concorrência, garantindo, em simultâneo, a eliminação da dupla tributação quando revestem carácter bilateral ou multilateral...”.

¹³⁵⁷ O procedimento de celebração de um APP integra em si fases que são cruciais ao seu desenvolvimento e que podemos, através da análise àquela Portaria n.º 620-A/2008, sintetizar do seguinte modo: (i) Fase preliminar; (ii) Proposta de acordo prévio apresentada pelo contribuinte; (iii) Apreciação da proposta; (iv) Negociação com as autoridades competentes de outros Estados (se a proposta tiver em mente um acordo multilateral), e (v) celebração do acordo. Quando estamos perante a negociação de APP que envolva Administrações Tributárias estrangeiras, o respectivo processo de negociação compreende uma fase de consultas entre as autoridades fiscais dos países envolvidos, realizadas no quadro do procedimento amigável, nos termos do artigo 25.º, parágrafo 3, do modelo de convenção fiscal da OCDE, e assim, estes acordos só são viáveis se existirem CDT em vigor entre Portugal e os Países envolvidos e que integrem tal disposição. O prazo para a conclusão do procedimento de avaliação é de 180 dias nos acordos prévios unilaterais e dilatado para 360 dias nos APP multilaterais, prazo este contado a partir da data de aceitação formal da proposta pela DGCI, suspendendo-se durante o tempo provocado com os atrasos imputáveis aos requerentes nas respostas aos pedidos de documentação.

¹³⁵⁸ Estabelece o n.º 2 do artigo 6.º da Portaria n.º 620-A/2008 que “...o carácter confidencial da informação não pode ser oposto à DGCI para recusar a entrega de um documento, obrigando-se esta a não divulgar a terceiros a informação transmitida e a respeitar todas as normas relativas ao sigilo fiscal e profissional relativamente aos dados financeiros, comerciais, técnicos e fiscais que lhe sejam disponibilizados no quadro da proposta e respectiva instrução, com excepção da autoridade competente que seja parte no acordo...”.

(iv) O texto do acordo é confidencial, não impedindo que a DGCI recolha dados apenas para fins estatísticos;

(v) Tem um prazo máximo de validade de 3 (três) anos e não admite qualquer cláusula de *Roll-back*;

(vi) É susceptível de ser renovado a pedido do Sujeito Passivo e com uma antecedência mínima de 6 (seis) meses antes do seu *terminus*;

(vii) É admissível a sua revisão por iniciativa, quer dos contribuintes, quer da DGCI, quando ocorra algum evento que altere substancialmente os factos em que assentou a sua negociação e consumação;

(viii) Está sujeito a resolução unilateral pela DGCI quando os pressupostos em que assentou forem falsos, erróneos, viciados, ou dissimulados pelo Sujeito Passivo, ou este não cumpre as condições ali estabelecidas;

(ix) É sujeito ao pagamento de taxas variáveis entre € 3.152,40 e € 34.915,85, em função do volume de negócios em causa, valores estes que sofrem uma redução para metade no caso das renovações; e,

(x) A DGCI tem a capacidade de acompanhar a sua aplicação através dos mecanismos de inspecção¹³⁵⁹.

○ **As penalizações**

PENALIZAÇÕES			
Características das Infracções	Recusa de entrega, de exibição ou de apresentação de documentos fiscalmente relevantes	Tipo de infracção	Negligente: Coima variável entre €250 e €50.000
			Dolosa: Coima variável entre €500 e €100.000
	Falsificação, viciação e alteração de documentos fiscalmente relevantes	Tipo de infracção	Negligente: Coima variável entre €500 e €25.000
			Dolosa: Coima variável entre €1.000 e €50.000
	Omissões e inexactidões nas declarações ou em outros documentos fiscalmente relevantes	Tipo de infracção	Negligente: Coima variável entre €500 e €30.000
			Dolosa: Coima variável entre €1.000 e €60.000
	Os responsáveis pela sociedade (e.g. gerentes)	Não são sujeitos a qualquer coima cumulativamente com a sociedade	

QUADRO N.º 100

Os Sujeitos Passivos que praticam operações vinculadas são sujeitos a diferentes penalizações, tendo em atenção a falta de cumprimento das obrigações que

¹³⁵⁹ Para uma análise global sobre a celebração dos APP na legislação Portuguesa veja-se, entre outros, PALMA, CLOTILDE CELORICO, “A introdução dos acordos prévios de preços de transferência na legislação fiscal portuguesa”, *Fiscalidade, TOC, N.º 103*, Outubro 2008, pags. 51 a 54.

lhes eram impostas, pelo que iremos, embora de forma abreviada, indicar as eventuais consequências dos incumprimentos dessas imposições legais.

Como já vimos, os contribuintes que pratiquem operações vinculadas são obrigados a organizar documentação fiscal demonstrativa dos preços de transferência e que integrará a “Documentação anual de informação contabilística e fiscal”, impondo-se-lhes a obrigação de a manter e enviar por transmissão electrónica de dados à DGCI, conforme resulta da conjugação dos n.ºs 6 e 7 do artigo 63.º a alínea a) do n.º 1 do artigo 117.º, artigo 121.º e artigo 12.º, todos do CIRC, com a Portaria n.º 359/2000, que disciplina o “Dossier fiscal”, e com a Portaria n.º 1339/2005, que impõe a transmissão electrónica de dados pelos Sujeitos Passivos à DGCI.

Não existem no regime juridico-tributário Português normativos próprios e autónomos acerca dessas sanções específicas, quer sobre a falta de organização, quer sobre a organização de forma inadequada, quer sobre a organização com dados falsos ou viciados, quer sobre a falta de exibição, quer acerca da recusa de exibição da documentação concreta dos preços de transferência e que deve integra-se no dossier anual fiscal. Assim tais infracções inserem-se no regime geral sancionatório das infracções fiscais instituído no Regime Geral das Infracções Tributárias – RGIT, que sujeita os contribuintes infractores a coimas exigíveis através dos procedimentos contraordenacionais, variáveis entre valores mínimos e máximos, impostas pelos órgãos da DGCI.

Estas coimas têm em conta, entre outros aspectos, a gravidade da infracção praticada e a culpa do infractor, coimas estas que podem variar até um máximo de € 110.000 (cento e dez mil euro) no caso de a infracção ter sido praticada dolosamente, ou até € 30.000 (trinta mil euro) se tiver sido negligentemente, de acordo com as alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 26.º do RGIT¹³⁶⁰, e com o mínimo legal absoluto em € 30 (trinta euro), ou de € 15 (quinze euro) na eventualidade de ser possível a sua redução.

¹³⁶⁰ De acordo com os artigos 113.º, a “*Recusa de entrega, exibição ou apresentação (...) de documentos fiscalmente relevantes*”, 118.º, a “*Falsificação, viciação e alteração de documentos fiscalmente relevantes*” e 119.º, a “*Omissões e inexactidões nas declarações ou em outros documentos fiscalmente relevantes*”, todos do RGIT, os contribuintes que tenham praticado preços de transferência e não tenham obedecido ao estabelecido legalmente sobre a forma de organização da documentação fiscalmente relevante, não a mantenha em boa forma ou não a exiba à DGCI quando lhes for solicitada, incorrem numa das penalidades previstas naqueles artigos e que podem variar entre um mínimo de € 500,00, € 1.000,00 e € 500,00, respectivamente, e o máximo a que já fizemos referência.

Na eventualidade de a DGCI modificar para mais a matéria colectável através da alteração aos preços de transferência valorados pelos contribuintes, e se essa alteração originar imposto em falta, tal facto acarreta para os contribuintes a exigência de juros compensatórios incidentes sobre o imposto em falta, calculados à taxa de 4% (quatro por cento) ao ano e contados dia a dia desde o termo do prazo legal em que deveria ter entregue a sua declaração de impostos até ao momento em que DGCI detecte a falta¹³⁶¹.

¹³⁶¹ Tal facto impositivo resulta da conjugação do artigo 35.º da Lei Geral tributária – LGT, com a Portaria n.º 291/2003, de 8 de Abril.

V PARTE**CONCLUSÕES**

É agora chegado o momento de trazer a este estudo algumas ideias que, em nossa opinião, contribuiriam para adaptar as opções jurídicas actualmente em vigor nas organizações internacionais, quer de cariz mais universal, quer mais regional, assim como nos múltiplos ordenamentos jurídicos dos mais diversificados Estados à realidade económica mundial e evidenciada, como explanamos na primeira parte deste nosso trabalho, através do crescente domínio das multinacionais na cena económica internacional, porquanto, como também vimos, as transacções internacionais são hoje dominadas maioritariamente por elas.

Assim, do que expusemos retiramos algumas conclusões do actual panorama económico-tributário das operações vinculadas, a saber:

(i) Há já muito tempo que o comércio internacional é maioritariamente dominado pelas empresas associadas e as transacções vinculadas praticadas entre si ultrapassaram, quer em quantidade, quer em qualidade, quer em volume económico, aquele que é praticado pelas empresas independentes;

(ii) Assim, como actualmente a regra geral é a pratica de transacções internacionais vinculadas, a regra geral da valoração dos preços de transferência segundo o princípio *at arm's lenght* já não serve como padrão comparativo para efeitos tributários, uma vez que a excepção não pode ser transformada regra geral;

(iii) Significa isto que os princípios tradicionais de determinação dos preços de transferência para a determinação da base tributária estão desligados da actual realidade económico-jurídica internacional, o que imporá a sua transformação e adaptação à mesma;

(iv) A questão a ultrapassar prende-se com o problema inerente à repartição entre os Estados dos lucros gerados pelas empresas associadas e relacionados com as operações vinculadas.

Efectivamente há aqui uma dicotomia a ultrapassar, isto é, por uma lado encontrar soluções para a justa repartição entre os Estados das bases tributárias geradas pelas empresas associadas assim como alcançar-se uma justa valoração das transacções vinculadas, e por outro lado ter-se em atenção à existência de um

comércio internacional esmagadoramente representado pelas MTN, ou seja, conjugar o direito à tributação como exercitação soberana territorial dos Estados *versus* com o respeito pela segurança jurídica do domínio do comércio internacional, há muito existente, assumido pelas empresas associadas e gerado através das transacções vinculadas.

**1. SÚMULA DOS PRINCIPAIS PROBLEMAS ORIGINADOS PELA
APLICABILIDADE DO ACTUAL PRINCÍPIO AT ARM'S LENGHT AOS PREÇOS
DE TRANSFERÊNCIA:**

**1.1. Os “Grupos MTN” e as “Empresas Independentes” como realidades
distintas de integração empresarial no mercado global;**

Face à realidade económico-financeira Mundial, a opção pela intervenção naquela dinâmica através de “Grupos MTN” ou de “Empresas Independentes” tem por detrás de si duas realidades distintas de integração empresarial no mercado global. Estas realidades distintas de intervenção nesse mercado não podem servir de padrão comparativo entre si, devendo, antes, ser tratadas e analisadas de acordo com essas suas premissas específicas, factor que impõe que toda a análise que se pretenda fazer aos preços de transferência nunca pode esquecer que estamos a tentar valorar transacções vinculadas, as quais só podem ter como modelo comparativo outras transacções vinculadas e não tomar como modelo comparativo operações similares praticadas por empresas independentes.

Assim, o actual regime acarreta consigo um conjunto de problemas relativamente a determinados princípios que passaremos a sintetizar:

1.2. Conflitos com os princípios materiais estruturantes do Direito Tributário;

O fundamento para que os preços praticados nas operações vinculadas pelas empresas associadas seja equiparado àquele que é praticado por empresas independentes, tem em vista uma imposição de neutralidade fiscal à actividade económica desenvolvida por estas em relação às empresas associadas. Isto é, no bom dos rigores estamos é perante uma protecção fiscal às empresas independentes.

Esta protecção fiscal às empresas independentes traduz-se, quanto a nós, em sistemáticas conflitualidades com os princípios estruturantes em que assenta o direito fiscal, e logicamente, num atentado aos direitos dos contribuintes no momento em que suportam a sua carga fiscal perante o Estado, a saber:

(i) Acarreta tal atitude uma “Discriminação Positiva” das empresas independentes, violando-se assim o princípio da igualdade que impõe que se trate o igual na medida dessa igualdade e se descrimine o diferente na medida dessa diferença.

Efectivamente, sendo o comércio mundial dominado de forma esmagadora pelos “Grupos MTN”, que na cena económico-financeira têm atitudes, parâmetros e paradigmas totalmente diferentes das empresas independentes, já há muito tempo que não é possível fazer qualquer comparação entre realidades económico-financeiras totalmente distintas, como são as multinacionais e as empresas independentes.

Assim, não há, quanto a nós, qualquer fundamento para uma descriminalização positiva das empresas independentes sob pena de se continuar a violar o princípio da igualdade de tratamento;

(ii) Colocam-se em causa igualmente outros dois princípios materiais estruturantes dos ordenamentos jurídico-tributários dos mais variados quadrantes políticos na cena internacional relativamente à tributação directa, de modo a que entreguem ao erário público um valor que represente apenas e só a medida proporcional dessa capacidade contributiva.

Ao utilizarem-se as empresas independentes como padrão-referência, tal comportamento é passível de gerar conflitos com o princípio da capacidade contributiva de cada um daqueles tipos distintos de contribuintes – MTN e empresas independentes –, e consequentemente, com o princípio da proporcionalidade, uma vez que se obrigam as MTN a suportarem impostos que não reflectem aqueles princípios;

(iii) Há também aqui um flagrante conflito com o princípio da neutralidade em relação às opções tomadas pelos contribuintes pelas diversas formas possíveis de criação de empresas, sobretudo em relação àquelas ligadas ao espaço da União Europeia.

Uma vez que a majoração dos preços das operações vinculadas acarreta um aumento da matéria tributável e consequente imposto devido aos Estados, tal atitude configura uma forma de “Auxílios dos Estados” às empresas independentes. Isto é,

como os Estados impõem às empresas associadas que paguem impostos directos sobre valores (preços das operações) iguais àqueles que utilizam as empresas independentes, estão por esta via a proteger as empresas independentes na concorrência fiscal com as empresas associadas, ou seja, estamos perante o que apelidamos de “forma inversa de Auxílios de Estado” às empresas independentes realizada através da “penalização fiscal” das empresas associadas, pela via do aumento da valoração das suas operações vinculadas e, conseqüentemente, é um atentado, por parte dos Estados, ao princípio da neutralidade nas opções empresariais;

(iv) A valoração das transacções vinculadas praticadas entre empresas associadas segundo o princípio da empresa independente acarreta em si uma alteração à valoração real dos seus negócios, o que lhes impõe uma modificação valorativa dos seus negócios diferente daquela que os seus actos de gestão tinham em vista, o que conflitua, quanto a nós, com o princípio da justiça, ao implicar uma modificação fiscal da valoração dos negócios vinculados que as partes associadas não tinham querido, impondo-lhes, assim, um imposto diferente daquele a que ficariam sujeitos se tal valoração não fosse praticada.

(v) O que acabamos de demonstrar põe sobretudo em causa o princípio da certeza e segurança jurídica, nomeadamente através das seguintes situações, a saber:

(v-a) O conceito de domínio é um conceito indeterminado, o que levanta grandes dificuldades de densificação em face da multiplicidade de variáveis que os diversos ordenamentos juridico-tributários dos variados Estados lhes imprimem. Efectivamente, nos múltiplos ordenamentos jurídicos encontramos os mais diversificados tipos de normas que disciplinam o conceito de domínio, que vão deste a existência pura e simples de conceitos indeterminados, à sua elencação exemplificativa, até à existência de normas fechadas ou de enunciação taxativa;

(v-b) Os princípios económico-financeiros de actuação no mercado global subjacentes às empresas associadas são totalmente diversos daqueles que as empresas independentes utilizam, impondo-se que estas não possam servir de padrão comparativo para aquelas avaliarem os seus preços de transferência;

(v-c) Este princípio impõe que apenas se possam tomar como comparação iguais transacções praticadas por outras empresas associadas e que pratiquem iguais operações vinculadas, ou seja, só é comparável o que tiver subjacente os mesmos pressupostos económico-financeiros, abandonando-se, assim, a aplicação do princípio *at arm's length*;

(v-d) Este princípio exige em simultâneo que os diversos Estados onde as empresas associadas praticam as suas transacções vinculadas não devam interferir na dinâmica do comércio global intrínseco à filosofia empresarial multiestatal, porquanto esses mesmos Estados são simultaneamente os incentivadores e receptores da existência da economia global, realidade sem a qual já não têm sobrevivência económico-financeira, ou seja, pretendem por um lado a maior ampliação possível dos benefícios económico-financeiros da globalização da economia e por outra via obter das empresas multinacionais os mesmos impostos que obteriam se tal comércio fosse praticado por empresas independentes;

(v-e) O que acabamos de expor leva-nos a concluir que este princípio exige que os Estados apenas actuem quando, subjacentes às transacções vinculadas, apenas estejam em causa motivações fiscais e não pura lógica económico-financeira ditada pelas regras do mercado global;

1.3. Interferência nos pactos societários/Gestão empresarial;

Na criação societária, independentemente de se estar perante uma única sociedade, ou integrado num grupo de sociedades, os detentores do capital societário tem sempre em vista a obtenção do lucro de retorno desse capital, quer seja, de uma forma mais imediata através da distribuição dos lucros, quer seja de uma forma mais mediata através da venda dessas participações societárias e obtenção de ganhos de mais-valias.

Com a imposição às empresas vinculadas de valorarem as suas operações vinculadas de acordo com o princípio da empresa independente, impõe-se ao “Grupo MTN” uma tributação diversa daquela que seria gerada sem aquela modificação, e

consequentemente, a diminuição dos lucros a distribuir pelos detentores do capital, ou seja, está-se a interferir nas expectativas dos sócios em face dos pactos sociais.

Esta intervenção é ainda mais evidente quando implica também uma deslocação de lucros entre os Estados envolvidos diferente daquela que existiria se tal princípio não fosse aplicado. Tal atitude dos Estados intervenientes leva a que os detentores do capital sejam duplamente penalizados, ou seja, podem ver diminuir os lucros líquidos de impostos a que têm direito assim como podem ainda ficar sujeitos a que os Estados intervenientes os tributem por uma inexistente distribuição oculta de lucros.

O que acabamos de expor aplica-se *mutatis mutandis*, à interferência dos Estados na gestão empresarial do grupo, ofendendo-se, assim, o princípio da gestão diligente que deve nortear a actuação dos órgãos dirigentes empresariais nas suas estratégias de gestão, porquanto, ao impor-se que os grupos actuem entre si como se de empresas independentes se tratasse, os Estados estão a “ditar as ordens” gestionárias que as empresas do grupo devem seguir, à revelia daquelas que os representantes do grupo tomaram como boas e foram avalizadas pelos detentores do capital, e por tal via a sujeitar as empresas do grupo a encargos que aqueles não previam nem queriam.

1.4. Conflito com o “princípio das economias de escala” inerentes à constituição dos Grupos MTN;

As empresas quando se integram em grupos económicos, independentemente da forma jurídica que utilizem, tem em vista, entre muitos outros factores, uma diminuição dos custos através das economias de escala, conseguindo também por esta via uma maior concorrência empresarial e obtenção de dinâmicas de penetração e manutenção dos mercados em que se inserem.

Com a imposição fiscal aos grupos de valoração das operações vinculadas segundo o princípio *at arm's length*, há uma clara interferência na sua gestão empresarial e uma neutralização parcial das economias de escala que o grupo criou dentro da sua própria dinâmica empresarial, atentado este que interfere de forma directa com as suas opções gestionárias, sendo assim, quanto a nós, uma forma de interferência no princípio do homem de negócios diligente porque se deve pautar a

gestão empresarial. Aliás, face à transformação do sistema económico global, as empresas associadas têm como directas concorrentes no mercado global outras empresas associadas, o que impõe uma mudança de paradigma, substituindo-se o “princípio da empresa independente” pelo “princípio dos preços de transferência praticados por empresas associadas” que actuem no mesmo mercado em igualdade de circunstância económico-financeiras.

1.5. Conflito com os princípios contabilísticos que impõem a supremacia do “princípio da substância sobre a forma”;

A contabilidade deve ser um reflexo da actividade económico-financeira do património societário, quer se esteja perante uma sociedade independente, quer um “Grupo MTN”, para que todos aqueles que, directa ou indirectamente, se relacionam com aqueles entes jurídicos possam com exactidão conhecer a vida económico-financeira empresarial, quer sejam terceiros, quer os detentores do capital.

Esta realidade impõe que na contabilidade empresarial se releve a substância do património exacto e visto numa perspectiva económico-financeira, substância esta que só será plenamente real se se impuser que a sua evidenciação se sobreponha sobre a forma como são realizados esses lançamentos contabilísticos.

Assim, ao imporem-se aos grupos que nas suas relações inter-empresariais registem os preços de transferência das suas operações vinculadas pelo valor que praticariam as empresas independentes, está-se a obrigar às empresas associadas que registem contabilisticamente aquelas operações vinculadas por valores que não são reais.

Isto é, aquela valoração dos preços de transferência não representam, em substância, a sua relevância económico-financeira, mas apenas e só o seu registo formal, pondo-se em causa, assim, quanto a nós, o “princípio da substância sobre a forma” e que deve nortear o registo contabilístico e ser o reflexo económico-financeira do grupo, quer para terceiros, quer para os detentores do capital.

2. PROPOSTAS PARA UMA MELHORIA DO ACTUAL SISTEMA APLICADO AOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA:

Expostos os nossos pontos de vista sobre os actuais conflitos gerados pelo paradigma em vigor sobre a determinação dos preços de transferência nas operações vinculadas – *arm's lenght principle* –, aportam-se em seguida caminhos que devem ser paulatinamente trilhados com o claro intuito do seu aperfeiçoamento, a saber:

2.1. A evasão e fraude fiscais como únicos fundamentos admissíveis para a prática de correcções aos preços de transferência;

Face ao actual panorama económico-financeiro mundial, claramente dominado pelo “Grupos MTN” é forçoso, quanto a nós, ser ultrapassado o actual paradigma de valoração obrigatória dos preços de transferência segundo o “princípio da empresa independente”.

Entendemos que essa modificação só já faz sentido quando resulte de uma evidente intenção assumida da prática de evasão ou fraude fiscais, ou seja, apenas quando os “Grupos MTN” valorarem as suas transacções internas de forma diversa daquela que seriam valoradas através de uma boa gestão praticada por um homem de negócios diligente e com intenção assumida da obtenção de benefícios fiscais, com a redução da sua carga fiscal directa, ou do seu diferimento no tempo, através da prática da evasão ou fraude fiscais.

A instituição deste princípio significa a assunção plena que a gestão empresarial é uma actividade que comporta riscos e que a mesma deve ser sempre pautada e analisada segundo o “Princípio da gestão segundo o gestor médio diligente de negócios”, o que forçosamente implica que se deva assumir que as operações vinculadas praticadas no seio das empresas associadas apenas devem ser sujeitas a análise, e hipotética modificação, se na sua génese estiver a obtenção ilícita de vantagens fiscais através da prática da elisão, evasão ou fraude fiscal, ou seja, se os preços de transferência tiverem na sua génese exclusivamente motivos fiscais, isto é, as regras disciplinadoras da modificação dos preços de transferência deveriam ser concebidas como regras anti-elisão a aplicar quando as operações vinculadas sejam valoradas apenas por motivos exclusivamente fiscais;

2.2. Princípio da imutabilidade do valor global do lucro do “Grupo MTN”;

Deve ser assumido que o Grupo MTN é uma realidade *de per si* e como tal deve ser tratada, o que impõe que quando qualquer Estado proceda a operações de valoração ou diminuição dos preços numa das empresas que o integram, é forçoso que os outros Estados façam as necessárias correcções de sinal contrário nas empresas associadas relacionadas. Isto é, nunca se pode olvidar que as empresas do Grupo MTN funcionam entre si num sistema de vasos comunicantes, e por conseguinte qualquer modificação numa das empresas terá que obrigatoriamente originar modificações de sinal contrário noutra, ou noutras empresas, pois nunca se poderá impor um aumento ao grupo considerado em si mesmo.

Os Estados têm que ter sempre presente que as correcções fiscais praticadas mais não são do que a exercitação da sua soberania territorial, impondo-se por conseguinte que entre si procedam aos necessários acertos de modo que nunca haja lugar à dupla tributação internacional.

2.3. Princípio da comparabilidade Interna dos preços praticados;

Ao assumirmos de que deveriam ser modificados os paradigmas que actualmente regem os preços de transferência, entre os quais já assumimos de que essa modificação deve obedecer ao “Princípio da aplicabilidade só em caso de elisão, evasão ou fraude fiscal”, é necessário criarem-se alguns princípios sequenciais que permitam efectuarem-se análises comparativas que levem ao conhecimento da violação deste princípio e eventual modificação da valoração dos preços de transferência praticados.

Assim, quanto a nós, a primeira análise que se deveria efectuar seria uma análise à gestão de fixação dos preços dentro do próprio “Grupo MTN”, iniciando-se pelo “Princípio da comparabilidade interna com operações equivalentes realizadas com terceiros”.

A empresa associada deveria demonstrar quais os fundamentos gestionários que a levaram a praticar preços diferenciados para os mesmos tipos de operações. Assim, deveria demonstrar de forma inequívoca os fundamentos de gestão – segundo o

princípio do gestor médio de negócios – que a levaram a utilizar preços diferenciados para as suas operações vinculadas daqueles que praticou com terceiros e, na eventualidade de tais justificações não serem aceitáveis, seriam esses preços praticados com terceiros que deveriam, em primeira linha, servir de matriz comparativa àquelas operações vinculadas.

Na eventualidade de não ser possível utilizar aquele critério, então deveria passar-se a utilizar o “Princípio da comparabilidade interna com empresas do mesmo grupo que efectuem iguais transacções”. Isto é, pretendia-se com tal desiderato analisar a lógica da gestão do “Grupo MTN” em relação às diferentes empresas associadas que praticam iguais operações vinculadas e os fundamentos que levaram a diferentes valorações do mesmo tipo de operações praticadas entre as diversas empresas associadas e que levaram aos eventuais desvios.

2.4. Substituição do “princípio da empresa independente” pelo “princípio da comparabilidade com outras empresas associadas”;

No prosseguimento da análise aos preços de transferência e tendo em vista, quer a verificação da prática da elisão, evasão ou fraude fiscais, quer a sua colmatação após o reconhecimento de tal prática, deverá substituir-se o “princípio da empresa independente” pelo “princípio da comparabilidade com outras empresas associadas”.

Para nós esta mutação é essencial face à dinâmica crescente do comércio global que é maioritariamente dominado pelos “Grupos MTN”, facto que está em crescendo.

Tenha-se em atenção, quando se comparam empresas independentes com empresas associadas, de que as lógicas de gestão têm que obrigatoriamente ser diversas. Contudo já terão acentuadas semelhanças quando se comparam realidades iguais entre si, pelo que os argumentos que utilizamos para justificar os dois anteriores princípios são também os mesmos que justificariam que se investigasse a existência de eventual elisão, evasão ou fraude fiscal e que se utilizasse como padrão comparativo para a valoração dos preços de transferência o “princípio da comparabilidade com outras empresas associadas”.

2.5. Ampliação do leque dos métodos de determinação dos preços de transferência, especialmente os inerentes à repartição do lucro gerado;

Resulta deste nosso raciocínio que os métodos de determinação dos preços de transferência baseados no lucro deveriam ser muito mais ampliados e aprofundados, sendo, quanto a nós, um dos caminhos que a OCDE deveria prosseguir tendo em mente que é a sucessão de lucros ilíquidos gerados em cada uma das transacções que no final do exercício se obterão os lucros líquidos a distribuir pelos detentores do capital e a criação da riqueza patrimonial, quer da empresa, quer do Grupo MTN, quer dos detentores do capital, criando-se, assim, uma miríade de métodos que mais facilmente fossem susceptíveis de se aproximarem de um cada vez mais complexo comércio internacional, ou seja, é necessária uma busca constante das melhores soluções para se encontrarem as situações comparáveis entre si.

2.6. “Princípio da imodificabilidade contabilística” e “Princípio da modificação dos rendimentos tributáveis apenas nas declarações fiscais”;

Já assumimos que contabilidade não tem por escopo principal a descrição económico-financeira da vida empresarial e consequentemente do “Grupo MTN” para efeitos fiscais. Ela é sobretudo uma demonstração coeva e cronológica de todos os factos ocorridos na vida do “Grupo MTN”, e logicamente das empresas associadas que o integram, directa ou indirectamente, quer para os detentores do capital social, quer para os terceiros com que tem relações empresariais.

Assim, as Administrações Tributárias são mais um dos interessados em conhecer essa evolução da vida empresarial, e por tal, quanto a nós, nunca poderá ser imposto que os preços das operações vinculadas sejam valorativamente modificadas na contabilidade apenas para satisfação dos interesses fiscais e em prejuízo de todos aqueles que têm interesse em conhecer esses factos, tal e qual aconteceram na sua valoração económico-financeira;

Assim, entendemos que apenas será só admissível a utilização do “Princípio da modificação apenas nas declarações fiscais de rendimentos”. Isto é, quanto haja necessidade de modificação da valoração dos preços de transferência nas operações

vinculadas praticadas entre empresas associadas integradas num “Grupo MTN”, essa modificação apenas deve ser levada a cabo em espaços especialmente concebidos nas declarações de rendimentos para efeitos fiscais, para, deste modo, se conseguir evidenciar perante todos os interessados, qual o valor real constante da contabilidade e aquele que foi transcrito naquelas declarações, evidenciando-se por esta via a modificação que lhes foi imprimida apenas para esses efeitos fiscais;

2.7. Obrigação de todos os Estados envolvidos desencadearem sempre os procedimentos inerentes às correcções;

Da análise que fizemos a diversos ordenamentos jurídicos constatamos que os Estados apenas desencadeiam as correcções aos preços de transferência quando, de acordo com a sua legislação interna, tenham sofrido uma diminuição ou retardamento na arrecadação do imposto a que tenham direito, ou seja, os Estados apenas estão preocupados com a maximização na arrecadação da sua receita fiscal.

Os preços de transferência funcionam como um “sistema de vasos comunicantes”, isto é, sempre que uma empresa associada credita determinada valoração a outra sua empresa associada pela prática de uma transacção vinculada, esta tem que debitar a sua contabilidade por igual montante.

Assim, se um Estado modificar unilateralmente o preço de transferência a uma das empresas associadas e o outro Estado não proceder a igual correcção de sinal inverso na empresa associada ali situada, no seu cômputo há um aumento geral de proveitos para o “Grupo MTN” considerado em si mesmo, ou seja, não se restabeleceu o equilíbrio no “vaso comunicante” e que se traduz na real dimensão económico-financeira do conjunto das empresas associadas envolvidas naquelas transacções vinculadas.

É assim para nós evidente que sempre que qualquer Estado modifique os preços de transferência, quer seja através do seu aumento, quer seja através da sua diminuição, todos os restantes Estados devam sempre ser obrigados a proceder às correcções necessárias, independentemente de tal resultar em aumento ou diminuição da matéria colectável, ou seja, quer se traduza em aumento ou diminuição das receitas tributárias.

2.8. Criação de um “processo de arbitragem internacional obrigatório” como meio de determinação do rendimento do lucro global do “Grupo MTN”;

Tendo em vista a justa repartição da carga fiscal pelos Estado envolvidos nas operações vinculadas entre empresas associadas e plurilocalizadas, a OCDE deveria encaminhar os seus estudos no sentido de uma real efectivação da prevenção da elisão, evasão e fraude fiscal e eliminação – ou a sua máxima tentativa possível – da dupla tributação internacional.

Uma das formas possíveis de alcançar aquele duplo objectivo era a introdução de um processo de “Arbitragem internacional obrigatória”, onde seriam determinados, com intervenção de todas as partes – Estados e empresas envolvidas – os valores dos preços de transferência, a matéria colectável e o imposto a que cada um dos Estados envolvidos teria direito e consequentemente a eliminação da dupla tributação internacional. A decisão alcançada nessa arbitragem seria obrigatória para todas as partes envolvidas, empresas plurilocalizadas e Administrações Tributárias. Esta solução configuraria uma ampliação do “procedimento amigável” com a vantagem de que este não era só uma obrigação de meios, mas sobretudo de resultados.

2.9. A fiscalização conjunta por equipas integrantes das Administrações Tributárias de todos os Estados envolvidos na tributação do “Grupo MTN”;

A medida que acabamos de apontar terá que ser integrada num leque mais amplo de cooperação entre os Estados envolvidos nas operações vinculadas de modo a permitir que, quer estes, quer as empresas associadas e plurilocalizadas, se sintam cada vez mais em sintonia e em colaboração recíproca, integrando-se entre essas medidas a fiscalização levada a cabo às empresas associadas por equipas integradas por um conjunto de inspectores das Administrações Tributárias de todos os Estados envolvidos nas operações vinculadas.

Conseguia-se com este procedimento um conjunto de benefícios para todas as partes envolvidas – empresas associadas e Estados –, designadamente, a obtenção de uma só vez de toda a prova, o conhecimento perfeito das políticas económico-financeiras do Grupo, e de cada uma das empresas envolvidas, que permitiriam com

rigor conhecer-se se se está, ou não, perante situações de elisão, evasão ou fraude fiscal ou apenas em presença de puras estratégias empresariais, conseguindo assim economias nos custos de cumprimento por parte dos contribuintes e diminuição dos custos administrativos para arrecadação da receita tributária devida a cada um dos Estados envolvidos.

2.10. A troca de informação obrigatória entre os Estados envolvidos na tributação do “Grupo MTN”;

Para que os Estados caminhem no cumprimento dos princípios que acabamos de identificar, ou levem a cabo outras formas de actuação, é imperioso que procedam à troca obrigatória de informações entre si em todas as situações que envolvam transacções vinculadas entre empresas associadas e plurilocalizadas e tal se mostre necessário a eliminar qualquer forma de elisão, evasão ou fraude fiscal, a eliminar ou evitar a dupla tributação internacional.

Tal atitude permitia que os Estados abrangidos tivessem na sua posse os elementos necessários que lhes proporcionem um conhecimento real dos elementos económico-financeiros envolvidos nas operações vinculadas, tentando-se assim que houvesse um possível consenso alargado entre os Estados de modo a que sejam reflectidos entre todos eles os efeitos da modificação nos preços de transferência, conseguindo-se por esta via um percurso nos procedimentos tributários desencadeados por cada um dos Estado que levasse à justa repartição do imposto a que tenham direito e sem alterações ao valor monetário global das transacções vinculadas no seio do “Grupo MTN”.

3. NOVAS SOLUÇÕES PARA ULTRAPASSAGEM DO ACTUAL SISTEMA DE DETERMINAÇÃO DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA APLICÁVEL AOS “GRUPOS MTN”:

É para nós evidente que o principal problema dos preços de transferência está relacionado com a repartição entre os Estados envolvidos das bases tributáveis e, logicamente, com a fatia de impostos que pretendem arrecadar, isto é, com o exercício da sua soberania fiscal, pelo que o actual paradigma de valoração dos preços de transferência segundo o princípio *at arm's length*, para além das modificações que deveria sofrer e que acima elencamos, os Estados, impulsionados pela OCDE como organização internacional que nesta temática, e não só, tem sido o pólo mundialmente dinamizador, terão que encaminhar os seus estudos para uma transformação radical que, em nossa opinião, ultrapassaria os actuais problemas que elencamos e que se integram num leque mais vasto que os “Grupos MTN” têm que tentar ultrapassar.

Reconhecemos que a solução radical que em seguida descreveremos será de uma quase insuperável dificuldade de implantação à escala mundial, contudo a nível regional, como acontece por exemplo no espaço comunitário ou como poderia acontecer, por exemplo, noutras organizações de cariz regional e que a título meramente exemplificativo indicamos, a UEMOA – União Económica e Monetária do Oeste Africano ou a UNASUL – União de Nações Sul-Americanas, tal opção seria susceptível de implementação.

Esta mesma solução seria ainda susceptível de, através de Convenções mútuas assinadas entre Estados, ser aplicável entre os mesmos.

3.1. Criação de uma matéria comum consolidada para o “Grupo MTN” como elemento estruturante da sua optimização máxima para as partes envolvidas – Empresas associadas e Estados envolvidos;

Todos os problemas que elencamos seriam radicalmente eliminados se fosse criado um único sistema juridico-tributário de determinação do lucro líquido global do “Grupo MTN” que envolvesse por esta via toda a sua actividade empresarial, independentemente da forma jurídica da sua implantação ou dos Estados envolvidos, de modo que, quer os Estados interessado, quer os “Grupos MTN”, conheçam

antecipadamente um conjunto único de regras jurídico-tributárias disciplinadoras da sua tributação directa sobre os rendimentos obtidos a nível global.

Apesar de tal solução poder ser considerada uma utopia a nível mundial, isto é, uma realidade quase inatingível, a mesma contudo poderia ser aplicável ao nível dos espaços regionais integrados economicamente, como aquele que está em estudo para aplicação na UE.

Tal opção poderia ser desencadeada através de Convenções assinadas entre Estados, quer por ampliação do actual MCOCDE, quer pela *creatio ex nihilo* de um Modelo de Convenção concretamente disciplinadora desta temática.

A OCDE, como organização que a nível internacional é dominante na influência do Direito Internacional Tributário, deveria ser, quanto a nós, a impulsionadora, quer das soluções que antes defendemos de melhoramento do actual sistema em vigor, quer da modificação do paradigma de tributação dos “Grupos MTN”, porque, como é evidente, os Estados seguem as suas directrizes orientadoras na temática fiscal, quer sejam ou não seus membros, não podendo esquecermo-nos de que a própria UE comunitarizou, como já evidenciamos, as soluções fiscais oriundas daquela organização internacional.

3.2. A questão da repartição entre os Estados envolvidos do lucro líquido do “Grupo MTN”;

A solução radical de criação de um sistema jurídico-tributário universal, ou regional, de tributação directa dos “Grupos MTN” que até integrasse as taxas seria levar ao extremo tal regime, porquanto, como sabemos os Estados têm nas suas receitas fiscais as principais fontes de financiamento das suas despesas, e por tal, à partida, e seguindo até o caminho que está em estudo na UE, tal sistema teria em vista a determinação “só” do lucro tributável do “Grupo MTN”, competindo aos Estados envolvidos aplicar a sua taxa específica a parte que lhes correspondia naquele lucro.

Esta é uma questão muito complexa, que como já evidenciamos aquando do estudo que fizemos sobre semelhante opção que está em análise na UE, e que aqui

mutatis mutandis, levantaria as mesmas dificuldades pelo que nada mais acrescentamos.

Como primeiro passo no sentido daquelas configurações dos ordenamentos jurídicos, dever-se-ia tentar proceder urgentemente à uniformização do conceito de empresa vinculada, à substituição do princípio da empresa independente pelo princípio do preço interno praticado pela empresa associada em iguais operações com outras empresas do grupo e seguido do princípio do preço praticado por outras empresas associadas, à substituição da análise de cada uma das operações vinculadas pelo princípio da análise pelo valor global do conjunto das operações vinculadas praticadas no exercício fiscal em questão, à quantificação, o mais objectivada possível, de que essa modificação valorativa global apenas deveria ser levada a cabo quando fosse ultrapassado determinado valor mínimo de tolerância inerente ao facto de a valoração dos preços de transferência não se enquadrar numa ciência exacta, e por último, que a disciplina dos preços de transferência apenas se aplicaria quando as empresas associadas utilizassem os preços de transferência por motivos exclusivamente fiscais.

BIBLIOGRAFIA

- ABDELMALKI, LAHSEN**, “La géographie des échanges internationaux – Panorama des échanges internationaux – Mondialisation et commerce international”, *Cahiers français* n. ° 341, Novembre-décembre de 2007
- ADAME MARTÍNEZ, FRANCISCO** veja-se **DI PIETRO, ADRIANO; LASARTE ÁLVAREZ, JAVIER; ADAME MARTÍNEZ, FRANCISCO**
- AGOSTINI, M.**, “U.S. Perspectives of Worldwide Unitary taxation”, *Dickinson journal of International Law*, 1989
- AHMAD ABU-EL-ATA**, veja-se **ANDREW CASLEY/ AHMAD ABU-EL-ATA**
- ALEJANDRO ESCODA/ PEDRO AMAT/ ALEXANDRE IBÁÑEZ**, Cuatrecasas Abogados, Barcelona, *Transfer Pricing Database*, International Bureau of Fiscal Documentation, IBFD, no sitio da Internet www.ibfd.org
- ALEXANDRE IBÁÑEZ**, veja-se **ALEJANDRO ESCODA/ PEDRO AMAT/ ALEXANDRE IBÁÑEZ**
- ANDREW CASLEY/ AHMAD ABU-EL-ATA**, , “The cost-plus method”, *International Transfer Pricing Journal*, vol. 6, n. ° 1, Jan.-Fev., 1999
- ARNOLD, B.J./ McINTYRE, M.J.**, *International Tax Primer*, The Netherlands, Ed. Kluwer, 1995
- AUSTRALIAN TAXATION OFFICE**, *Efficiency Audit Report. International Profit Shifting*, Camberra
- AVI-YONAH, R.S.**, “The Rise and Fall of Arm’s Length: A Study in the Evolution of U.S. International Taxation”, *Virginia Tax Teview*, v. 15, n. ° 1, 1995
- AXEL EIGELSHOVEN**, veja-se **HEINZ-KLAUS KROPPEN/ AXEL EIGELSHOVEN**
- B. PLAGNET**, “La non-immixtion de l’administration fiscale dans la gestion des entreprises”, *BF* n. ° 11/1999
- BACELAR GOUVEIA, JORGE**, *Textos Fundamentais de Direito Internacional*, Aequitas, Editorial Notícias, 1993
- BALZANI, FRANCESCA**, “Il Transfer Pricing”, AA.VV., coordenação de **VICTOR UCKMAR**, *Corso Di Diritto Tributario Internazionale*, 2.ª edição, Padova, 2002
- BENSIDOUN, ISABELLE**, “La tertiarisation du commerce international – Panorama des échanges internationaux”, *Mondialisation et commerce international*, *Cahiers français* n.º 341, Novembre-décembre, 2007
- BERGSTEN, C.F./ T. HORST/ T. MORAN**, *American Multinationals and American interests*, Washington DC, The Brookings Institution, 1978
- BERNARD/ COLLI**, *Dicionário Económico e Financeiro*, 1.º Volume, Publicações Dom Quixote, Lisboa, 1997
- BILON, J.L.**, *Transferts indirects de bénéfices à l’étranger (régime fiscal)*, Librairies techniques, collection “Bibliothèque de droit de l’entreprise”, 1981
- BLONIGEN, B.A.**, “Search of Substitution between Foreign Production and Exports”, *Journal of International Economics*, n. ° 53/2001
- BONSÓN PONTE, E.**, veja-se **MARTÍN ZAMORA, P./ BONSON PONTE, E.**
- BOTELLA GARCÍA-LASTRA, C.**, “La finalización convencional de los procedimientos tributarios y otras técnicas transaccionales para la resolución de conflictos”, AA.VV., *Convención y arbitraje en Derecho tributario*, IEF, Marcial Pons, Madrid, 1996

- BREMOND, J./ SALORT, M.M.**, *Initiation à l'économie (Les concepts de base, les techniques, les grands économistes)*, Paris, Hatier, 1988
- BRUEL. O.**, *Politique d'achat et de gestion d'approvisionnement*, Paris, 2.^a edição Dunod, 1996
- CAAMAÑO ANIDO M.A/ CALDERON CARRERO J.M.**, "La erosión de las medidas nacionales de control fiscal del Estado de residencia: una reflexión al hilo de la jurisprudencia comunitaria dictada en el caso ICI", *Revista de Contabilidad y Tributación CEF*, Junho/2000
- CAAMAÑO ANIDO M.A/ CALDERÓN CARRERO J.M./ MARTÍN JIMÉNEZ A.J.**, *Jurisprudencia Tributaria del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Tomo II, 1996-1999, La Ley, Madrid, 2000
- CALDERON CARRERO J.M.**, veja-se **CAAMAÑO ANIDO M.A/ CALDERON CARRERO J.M.**
- CALDERÓN CARRERO, J.M.**, *Advance Pricing Agreements: a global analysis*, Kluwer Law International, 1998
- CALDERÓN CARRERO, J.M.**, *La doble imposición internacional en los convenios de doble imposición y en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 1997
- CALDERÓN CARRERO, J.M.**, *La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación* – Ed. McGraw-Hill – 1997
- CALDERÓN CARRERO, J.M.**, *Precios de Transferencia e Impuesto sobre sociedades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005
- CALDERÓN CARRERO, J.M.**, *STJCE 13.3.2.007, C-524/04, Assunto Test Claimants in the Thin Cap Group: las Condiciones de compatibilidad comunitaria de las cláusulas de subcapitalización (y de precios de transferencia)*, 2007, na página da Internet http://www.ief.es/Publicaciones/FiscInternac/Comentarios/2007_13Mar_Calderon.pdf
- CALDERÓN CARRERO, JOSÉ MANUEL/ CARMONA FERNÁNDEZ, NÉSTOR/ JONES RODRIGUES, GERARDO**, *Fiscalidad de las Operaciones Vinculadas*, CISS, 2009.
- CALVO ORTEGA, R.**, *Aspectos tributarios de las operaciones vinculadas y de los grupos de sociedades, en Grupos de Sociedades: su adaptación a las normas de las Comunidades Europeas*, Confederación Española de Organizaciones Empresariales/Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 1987
- CARLOS DOS SANTOS, ANTÓNIO**, "A Regulamentação Internacional da Concorrência Fiscal Prejudicial", *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 395, Boletim da Direcção-Geral dos Impostos, Lisboa, Julho-Setembro/1999
- CARLOS DOS SANTOS, ANTÓNIO**, "A Posição Portuguesa Face à Regulação Comunitária da Concorrência Fiscal", *Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional – Fisco*, Lex, Lisboa, 2003
- CARLOS DOS SANTOS, ANTÓNIO**, *Auxílios de Estado e Fiscalidade*, Almedina, Coimbra, 2003
- CARMONA FERNÁNDEZ, NÉSTOR**, veja-se **CALDERÓN CARRERO, JOSÉ MANUEL/ CARMONA FERNÁNDEZ, NÉSTOR/ JONES RODRIGUES, LUÍS/ LONGARTE CIFRIÁN, IGNACIO/ MARTÍN JIMÉNEZ, ADOLFO J./ PÉREZ-RODILHA, GERARDO**
- CARROLL, M.**, *Taxation of Foreign and National Enterprises. Methods of Allocating Taxable Income*, V. IV, Genebra, Ed. League of Nations Publications, Do. Off. No. C.425 (b).M.217 (b).1933.II.A, 1933
- CARROLL, M.**, "Double Taxation Conventions Concluded by the United States Since 1939", IFA, *Studies in International Tax Law*, AA.VV., Amesterdão, Ed. Sweets & Zeitlinger N.V., 1965
- CARROLL, M.**, *Taxation of Enterprises with International Interests*, 1965
- CARTER LOUTHAM**, "Building a better resolutions: adapting IRS procedure to fit the dispute", *Tax Notes Inte.*, 28, Oct./1996

- CASALTA NABAIS, JOSÉ**, “A Soberania Fiscal no Actual Quadro de Internacionalização, Integração e Globalização Económicas”, *Temas de Integração – n.º 15 e 16*, Almedina, Coimbra, 2002
- CASALTA NABAIS, JOSÉ**, *Direito Fiscal*, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2003
- CASERO BARRÓN, R.**, “Los acuerdos previos sobre precios de transferencia y su regulación en la futura legislación española del Impuesto sobre Sociedades”, *RDF*, n.º 238/1995
- CASTELLON**, veja-se **JARAMILLO/ SALINAS/ CASTELLON**
- CASTRO SILVA, FERNANDO/ CASSIANO NEVES, TIAGO**, Garrigues, Taxand Portugal, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2009 Edition and Transfer Pricing*, IBFD Tax Travel Companions, Amsterdam, Netherlands, 2009
- CAVESTANY MANZANEDO, M. A.**, “Los precios de transferencia en la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades, desde la perspectiva de las directrices de la OCDE de julio de 1995”, Monografias, *Carta Tributaria*, número 245/1995
- CAVESTANY MANZANEDO, M.A.**, “Aspectos procedimentales de los ajustes fiscales sobre los precios de transferencia”, *Cuadernos de Formación*, n.º 30/1995, (Sección: Estudios Sectoriales), Escuela de Hacienda Pública
- CAVUSGIL, S.T.**, “Differences Among Exporting Firm Based on their Degree of Internationalization” *Journal of Business Research*, Vol. 12/1984
- CELESTE CARDONA, MARIA**, *O Papel dos Acordos de Dupla Tributação na Internacionalização da Economia*, Direcção Geral das Contribuições e Impostos, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1993
- CELORICO PALMA, CLOTILDE**, “A Regulamentação Internacional da Concorrência Fiscal Prejudicial”, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 395, Boletim da Direcção-Geral dos Impostos, Lisboa, Julho-Setembro/1999
- CELORICO PALMA, CLOTILDE**, “A OCDE, a Concorrência Fiscal Prejudicial e os Paraísos Fiscais: Novas Formas de Discriminação Fiscal?”, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 403, Centro de Estudos e Apoio à Políticas Tributárias, Julho-Setembro/2001
- CELORICO PALMA, CLOTILDE**, “A introdução dos acordos prévios de preços de transferência na legislação fiscal portuguesa”, *Fiscalidade, TOC*, 103, Outubro/2008
- CHANG, S.-J.**, “The Choice of Entry Mode in Sequential Foreign Direct Investment”, *Strategic Management Journal*, Vol. 22, N.º 8, Août./2001
- CHARLES-PERONNE, D.**, “L’OCDE met à jour et compile GUGLIEMO MAISTO em Il Transfer Price nel Diritto Tributario Italiano e Comparato, Padova – 1985 ses publications en matière de prix de transfert”, *Option finance*, n.º 341/1995
- CHEDOR, SEVERINE**, “Entreprises multinationales et commerce international – Conséquences et enjeux”, Mondialisation et commerce international, *Cahiers français* n.º 34, Novembre-Décembre/2007
- CHRISTIAN BUR**, *L’acte anormal de gestion ou le premier risque fiscal pour l’entreprise*, Edition Formation Entreprise, Collection Fiscalité, 1999
- CHUNG**, veja-se **WRAPPE/ CHUNG**
- CLAUSING, K.**, “Does Multinational Activity Displace Trade?”, *Economic Inquiry*, Avril/2000
- COLLADO YURRITA, M.A.**, “La justicia tributaria en la Constitución Europea”, *Crónica Tributaria* N.º 117, 2005.
- COLLADO YURRITA, M.A.**, *La lucha contra el fraude fiscal, estrategias nacionales y comunitarias*, AA.VV., coordenação de **COLLADO YURRITA, MIGUEL ANGEL/ SANZ DÍAZ-PALACIOS, J. ALBERTO/ MORENO GONZÁLEZ, SATURNINA**, Publicación Barcelona, Atelier, 2008.

COLLADO YURRITA, M.A., *Internacionalización de las inversiones : tratamiento fiscal en España y en la Unión Europea*, AA.VV., coordenação de **COLLADO YURRITA, MIGUEL ANGEL/ LUCHENA MOZO, GRACIA MARÍA/ SÁNCHEZ LÓPEZ, MARÍA ESTHER**, Publicación Barcelona, Bosch, D.L. – 2009.

COLLADO YURRITA, M.A., *Derecho financiero y tributario. Parte general*, AA.VV., coordenação de **COLLADO YURRITA, MIGUEL ANGEL/ LUCHENA MOZO, GRACIA MARÍA**, Publicación Barcelona, Atelier, 2009.

COLLADO YURRITA, M.A./ PATÓN GARCÍA, G., “Fuentes del Derecho Tributario Internacional” AA.VV., *Estudios sobre Fiscalidad Internacional y Comunitaria*, Dirección de **COLLADO YURRITA, M.A.**, Ed.Colex, Madrid, 2005.

COLLI, veja-se **BERNARD/ COLLI**

COM (2001) 0260 final, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social, *A política fiscal da União Europeia - prioridades para os próximos anos*.

COM (2001) 0582 final, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social, *Para um mercado interno sem obstáculos fiscais - Estratégia destinada a proporcionar às empresas uma matéria colectável consolidada do imposto sobre as sociedades para as suas actividades a nível da UE*.

COM (2003) 0548 final, Comunicação da Comissão, *Uma constituição para a União - Parecer da Comissão, a título do artigo 48º do Tratado da União Europeia, sobre a reunião de uma Conferência dos Representantes dos Governos dos Estados-Membros com vista à revisão dos Tratados*.

COM (2003) 0726 final, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu, *Um Mercado Interno sem obstáculos em matéria de fiscalidade das empresas: realizações, iniciativas em curso e desafios a ultrapassar*.

COM (2004) 0297 final, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu, *Os trabalhos efectuados pelo fórum conjunto da UE em matéria de preços de transferência no domínio da tributação das empresas entre Outubro de 2002 e Dezembro de 2003 e da proposta para um Código de Conduta para a efectiva implementação da Convenção de Arbitragem (90/436/CEE de 23 de Julho de 1990)*.

COM (2005) 0024 final, Comunicação ao Conselho Europeu da Primavera, *Trabalhando juntos para o crescimento e o emprego - Um novo começo para a Estratégia de Lisboa - Comunicação do Presidente Barroso com o acordo do Vice-Presidente Verheugen*.

COM (2005) 0543 final, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu, *Os trabalhos efectuados pelo Fórum Conjunto da UE em matéria de Preços de Transferência no domínio da documentação dos preços de transferência para as empresas associadas na UE, e a Proposta de Código de conduta relativo à documentação dos preços de transferência para as empresas associadas na UE*.

COM (2006) 0157 final, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu, *Execução do programa comunitário de Lisboa - Progressos realizados e acção futura para uma matéria colectável comum consolidada do imposto sobre as sociedades (MCCCS)*.

COM (2006) 0691 final, Documento de trabalho da Comissão, *Quantificação dos custos administrativos e redução dos encargos administrativos Na União Europeia {COM(2006) 689 final} {COM(2006) 690 final}*.

COM (2006) 0823 final, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu, *Coordenar os sistemas de fiscalidade directa dos Estados-Membros no mercado interno*.

COM (2006) 0824 final, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu, *O tratamento fiscal dos prejuízos num contexto transfronteiras*.

- COM (2007) 0071** final, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu, *As actividades do Fórum Conjunto da UE sobre Preços de Transferência no domínio da prevenção e resolução de litígios e às directrizes para os acordos prévios em matéria de preços de transferência na UE* {SEC(2007) 246}.
- COM (2007) 0223** final, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu, *Execução do programa comunitário para o aumento do crescimento e do emprego e o reforço da competitividade das empresas da UE: Progressos realizados em 2006 e próximas etapas para uma proposta relativa à matéria colectável comum consolidada do imposto sobre as sociedades (MCCCIS)*.
- COM (2007) 0785** final, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu, *A aplicação de medidas antiabuso na área da tributação directa – na UE e em relação a países terceiros*.
- COM (2008) 0169** final, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu, *Estratégia para a evolução da União Aduaneira*.
- COM(2009) 0029** final, Proposta de Directiva do Conselho relativa à, *cooperação administrativa no domínio da fiscalidade* (apresentada pela Comissão).
- COM(2009) 472** final, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu relativa aos, *trabalhos efectuados pelo Fórum Conjunto da UE sobre Preços de Transferência entre Março de 2007 e Março de 2009 e a uma proposta de Código de Conduta revisto para a efectiva implementação da Convenção de Arbitragem (90/436/CEE de 23 de Julho de 1990)*.
- COMISSÃO EUROPEIA**, *Reporto of the Committee of Independent Experts on Company Taxation, Informe Rugging*, Publicações da União Europeia, Anexo 10º/1992
- COMISSÃO EUROPEIA**, “Crescimento, competitividade, emprego. Desafios e caminhos para entrar no Século XXI”, *Livro Branco*, Luxemburgo, Publicações das Comunidades Europeias, 1994
- CORDÓN EZQUERRO, TEODORO**, “Los acuerdos previos sobre precios de transferencia (APA) (II)”, Monografías, *Carta Tributaria*, n.º 249/1996
- CORDÓN EZQUERRO, TEODORO**, AA.VV., Director da obra, *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*, CEF - Centro de Estudios Financieros, 2010.
- COSÍN OCHAITA, RAFAEL**, “La Nueva Normativa sobre Precios de Transferencia”, Monografías, *Carta Tributaria*, Revista N.º 1, Quincena del 1 al 15 de Ene./2008
- COUTINHO DE ABREU, JORGE MANUEL**, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1998
- COZIAN, M.**, “L'imposition des distributions irrégulières effectuées par les sociétés relevant de l'impôt sur les sociétés (C.G.I., art. 108 à 117)”, *DF* n.º 49/1985
- CRUZ AMORÓS, M.**, *Los precios de transferencia y la deslocalización de beneficios*, Impuestos II, 1997
- CRUZ PADIAL, IGNACIO**, “Precios de transferencia: Delimitación y modificación por la Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal”, *Carta Tributaria*, Monografías, Revista N.º 7, Quincena del 1 al 15 de Abr./2007
- CUBILLO VALVERDE, C.**, “Empresas asociadas: el art. 9 del Modelo de Convenio de la OCDE de 1977”, AA. VV., *Estudios de Doble Imposición Internacional*, IEF, Madrid, 1977
- D'OLIVEIRA MARTINS, GUILHERME**, *O Novo Tratado Constitucional Europeu – Da Convenção à CIG*, Gradiva/Fundação Mário Soares, Lisboa, 2004
- DANIEL DE CREM**, “The cost-plus method”, *International Transfer Pricing Journal*, vol. 6, n.º 1, Jan.,Fev./1999

- De HOSSON**, "Codification of the Arm's Length Principle in the Netherlands Corporate Income Tax Act", *Intertax*, Volume 30, n.º 5/2002
- De JUAN CASADEVALL, JORDI**, *El Principio de no Discriminación Fiscal Como Instrumento de Armonización Negativa*, Aranzadi - Thomson Company, 2010.
- De LA VILLA GIL, J. M.**, *Precios de transferencia y empresas multinacionales*, Instituto de Planificación Contable, Madrid, 1986
- De LUIS, F.**, "Métodos para distribuir los beneficios imposables entre varias jurisdicciones tributarias", *H.P.E.*, n.º 64/1980
- Del CASTILLO**, veja-se **STACK/ DEL CASTILLO/ LEYVA**
- DELORIS R. WRIGHT/ HARRY A. KEATES**, "The cost-plus method", *International Transfer Pricing Journal*, vol. 6, n.º 1, Jan.-Fev./1999
- DELORME, L.**, "L'OCDE met à jour et compile GUGLIEMO MAISTO - Il Transfer Price nel Diritto Tributario Italiano e Comparato, Padova – des publications en matière de prix de transfert", *Option finance*, n.º 341/1985
- Di PIETRO, ADRIANO**, "El futuro tributario de la Unión Europea: del mercado al ordenamiento jurídico, de las libertades económicas a los principios de la imposición", *Revista española de derecho financiero*, nº 116, 2002.
- Di PIETRO, ADRIANO/ LASARTE ÁLVAREZ, JAVIER/ ADAME MARTÍNEZ, FRANCISCO**, *Armonización y Coordinación Fiscal en la Unión Europea, Situación actual y posibles líneas de reforma*, CEF - Centro de Estudios Financieros, 2010.
- DIAS MUSA, SIMONE/ LAGRASTA, CAMILLA** da Trench, Rossi e Watanabe Advogados associated with Baker & McKenzie International, "Os preços de transferência do Brasil", *Transfert Pricing Database; INTERNATIONAL BUREAU of FISCAL DOCUMENTATION; IBFD*, no sitio da Internet www.ibfd.org
- DIRECTION GÉNÉRALE DES IMPÔTS**, *Les Prix de Transfert – Guide à l'usage des PME*, Ministère de L'Économie des Finances et de L'Industrie, France, 2006
- DOERNBERG, R.L.**, *The 1996 United States Model Income Tax Convention. Analysis, Commentary and Comparison*, Holanda, Ed. Kluwer Law International, 1997
- DOERNBERG, R.L.**, *International Taxation*, fourth edition, West Group, St. Paul, Minnesota, E.U.A., 1999
- DOMINGUES DE ANDRADE, M.A.**, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, Coimbra, 1992
- DOMINIQUE VILLEMOT**, *L'Harmonisation Fiscale Européenne*, 2.º Edição, Presses Universitaires de France, Paris, 1995
- DOUVIER, PIERRE-JEAN/ GIBERT, BRUNO/ GELIN, STÉPHANE/ LE BOULANGER, ARNAUD**, *Prix de transfert*, Editions Francis Lefèvre, Dossières Pratiques Francis Lefèvre, Paris, France, 2008
- Du PASQUIER, JAMES**, veja-se **ZAPF, HERVÉ/ Du PASQUIER, JAMES**
- DUARTE BARROS**, *Metodologias na Determinação do Preço de Plena Concorrência, Perspectiva da Administração Fiscal*, Conferência da Associação Portuguesa de Consultores Fiscais, Lisboa, 1999
- DUNNING, J.**, "Trade, Location of Economic Activity and MNE: A Search for an Eclectic Approach", AA.VV., *The International Allocation of Economic Activity*, de **BERTIL OHLIN, P.O./ HESSELBORN/ WIJLMAN, P.M.**, Edições Londres, Macmillan, 1977
- DUNNING, J.**, *International Production and the Multinational Enterprise*, George Allen & Unwin, Londres, Inglaterra, 1981
- EIKI KAWAKAMI**, Kojima Law Offices, Taxand Japan, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2009 Edition and Transfer Pricing*, IBFD Tax Travel Companions, Amsterdam, Netherlands, 2009

- ESTEVE PARDO, M.L.**, *Fiscalidad de las operaciones vinculadas y distribuciones encubiertas de beneficios*, Tirant Lo Blanch, Valência, 1996
- F. PLASSCHAERT**, *Les prix de transfer e les entreprises multinationales*, PUF/CEEIM, 1979
- FARRÉ, J.M.**, “Los ajustes fiscales entre empresas de distintos Estados de la Comunidad”, *Revista de Economía Social y de la Empresa*, n.º 20/1995
- FAUSTO DE QUADROS**, *Direito da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2004
- FERNANDES DE OLIVEIRA, ANTÓNIO**, “Os artigos 39.º e 43.º do Tratado da Comunidade Europeia e a Tributação Directa – A Jurisprudência do TJCE”, *Fisco* n.º 117/118, Dezembro, Lex, Lisboa, 2004
- FERNÁNDEZ, F./ FORNIELES, A.**, *Derecho comunitario y Procedimiento Tributario*, Atelier Livros, 2010.
- FIGUEROA, A.H.**, *Comprehensive Tax Treaties*, 1992
- FLINT. D.**, “Transfer Pricing and Income Tax Law”, *Australian Business Law Review*, 1981
- FMI**, veja-se **FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL**
- FORNIELES, A**, veja-se **FERNÁNDEZ, F./ FORNIELES, A.**
- FORNS, J.J.**, *La Doble imposición internacional*, Madrid, Ed. Cámara Oficial de Comercio de Madrid, 1960
- FRANCIS LEFEBVRE** - Editions, *TVA 1993. Conséquences pratiques de l'adaptation au marché unique*, Dossiers Pratiques Francis Lefebvre, 1992
- FREITAS PEREIRA, M.H.**, “Concorrência Fiscal Prejudicial – O Código de Conduta da União Europeia”, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 390, Boletim da Direcção-Geral dos Impostos, Lisboa, Abril-Junho/1998
- FRIEDHELM STOCK OF LUTHER**, Taxand Gernay, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2009 Edition and Transfer Pricing*, IBFD Tax Travel Companions, Amsterdam, Netherlands, 2009
- FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL**, *Perspectivas de la economía mundial – Desbordamientos y ciclos de la economía mundial*, Abril de 2007
- GARBAYO SALAZAR, E.**, “Valoración de operaciones vinculadas, en CISS – Partida doble”, *Revista de Contabilidad, Auditoría y Empresa*, n.º 86/1998
- GARCÍA NOVOA, CÉSAR**, “Los instrumentos para hacer frente al fraude y a la elusión tributaria: perspectivas de derecho comunitario” AA.VV., *Estudios sobre fiscalidad internacional y comunitaria*, direcção de **COLLADO YURRITA, MIGUEL ANGEL**, coordenação de **MORENO GONZÁLEZ, SATURNINA**, Colex, D.L., Madrid, 2005
- GARCÍA NOVOA, CÉSAR**, “La imposibilidad de sancionar el incumplimiento de obligaciones de documentación en operaciones no vinculadas en tanto no exista desarrollo reglamentario”, *Quincena fiscal* n.º 8, 2008, pags. 75 a77.
- GARCÍA NOVOA, CÉSAR**, “El ajuste secundario en las operaciones vinculadas”, *Quincena fiscal*, n.º 12, 2008, pags. 57 a 60.
- GARCÍA NOVOA, CÉSAR**, *El concepto de tributo*, Publicación Lima, Tax Editor, 2009.
- GARCÍA NOVOA, CÉSAR**, “La necesaria modificación de la regulación de las operaciones vinculadas”, *Quincena fiscal*, n.º. 1/2, 2010, pags. 99 a 110.
- GARCIA PRATS, F. A.**, *El establecimiento permanente*, Madrid, Ed. Tecnos, 1996
- GARCIA PRATS, F.A.**, *Imposición Directa, no Discriminación Y Derecho Comunitario*, Tecnos, Madrid, 1998

- GARCÍA PRATS, F.A.**, "Los Precios de Transferencia: su Tratamiento Tributario desde una Perspectiva Europea" *Crónica Tributaria*, N.º 117/2005
- GARCÍA-HERRERA BLANCO, C.**, *Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el impuesto sobre sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001
- GELIN, STÉPHANE**, veja-se **DOUVIER, PIERRE-JEAN/ GIBERT, BRUNO/ GELIN, STÉPHANE/ LE BOULANGER, ARNAUD**
- GEMMA SALA GALVAÑ**, *Los Precios de Transferência Internacionais. Su Tratamiento Tributário*, Tirant Blanch, Valência, 2003
- GHARBI, N.**, *Le Controle Fiscal des Prix de Transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005
- GIBERT, BRUN**, veja-se **DOUVIER, PIERRE-JEAN/ GIBERT, BRUNO/ GELIN, STÉPHANE/ LE BOULANGER, ARNAUD**
- GLÓRIA TEIXEIRA**, Professora, Faculty of Law, University of Porto, Director of the Juridical and Economic Research Centre (CIJE), University of Porto e **RITA TAVARES DE PINA**, Director of the Global Transfer Pricing Services, PricewaterhouseCoopers, New York, Researcher of the Juridical and Economic Research Centre (CIJE), University of Porto, *Transfer Pricing Database*, do International Bureau of Fiscal Documentation, IBFD, no sítio da Internet www.ibfd.org.
- GÓMEZ-POMAR RODRÍGUEZ, J.**, "Los acuerdos previos sobre precios de transferencia", *Cuadernos de Formación*, n.º 32/1995, Instituto de Estudios Fiscales, Escuela de Hacienda Publica
- GONZÁLEZ MÉNDEZ, AMELIA PAZ**, *Buena fe y derecho tributario*, Marcial Pons, Madrid, 2001
- GONZÁLEZ MÉNDEZ, AMELIA PAZ**, *La Protección de datos tributarios y su marco constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003
- GONZÁLEZ MÉNDEZ, AMELIA PAZ**, veja-se **IGLESIAS CASAIS, JOSE MANUEL/ GONZÁLEZ MÉNDEZ, AMELIA PAZ**
- GONZÁLEZ POVEDA, V.**, "Precios de transferencia (el nuevo informe integrado de la OCDE)", *Cuadernos de Formación*, n.º 26/1994, Instituto de Estudios Fiscales (Escuela de Hacienda Pública)
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, M.L.**, *Los procedimientos tributarios: su terminación transaccional*, Colex, Madrid, 1997
- GOTA LOSADA, A.**, *Tratado del Impuesto de Sociedades*, tomo II, Banco Exterior de España, Madrid, 1988
- GOUTHIERE, BRUNO**, *Les impôts dans les affaires internationales*, Editeur Francis Lefèvre, 2007
- GRAÇA MARTINS, MARIA EUGÉNIA**, *Introdução às Probabilidades e à Estatística*, DEIO, 2000
- GRAHAM BANNOCK, R.E. BAXTER**, *Dicionário de Economia*, Edições Verbo, Lisboa, 1987
- GRASSMANN, G.**, "Le projet allemand tendant à maintenir l'égalité de traitement fiscal en cas de relations avec l'étranger", *Revenue fiscalité du marché commun*, n.º 47/1971
- GRELL, MICHAELA**, "Les entreprises sous contrôle étranger dans l'UE Industrie, commerce et services", publicado pela Eurostat, *Statistiques en bref*, 30/2008
- GUERRAS MARTÍN, L.A.**, *La dirección estratégica de la empresa. Teoría Y aplicaciones*, Ed. Civitas, SA, Madrid, 1996
- GUGLIELMO MAISTO**, *Il Transfer Price Nel Diritto Tributario Italiano e Comparato*, Padova, 1985
- GUGLIELMO MAISTO**, "Transfer Pricing in the Absence of Comparable Market Prices", *Cahiers de Droit Fiscal International*, Volume LXXVII, 1992

- HAMONIC-GAUX, A.G.**, *Le régime fiscal des prix de transfert pratiqués entre les sociétés françaises et américaines (Le cas des droits de propriété incorporelle)*, Thèse Droit, Université Paris II, 1999
- HAY, D.**, "Past and Present Work in the OECD on Transfer Pricing and Select Issues", *T.M.T.P. Report*, v. 3, n. ° 6/1994
- HEIMET, MICHAEL** (PhD, PDG de Ceteris Inc)/ **JOHNSON, MICHELLE** (Ceteris Inc.), EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, "*Prix de transfert*", AA.VV., **DOUVIER, PIERRE-JEAN/ GIBERT, BRUNO/ GELIN, STEPHANE/ LE BOULANGER, ARNAUD**, Editions Francis Lefèvre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008
- HEINZ-KLAUS KROPPE, LLM**, Prof. Dr. e **AXEL EIGELSHOVEN**, Deloitte, Dusseldorf, *Transfert Pricing Database*, International Bureau of Fiscal Documentation, IBFD, no sítio da Internet www.ibfd.org
- HELLERSTEIN, J.R.**, "Federal Income Taxation of Multinationals: Replacement of Separate Accounting with Formulary apportionment", *Taxes Notes*, August 23/1993
- HENCKAERTS, J.M.**, "International arbitration and Taxation. The EC Arbitration Convention for Transfer Pricing Disputes", *Journal of International Arbitration*, v. 10, n. ° 3/1993
- HERRERA MOLINA, PEDRO M.**, *Capacidad económica y sistema fiscal. Análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho alemán*, Marcial Pons, Madrid, 1998
- HERRERA MOLINA, PEDRO M.**, *Convenios de Doble Imposición Y Derecho Comunitario*, Instituto de Estudios Fiscales, 2010.
- HERRERO MALLOL, CARLOS**, *Precios de Transferencia Internacionales – Estudio Tributario y Microeconómico*, Pamplona, 1999
- HINNEKENS, L.**, "The European Tax Arbitration Convention and Its Legal Framework – I", *British Tax Review*, n. ° 2/1996
- HORNER, F.M.**, veja-se **PETERSON, S.D./ HORNER, F.M.**
- HOSSON, F.C.**, *Transfer Pricing for Intangibles. A Commentary on the White Paper*, Deventer, Ed. Kluwer, 1989
- IFA**, "Les sociétés Internationales dans le droit fiscal national et international: l'influence des rapports existant entre des entreprises situées dans les pays différents sur la détermination des bénéfices imposables dans chacun des pays", *VIII Congrès de IFA*, Colónia, 20 a 30 de Setembro/1954, Köln, Ed. IFA
- IFA**, *L'imposition des bénéfices e des profits de sociétés anonymes á intérêts internationaux*, Congrès international de fiscalité, Haia, Amesterdão, Ed. Swets & Zeitlinger N.V., 1965
- IFA**, "Criteria for allocation of Items of Income and Expenses Between Related Corporations in Different States, Whether or Not Parties to Tax Conventions", XXVe Congrès Internacional de Droit Financier et Fiscal, *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. LVIIb, Washington, The Netherlands, Ed. Kluwer, 1971
- IFA**, "Allocation of Expenses in International Arm's Length Transactions of Related Companies" *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. Lxb, Holanda, 1975
- IFA**, XXXVII congresso - 1983
- IFA**, "Transfer Pricing in the Absence of Comparable Market Prices". *Cahiers de Droit Fiscal International*, 46th Congress of the International Fiscal Association, Cancun, The Netherlands, Kluwer, 1992
- IFA**, *Double Taxation Treaties Between Industrialised and Developing Countries - OECD and UN Models - A Comparison*, vol. 15/1992, Boston, Ed. Kluwer

IFA, *Secondary Adjustments and Related Aspects of Transfer Pricing Corrections. Proceeding of a Seminary held in Toronto, Canada, in 1994 during the 48th Congress of the International Fiscal Association*, Holanda, Ed. Kluwer, 1996

IGLESIAS CASAIS, JOSE MANUEL/ GONZÁLEZ MÉNDEZ, AMELIA PAZ, *No Discriminación fiscal y derecho de establecimiento en la Unión Europea*, Aranzadi - Thomson Company - 2007

INTERNAL REVENUE SERVICE, "Announcement and Report Concerning Advance Pricing Agreements", *Intercompany Pricing. Guide to the New 1993 United States Rules* b/irs-drop/a-08-27.pdf, 27 de Março/2008, no sítio da Internet <http://www.irs.gov/pu>

INTERNAL REVENUE SERVICE, *United States Model Income Tax Convention of November 15/2006*, www.irs.gov

INTERNAL REVENUE SERVICE, *United States Model Technical Explanation Accompanying The United States Model Income Tax Convention of November, 15, 2006*

IRS, veja-se **INTERNAL REVENUE SERVICE**

ISENBERG, J, *International Taxation*, supplement, Boston, Ed. Little, Brown and Company, 1993

ISHIKAWA, TOSHIO, veja-se **MARX, JEAN-DENIS/ ISHIKAWA, TOSHIO**

JAPANESE NATIONAL TAX AGENCY, *Apa Program Report 2008*, no sitio da Internet www.nta.go.jp.

JAPANESE NATIONAL TAX AGENCY, *Income Tax Guide For Foreigners (2008)*, no site da Internet http://www.nta.go.jp/foreign_language/income08.pdf

JAPANESE NATIONAL TAX AGENCY, *National Tax Agency Report 2008*, no sitio da internet http://www.nta.go.jp/foreign_language/2008e.pdf,

JAPANESE NATIONAL TAX AGENCY, *Supplement – Reference Case Studies on Application of Transfer Pricing Taxation – 2008*, no sitio da Internet http://www.nta.go.jp/foreign_language/08.pdf

JARAMILLO/SALINAS/CASTELLON, "Latin American Tax Review: Colombia's Transfer Pricing Rules Struck Balance between competitiveness, Legality", *Tax Notes International*, n.º 32, 2003

JEFFREY K. MACKIE-MASON, veja-se **ROGER H. GORDON/ JEFFREY K. MACKIE-MASON**

JINYAN LI, Osgood Hall Law School York University, Toronto, Canada e **TIAN SU**, Changshu National Tax Bureau, Jiangsu Province, China, *Transfer Pricing Database*, International Bureau of Fiscal Documentation – IBFD, no sítio da Internet www.ibfd.org

JOHNSON, MICHELLE, veja-se **HEIMET, MICHAEL/ JOHNSON, MICHELLE**

JONES RODRIGUES, LUÍS, veja-se **CALDERÓN CARRERO, JOSÉ MANUEL/ CARMONA FERNÁNDEZ, NÉSTOR/ JONES RODRIGUES, LUÍS/ LONGARTE CIFRIÁN, IGNACIO/ MARTÍN JIMÉNEZ, ADOLFO J./ PÉREZ-RODILHA, GERARDO**

JOSEPH ANDRUS da PricewaterhouseCoopers, Boston, *Transfer Pricing Database*, do International Bureau of Fiscal Documentation – IBFD, no sitio da Internet www.ibfd.org

JOYCE ZHANG, Hendersen Consulting, Taxand China, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2009 Edition and Transfer Pricing*, IBFD Tax Travel Companions, Amsterdam, Netherlands, 2009

K. TIEDMANN, "La criminalité, le droit pénal et les multinationales", *JCP*, 1979, I, n.º 2935/1979

KAMPHUIS E OOSTERHOF, *Ernest & Young Global Transfer Pricing Update*, Volume 31, n.º 4/2003

KARL CHRIS, veja-se **KEN OKAWARA/ KARL CHRIS/ NEWMAN**

KASIPILLAI, "Malaysia Releases Transfer Pricing Guidelines", *Tax Notes International*, n.º 31, n.º 4, ano de 2003

- KEN OKAWARA** da Baker & McKenzie, Tokyo e **KARL CHRIS/ NEWMAN** da Ernst & Young, Tokyo, *Transfer Pricing Database*, International Bureau of Fiscal Documentation – IBFD, no sítio da Internet www.ibfd.org.
- KENK, ANNETT**, CMS Hasche Sigle, Francfort e **THIES, ANGELIKA**, CMS GmbH Steuerberatungsgesellschaft, Munich, na publicação da EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, *Prix de transfert*, AA.VV., **De DOUVIER, PIERRE-JEAN/ GIBERT, BRUNO/ GELIN, STÉPHANE/ Le BOULANGER, ARNAUD**, Editions Francis Lefevre, Dossieres Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008
- KOLD, HORST**, “Advance Pricing Agreements (APA) in Germany – Legal and Practical Issues”, *Tax Tribune n.º 24/2007*, IOTA
- L’ESTOILE-CAMPI, A.**, *Accords préalables sur les prix de transfert. La France doit encore faire ses preuves*, BF, 2000
- LAGRASTA, CAMILLA**; veja-se **DIAS MUSA, SIMONE/ LAGRASTA, CAMILLA**
- LAMPREAVE MÁZQUEZ, PATRICIA**, *La competencia Fiscal Desleal en los Estados miembros de la Comunidad Europea*, Aranzadi - Thomson Company, 2010
- LANCEE, L.**, “Des royalties qui ne sont pas des royalties”, *Revenue fiscalité du marché commun*, 1968
- LANGBEIN, S.I.**, “The Unitary Method and the Myth of Arm’s Length”, *Tax Notes, February 17*, 1986
- LASARTE ÁLVAREZ, JAVIER**, veja-se **DI PIETRO, ADRIANO/ LASARTE ÁLVAREZ, JAVIER/ ADAME MARTÍNEZ, FRANCISCO**
- LAURIE J. DICKER** of Alvarez & Marsal Taxand LLC, Taxand United States, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2009 Edition and Transfer Pricing*, IBFD Tax Travel Companions, Amsterdam, Netherlands, 2009
- LAZEROW, H.I.**, *The OECD Draft Influence on US Income Tax Treaties*, Amesterdão, IBDF Publications, 1976
- Le BOULANGER, ARNAUD**, veja-se **DOUVIER, PIERRE-JEAN/ GIBERT, BRUNO/ GELIN, STÉPHANE/ LE BOULANGER, ARNAUD**
- Le CACHEUX, JACQUES**, “Mondialisation, intégration européenne, concurrence fiscale : faut-il réformer la fiscalité française ?”, *Fiscalité et revenus, Cahiers français n.º 343*, Mars-Abri/2008
- Le GALL, J.P.**, “Quelques réflexions sur «l’arm’s length principle» “, après le 46.º *Congrès d’International Fiscal Association*, n.º 50, Cancun, Oct. 1992
- LEAGUE OF NATIONS**, *Report on Double Taxation, submitted to the Fiscal Committee by Professors Bruins, Einaudi, Seligman and Sir John Stamp*, Genebra, Doc.E.F.S. 73/F.19, II.A-431/1923
- LEAGUE OF NATIONS**, *Double Taxation and Tax Evasion – Report and Resolutions submitted by the Technical Experts to the Financial Committee of the League of Nations*, Genebra, Doc.F.212, C.115, M.55, 1925, II
- LEAGUE OF NATIONS**, *Double Taxation and Tax Evasion – Report presented by the General Meeting of Government Experts on Double Taxation and Tax Evasion*, Genebra, Doc.C.562.M.178.1928.II.49
- LEAGUE OF NATIONS**, *London and México Model Tax Conventions. Commentary and Text*, Genebra, Doc. C.88.M.1946.II.A
- LELLO & IRMÃO**, *DICIONÁRIO PRÁTICO ILUSTRADO*, Editores, Porto, 1994
- LEYVA**, veja-se **STACK/DEL CASTILLO/ LEYVA**
- LONGARTE CIFRIÁN, IGNACIO**, veja-se **CALDERÓN CARRERO, JOSÉ MANUEL/ CARMONA FERNÁNDEZ, NÉSTOR/ JONES RODRIGUES, LUÍS/ LONGARTE CIFRIÁN, IGNACIO/ MARTÍN JIMÉNEZ, ADOLFO J./ PÉREZ-RODILHA, GERARDO**

- LÓPEZ DÍAZ, ANTONIO**, *Actuaciones de la inspección tributaria: interrupción y suspensión*, Tecnos, D.L., Madrid, 1994
- LÓPEZ DÍAZ, ANTONIO**, “Estudios sobre el impuesto de sociedades”, AA.VV., coordenação de **YEBRA MARTUL-ORTEGA, PERFECTO/ GARCÍA NOVOA, CÉSAR/ LÓPEZ DÍAZ, ANTONIO**, Comares, Granada, 1998
- LÓPEZ DÍAZ, ANTONIO**, “Autocomposición de intereses en materia tributaria: su admisibilidad a la luz de los principios de reserva de ley, interdicción de la discrecionalidad y de indisponibilidad del crédito tributario”, AA.VV., *Estudios de derecho financiero y tributario en homenaje al profesor Calvo Ortega*, coordenação de **MARTÍN DÉGANO, ISIDORO/ MENÉNDEZ GARCÍA, GERARDO/ VAQUERA GARCÍA, ANTONIO**, Lex Nova, Valladolid, 2005, pags. 683-700
- LÓPEZ DÍAZ, ANTONIO**, “Determinación y estimación de la base imponible: conceptos diferentes y regímenes diferentes”, Civitas, *Revista española de derecho financiero* N.º 137, 2008, pags. 67-85
- LÓPEZ RODRIGUEZ, J.**, “Ámbito de discrecionalidad administrativa en los acuerdos previos sobre precios de transferencia”, *CT n.º 79/1996*
- LORENZI, JEAN-Hervé**, “L’impact de la mondialisation sur les stratégies des entreprises – Conséquences et enjeux”, *Mondialisation et commerce international*, *Cahiers français* n.º 341, Novembre-Décembre/2007
- LUCAS MAS, MAYRA O.**, “La Tributación Multiestatal de Sociedades en Estados Unidos (Una introducción al modelo de articulación entre sistemas tributarios estatales del mercado norteamericano)”, *Crónica Tributaria* Num. 122/2007
- LUCAS MAS, MAYRA O.**, veja-se **POMP, RICHARD/ LUCAS MAS, MAYRA O.**
- M. COZIAN**, “Les transactions intra-groupe: le principe des transactions à prix normal”, *BF n.º 03/1996*
- M. DELMAS-MARTY**, “La criminalité, le droit pénal et les multinationales”, *JCP – I*, n.º 2935/1979
- MAGRANER MORENO, FRANCISCO JAVIER**, *La Coordinación del Impuesto sobre Sociedades en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Fiscales, 2010
- MANIN, P.**, *Les communautés européennes. L’Union européenne*, Pédone, 5ª Edition, 1999
- MANUEL GUTIÉRREZ LOUSA**, veja-se **TEODORO COARDÓN EZQUERDO/ MANUEL GUTIÉRREZ LOUSA**
- MÁRIO ORTEGA CALLE**, veja-se **RAMON LOPEZ DE HARO/ MÁRIO ORTEGA CALLE**
- MARTÍN JIMÉNEZ A.J.** – veja-se – **CAAMAÑO ANIDO M.A./ CALDERÓN CARRERO J.M./ MARTÍN JIMÉNEZ A.J.**
- MARTÍN JIMÉNEZ A.J./ CALDERÓN CARRERO J.M.**, “Imposición Directa Y no Discriminación Comunitaria”, en Cuadernos 3 Fiscales, Endersa, Madrid, 2000
- MARTÍN JIMÉNEZ, ADOLFO J.**, veja-se **CALDERÓN CARRERO, JOSÉ MANUEL/ CARMONA FERNÁNDEZ, NÉSTOR/ JONES RODRIGUES, LUÍS/ LONGARTE CIFRIÁN, IGNACIO/ MARTÍN JIMÉNEZ, ADOLFO J./ PÉREZ-RODILHA, GERARDO**
- MARTÍN QUERALT, J.** “Algo más que una reforma: los acuerdos previos sobre precios de transferencia”, *Tribuna Fiscal*, n.º 66/1996
- MARTIN URIZ, I.**, *Crisis económicas del siglo XX*, Madrid, Salvat Editores, S.A., 1981
- MARTÍN ZAMORA, P./ BONSON PONTE, E.**, “Los Grupos de Sociedades”, *La Nueva Regulación del Impuesto sobre Sociedades. Regímenes Especiales*, t. II, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 1996

- MARX, JEAN-DENIS / ISHIKAWA, TOSHIO**, Baker & McKenzie Tokyo Aoyama Koma Law Office, publicação da EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, "*Prix de transfert*", de **DOUVIER, PIERRE-JEAN/ GIBERT, BRUNO/ GELIN, STÉPHANE/ LE BOULANGER, ARNAUD** – Editions Francis Lefevre – Dossieres Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008
- MAZEROV, M.**, "Why arm's length falls short", *International Tax Review*/1994
- MCDERMOTT, J.E.**, *Transfer Pricing under U.S. Law. The New Regime; 1994 Final Regulations*, New York, Ed. IBC Financial Publishing, 1995
- McINTYRE, M.J.**, veja-se **ARNOLD, B.J./ McIntYRE, M.J**
- MESSERE, K.**, "The Precursors and Successors of the New OECD Model Tax Convention on Income and Capital", *European Taxation*, v. 33, n.º 8/1993
- MICHAEL PFAFFERMAYR**, veja-se **PETER EGGER/ MICHAEL PFAFFERMAYR**
- MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES**, *Constituição Europeia*, Coimbra Editora, 2004
- MONNIER, JEAN-MARIE**, "La politique fiscale: objectifs et contraintes", *Fiscalité et revenus, Cahiers français n.º 343*, Mars-abril/2008
- MONSELLATO, G.**, *Les prix de transfert et les entreprises multinationales. Une vue global*, PUF/CEEIM, 1979
- MONSELLATO, G.**, *Les prix de transfert*, Máxima, 1998
- MONTEL-DUMONT, OLÍVIA**, "Les tendances récentes du commerce extérieur français – Panorama des échanges internationaux", *Mondialisation et commerce international, Cahiers français n.º 341*, Novembre-décembre/2007
- MORENO FERNÁNDEZ, J.I.**, *La Tributación de las Operaciones Vinculadas*, 2.ª Edición, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003
- MUCCHIELLI, JEAN-LOUIS**, "Entreprises multinationales et commerce international – Conséquences et enjeux", *Mondialisation et commerce international, Cahiers français n.º 341*, Novembre-décembre/2007
- MUNDELL, R.A.**, "International Trade and Factor Mobility", *The American Economic Review*, Juin/1957
- MUTÉN, L.**, *Double Taxation Conventions Between Industrialised and Developing Countries*, 1992
- NAÇÕES UNIDAS**, *Transnational Corporations and International Trade: Selected Issues. Technical Papers*, UNCTC, New York, United Nations Publications, 1985
- NAÇÕES UNIDAS**, *International Income Taxation and Developing Countries*, CENTRO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE EMPRESAS MULTINACIONAIS, New York, United Nations Publications, 1988
- NAÇÕES UNIDAS**, *WORLD INVESTMENT REPORT*, 2008
- NEWMAN**, veja-se **KEN OKAWARA/ KARL CHRIS/ NEWMAN**
- NOGUCHI, S.**, *Analysis of Overseas Business Activities of Japanese Companies in Terms of Parent Companies*, OCDE, DSTI/EAS/IND/WP3, 1997
- OCDE**, "Preços de transferência e empresas multinacionais – Relatório do Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE de 1979", *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 144, Lisboa, 1985
- OCDE**, "OECD and UN Models, A Comparison", Boston, *Kluwer Law and Taxation Publishers*, vol.15, 1992
- OCDE**, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations. Part I: Principles and Methods, Discussion Draft*, OECD Publications, Paris, 1994

- OCDE**, *Tax Treaties. Linkages Between OECD Member Countries and Dynamic Non-Members Economies*, Paris, OECD Publications, 1996
- OCDE**, *Relatório Sobre as Práticas da Concorrência Fiscal Prejudicial da OCDE – Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, Paris, France, 1998
- OCDE**, “OCDE – Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 189, Centro de Estudos e Apoio às Políticas Tributárias, Ministério das Finanças, Lisboa, 2002
- OCDE**, “MCOCDE – Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património”, *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 197, Lisboa, 2005
- OCDE**, “MCOCDE”, publicado pelo “Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE” em 15 de Julho de 2005, Paris, 2005, traduzido pelo Centro de Estudos Fiscais da DGCI a partir das versões inglesas e francesas publicadas por aquele “Comité”, *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 197/2005, Lisboa
- OCDE**, *Manuel de l’OCDE sur les indicateurs de la mondialisation économique – Mesurer la mondialisation*, ano 2005
- OCDE**, *Mesurer la mondialisation – Les indicateurs économiques de la mondialisation – Manuel de l’OCDE*, 2005
- OCDE**, *Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património – OCDE*, Ministério das Finanças, Lisboa, 2005
- OCDE**, *L’OCDE en chiffres – 20 ème anniversaire*, 2008, no sítio www.ocde.org/enchiffres
- OMC**, *Estadísticas del comercio internacional*, 2008
- ONU**, *Tax Treaties between Developed and Developing Countries*, Doc.E/4614.ST/ECA/110, New York, UN Publications, Sales No: E.69.XVI.2/1969
- ONU**, *Tax Treaties between Developed and Developing Countries, Second Report, Part II*, Doc.E/4936.ST/ECA/137, New York, United Nations Publications, Sales No.: E.71.XVI.2/1970
- ONU**, *Issues relating to Tax Treaties between Developed and Developing Countries. Report of the Secretary-General to the Group of Experts – 1975*
- ONU**, *Report of the Group of Experts on Tax Treaties between Developed and Developing Countries on its Fifth Meeting*, Doc. ST/ESA/18, New York, UN Publications, Sales No. E.75.XVI.1/1975
- ONU**, *Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties Between Developed and Developing Countries*, Doc: ST/ESA/94, New York, UN Publications, Sales No. E.79.XVI.3/1979
- ONU**, *Report of the Group of the Experts on Tax Treaties between Developed and Developing Countries on the Work of its eighth Meeting*, Doc. ST/ESA/19, New York, UN Publications, Sales No.E.80.XVI.1/1980
- ONU**, *United Nations Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries*, Doc. ST/ESA/102, New York, UN Publications, Sales No. E.80.XVI.3/1980
- ONU**, *OECD Work on Transfer Pricing*, Sétima Reunião do Grupo ad hoc de Especialistas em Cooperação Internacional de Questões Fiscais, Genebra, 11 a 15 de Dezembro/1995
- ONU**, *United Nations Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries*, Doc.ST/ESA/PAD/SER.E/21, New York, UN Publications, Sales No.E.01.XVI.2/2001
- ONU**, “Flujos mundiales de IED, 20 principales economías, 2006, 2007”, Fonte, *Informe sobre las Inversiones en el Mundo – Las empresas transnacionales y el desafío de las infraestructuras*, Nueva York y Ginebra, 2008

- ORDRE DES EXPERTS-COMPTABLES**, *Les groupes et groupements de sociétés*, XXIIIe Congrès national de l'Ordre des experts-comptables, 1968
- OWENS, J.**, *The Main Differences Between The OECD and The United Nations Model Convention*, 1996
- PAGAN, J. C.**, *Transfer Pricing Strategy in a Global Economy*, The Netherlands, IBDF Publications, 1993
- PALAO TABOADA, C.**, "Lo «blando» y lo «duro» del Proyecto de Ley de Derecho y Garantías de los Contribuyentes", *Revista de Contabilidad y Tributación*, n.º 171/1997
- PATÓN GARCÍA, G.**, veja-se **COLLADO YURRITA, M.A./ PATÓN GARCÍA, G.**
- PATRICIA NOIRET CUNHA**, *Jurisprudência Fiscal Comunitária Anotada*, Volume I, Almedina, Coimbra, 2002
- PATRICK CAUWENBERGH**, "Does The Arm's Length Standard Require a Flexible or a Rigid Interpretation?", *International Transfer Pricing Journal*, n.º 3, Maio-Junho/1997
- PAULA DOURADO, ANA**, *A Tributação dos Rendimentos de Capitais: A Harmonização na Comunidade Europeia*, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1996
- PAULA DOURADO, ANA**, "Do Caso Saint-Gobain ao Caso Metallgesellschaft: O Âmbito do Princípio da Não Discriminação do Estabelecimento Estável no TCE e a Cláusula da Nação Mais-Favorecida" – *Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional – Fisco*, Lisboa, 2003
- PEDRO AMAT**, veja-se **ALEJANDRO ESCODA, PEDRO AMAT/ ALEXANDRE IBÁÑEZ**
- PEDRO SANTOS, JOÃO**, "Jurisprudência Comunitária – anotação ao acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades de 12 de Dezembro de 2002 – Processo Lankhorst-Hohorst", *Ciência e Técnica Fiscal*, N.º 408, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 2002
- PENNERA, C.**, *Les sociétés-relais et l'évasion fiscale internationale*, JCP, éd. Commerce International, 1974
- PEREZ-NAVARRO, L.G.**, "Les frontières fiscales dans une économie mondialisée", *L'Observateur*, n.º 215/1999
- PÉREZ-RODILHA, GERARDO**, veja-se **CALDERÓN CARRERO, JOSÉ MANUEL/ CARMONA FERNÁNDEZ, NÉSTOR/ JONES RODRIGUES, LUÍS/ LONGARTE CIFRIÁN, IGNACIO/ MARTÍN JIMÉNEZ, ADOLFO J./ PÉREZ-RODILHA, GERARDO**
- PETER EGGER e MICHAEL PFAFFERMAYR**, "The determinants of intrafirm trade: In search for export-import magnification effects", *Review of World Economics*, n.º141(4), 2005
- PETERSON, S.D./ HORNER, F.M.**, "Secondary Adjustments and Related Aspects of Transfer Pricing Corrections", Proceedings of a Seminary held in Toronto, Canada, in 1994 during the 48th Congress of the International Fiscal Association, IFA, ED. Kluwer, Holanda, 1996
- PICCIOTTO, S.**, *International Business Taxation. A study in the Internationalization of Business Regulation*, New York, Ed. Quórum Books, 1992
- PINHEIRO, GABRIELA**, *A fiscalidade Directa na União Europeia*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998
- PINTO FURTADO, JORGE HENRIQUE**, *Curso de Direito das Sociedades*, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2001
- PITTA E CUNHA, PAULO DE**, "O Pendor Federal da Integração – a União Europeia e o Mercosul", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 6, Lisboa, Janeiro/2001
- PLAGNET, B.** *La procédure amiable*, Juris-Classeur Fiscal ID, Faz. 15 B et Juris-Classeur Fiscal International, Faz. 350-B, 1981
- PLASSCHAERT, S.**, *Transfer Pricing and Taxation*, London, United Nations Publications, 1994

- POMP, RICHARD**, “La Tributación Multiestatal De Sociedades En Estados Unidos (Una introducción al modelo de articulación entre sistemas tributarios estatales del mercado norteamericano)”, *Cronica Tributaria*, Num. 122/2007
- POMP, RICHARD/ LUCAS MAS, MAYRA O.**, “La Tributación Multiestatal De Sociedades En Estados Unidos (Una introducción al modelo de articulación entre sistemas tributarios estatales del mercado norteamericano)”, *Cronica Tributaria*, Num. 122/2007
- PONCY, S.**, “L'évaluation financière des connaissances techniques”, *Travaux du Centre de droit de l'entreprise*, n. ° 24, Montpellier, 1973
- RAMALLO MASSANET, J.**, “La eficacia de la voluntad de las partes en las obligaciones tributarias”, *Cronica Tributaria*, n. ° 76/1995
- RAMON LOPEZ DE HARO/ MÁRIO ORTEGA CALLE**, Garrigues, Taxand Spain, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2009 Edition and Transfer Pricing, IBFD Tax Travel Companions, Amsterdam, Netherlands, 2009
- RASSAT, P.**, *Les prix de transfert et les entreprises multinationales. Une vue global*, PUF/CEEIM, 1979
- RASSAT, P.**, *Les prix de transfert*, Máxima, 1998
- RAVENTOS CALVOS, STELLA**, “La sentencia Marks & Spencer: una ocasión perdida”, *Quincena Fiscal, Revista de Actualidad Fiscal*, Número 6, Marzo/2006
- RAY REES**, *Dicionário de Economia*, Edições Verbo, Lisboa, 1987
- RITA TAVARES DE PINA**, veja-se **GLÓRIA TEIXEIRA/ RITA TAVARES DE PINA**
- RITTER, W.**, *General Report*, 1975
- ROCHA ANDRADE, FERNANDO**, “Preços de transferência e tributação de multinacionais: As evoluções recentes e o novo enquadramento jurídico português”, *Separata do Boletim de Ciências Económicas da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. XLV-A, Coimbra, 2002
- ROGER H. GORDON/ JEFFREY K. MACKIE-MASON**, “Why Is There Corporate Taxation in a Small Open Economy? The Rule of Transfer Pricing an Income Shifting”, National Bureau of Economic Research, *Working Paper*, No. 4690, March 1994
- ROSADO PEREIRA, PAULA**, “O Novo Regime dos Preços de Transferência”, *Fiscalidade*, n.º 2/2001
- ROSADO PEREIRA, PAULA**, *A Tributação das Sociedades na União Europeia – Entraves Fiscais ao Mercado Interno e Estratégias de Actuação Comunitária*, Almedina, Coimbra, 2004
- ROSEMBUJ, T.**, *Las operaciones vinculadas y la subcapitalización en el Impuesto sobre Sociedades*, Impuestos II, 1997
- ROSENZWEIG, P.M.**, “The Choice of Entry Mode in Sequential Foreign Direct Investment”, *Strategic Management Journal*, Vol. 22, N. ° 8, Août./2001
- RUIBAL PEREIRA**, *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los CDIs y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*, IEF, Madrid, 2002
- SADNI-JALLAB, MUSTAPHA**, “La géographie des échanges intrenationaux – Panorama des échanges internationaux”, *Mondialisation et commerce international*, *Cahiers français* n. ° 341, Novembre-décembre/2007
- SALA GALVAÑ**, *Los Precios de Transferência Internacionales. Su Tratamiento Tributário*, Tirant lo Blanch, Valência, 2003
- SALINAS**, veja-se **JARAMILLO/SALINAS/CASTELLON**
- SALORT, M.**, veja-se **BREMOND, J./ SALORT, M.**

- SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A.**, *La doble imposición internacional en la Unión Europea. Especial consideración del Impuesto sobre Sociedades*, Madrid, Ediciones La Ley, 1995
- SANMARTÍN MARIÑAS, JESÚS**, *Tributación de las operaciones vinculadas y su documentación. Ejemplos prácticos*, Quantor, 2010
- SANZ GADEA, E.**, *Impuesto sobre Sociedades, Comentarios y casos prácticos*, tomo I, 3.ª edição, CEF, Madrid, 1991
- SCHMIEMANN, MANFRED**, "Industry, trade and services", *Statistics in focus n.º 31/2008*, EUROSTAT
- SCHMIEMANN, MANFRED**, veja-se **EUROSTAT**
- SEC (2001)** 1681 final, *La Fiscalité des entreprises dans le Marche Intérieur*
- SEC (2005)** 1477, *22ème Rapport annuel sur le controle de l'application du droit communautaire (2004)*
- SEC (2006)** 1690 final, *Tax Treatment of Losses in Cross-Border Situations Technical Annexes*
- SEC (2007)** 0246 final, *EU joint transfer pricing forum in the field of dispute avoidance and resolution procedures and on Guidelines for Advance Pricing Agreements within the EU.*
- SÉRGIO VASQUES**, *Jurisprudência Fiscal Comunitária Anotada*, Volume I, Almedina, Coimbra, 2002
- SERRANO ANTÓN, FERNANDO**, *La terminación convencional de procedimientos tributarios y otras técnicas transaccionales*, Asociación Española de Asesores Fiscales, Madrid, 1996
- SERRANO ANTÓN, FERNANDO**, "Los aspectos fiscales internacionales de los establecimientos permanentes", *Fiscalidad Internacional – 2.ª Edición*, AA.VV., Ediciones Estudios Financieros, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2005
- SILVA, FELIPE CABRAL**, veja-se **TOGNETTI, SILVANIA CONCEIÇÃO/ SILVA, FELIPE CABRAL**
- SIMMONS, D.L.**, "Worldwide Unitary Taxation: Retain and Rationalize, or Block at the Water's Edge?", *Stanford Journal of International Law*, n.º 157, at 173., 1985
- SKAAR, A.A.**, *Permanent Establishment*, Boston, Ed. Kluwer, 1991
- SOAREZ MARTÍNEZ**, *Economia Política*, Coimbra, Almedina, 2005
- STACK/DEL CASTILLO/LEYVA**, "Transfer Pricing in the US and Latin America", *Tax Management Int'l Journal*, 2002
- STAPLES, R.**, *The Taxation of Limited Companies carrying on Business both in the United Kingdom and Elsewhere*, 1965
- SYLVAIN PLASSCHAERT**, *Na EU Tax on Consolidated Profits of Multinational Entreprises*, European Taxation (IBFD), Janvier/1997
- T. HORST**, veja-se **BERGSTEN, C.F./ T. HORST/ T. MORAN**
- TEODORO COARDÓN EZQUERDO/ MANUEL GUTIÉRREZ LOUSA**, "La Libertad de Movimiento de Factores Productivos en la Unión Europea. Los Principios de Livre Establecimiento y no Discriminación", AA.VV., *Os Efeitos da Globalização na Tributação do Rendimento e da Despesa, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 188, Centro de Estudos Fiscais, Ministério das Finanças, Lisboa, 2000
- TERESA MATA SIERRA, MARÍA**, *La Armonización Fiscal en la Comunidad Europea – 2.ª Edición*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1996
- THE BAKER/ MCKENZIE**, *Intercompany Pricing. Guide to the New 1993 United States Rules*, North American Tax Practice Group, Edições Kluwer, The Netherlands, 1993
- THIES, ANGELIKA**, veja-se **KENK, ANNETT/ THIES, ANGELIKA**

TIAGO CASSIANO NEVES, veja-se **FERNANDO CASTRO SILVA/ TIAGO CASSIANO NEVES**

TIONAL TAX AGENCY, *Commissioner's Directive On The Operation Of Transfer Pricing (Administrative Guidelines)*, 2007, no sítio da Internet http://www.nta.go.jp/foreign_language/07.pdf.

TIRARD, J.M., *La Fiscalité des Sociétés dans la C.E.E.*, La Villeguerin, Collection "Gestion fiscale et juridique", 3.^a Edição, 1991/1992

TOGNETTI, SILVANIA CONCEIÇÃO/ SILVA, FELIPE CABRAL, BM&A Consultadoria Tributaria; Taxand Brazil, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2009 Edition and Transfer Pricing, IBFD TAX TRAVEL COMPANIONS, Amsterdam; Netherlands, 2009

TOVILLAS MORÁN, J.M., *Estudio del Modelo de Convenio sobre Renta y Patrimonio de la OCDE de 1992*, Marcial Pons, Madrid, 1996

TURNER, M.W., "International Taxation and the Great Transfer Pricing Debate: The Position Adopted on the other Side of the Atlantic", Loyola of Los Angeles, *Law Review*, 1991

U.S.A. TREASURY DEPARTMENT, *A Study of Intercompany Pricing . Discussion Draft*, 1988

U.S.A. TREASURY DEPARTMENT, *U.S. Model Income Tax Conventions of September 20, 1996*, Daily Tax Treasury Documents. Highlights & Documents, September 23, 1996

UE – EUROPEAN COMMISSION ENTERPRISE AND INDUSTRY DIRECTORATE-GENERAL, Promotion of SMEs' competitiveness, *Final report of the expert group accounting systems for small enterprises – recommendations and good practices*, November/2008

VANISTENDAEL, "Janus with two faces, or many faces of taxation", *Liber Aicorum Sven-Olof Lodin*, Kluwer, The Hague, 2001

VEIGA DE FARIA, MARIA TERESA, "Preços de transferência – Problemática geral", A Internacionalização da Economia e a Fiscalidade, *Colóquio Comemorativo do XXX Aniversário do Centro de Estudos Fiscais*, Lisboa, 1993

VICTOR UCKMAR, veja-se **BALZANI, FRANCESCA**

VILLEMOT, D, *L'harmonisation fiscale européenne*, PUF, Collection "Que sais-je? ", 1991

VOGEL, K., *United States Income Tax Treaties*, Deventer, Ed. Kluwer, 1992

VOGEL, K., "Problems of a Most-Favoured-Nation Clause in Intra-EU Treaty Law", *Ec. Tax Review*, 1995

VOGEL, K., *Double Taxation Conventions (A commentary to the OCDE, UN and US Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation on Income and Capital. With particular reference to the German Treaty Practice*, Kluwer Law International, Third edition, Londres, 1998

WAAL, A., "Un nouveau régime de contrôle des prix de transfert. New legislation dealing with transfer ", *Revue de droit des affaires internationales*, n. ° 6/1996

WANG-FOUCHER, HAIYING, Dr., EDITIONS FRANCIS LEFEVRE, "*Prix de transfert*", AA.VV., **DOUVIER, PIERRE-JEAN/ GIBERT, BRUNO/ GELIN, STEPHANE/ LE BOULANGER, ARNAUD**, Editions Francis Lefevre, Dossiers Pratiques Francis Lefevre, Paris, France, 2008

WEINER, J.M., "Using the experience in the U.S. States to evaluate issues in implementing formula apportionment at the international level", *Tax Notes International*, 13 Décembre/1996

WEINER, JOANN MARTENS, "The European Union: Insights From The United States And Canada", *Taxation Papers Formulary Apportionment And Group Taxation*, 2005

WILKIE, J.S., *Transfer Pricing Strategy in a Global Economy*, The Netherlands, IBDF Publications, 1993

WILLIAM T. CUNNINGHAM, "The cost-plus method", *International Transfer Pricing Journal*, vol. 6, n. ° 1, Jan.-Fev./1996

- WILLIAMS, E.**, "Basics of the USA APA program", *Tax Notes Int.*, 1993/8
- WRAPPE, S.**, "APA : the IRS rediscovers ADR", *Tax Notes Int.*, 1994/6
- WRAPPE, S.**, "Building a better resolutions: adapting IRS procedure to fit the dispute", *Tax Notes Inte.* 28 Oct./1996
- WRAPPE" CHUNG**, "Current Status of Global Advance Pricing Agreement Programs", *Tax Management International Journal*, 2002
- XAVIER DE BASTO, JOSÉ GUILHERME**, "*A Tributação do Consumo e a sua Coordenação Internacional*", Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1991
- XAVIER, ALBERTO**, *Direito Tributário Internacional*, Almedina, Coimbra, 1993
- XAVIER, ALBERTO**, *Direito Tributário Internacional*, 2.^a Edição actualizada, Almedina, Coimbra, 2007
- YEBRA MARTUL-ORTEGA, PERFECTO**, "Idea de lo justo en la fiscalidad: (nota histórico-doctrinal)", *Problemas de la ciencia jurídica : estudios en homenaje al profesor Francisco Puy Muñoz*, coordinan **MILAGROS OTERO PARGA, M^a CAROLINA ROVIRA FLÓREZ DE QUIÑONES, MANUEL SEGURA ORTEGA**, Universidade, Servicio de Publicacións e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 1991, Tomo II, pags. 479-496.
- YEBRA MARTUL-ORTEGA, PERFECTO**, *Constitución Financiera Española. Vintecinco Años*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2004.
- YEBRA MARTUL-ORTEGA, PERFECTO**, *Las reformas fiscales en Europa*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2004.
- YEBRA MARTUL-ORTEGA, PERFECTO**, *El derecho financiero en los Tratados de la Unión Europea*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2007.
- ZAPF, HERVÉ e DU PASQUIER, JAMES**, "L'Arrêt Marks & Spencer: Une victoire à la Pyrrhus?", *Petites Affiches* N. ° 78, 19 de Abril/2006
- ZORNOZA PÉREZ, J.J.**, "Determinación de los precios de transferencia en ausencia de precios de mercado comparables", *CT n. ° 67/1993*
- ZORNOZA PÉREZ, J.J.**, "¿Qué podemos aprender de las experiencias comparadas? Admisibilidad de los convenios, acuerdos y otras técnicas transaccionales en el Derecho tributario español", *CT n. ° 77/1996*