



UNIVERSIDADE
CATÓLICA PORTUGUESA | FACULDADE
DE DIREITO
ESCOLA DE LISBOA

PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA E MÉTODOS FORMULÁICOS:

UMA ANÁLISE COMPARATIVA

Tese de Mestrado

em

Direito Fiscal

SOB ORIENTAÇÃO DO SR. PROF. JOÃO TABORDA DA GAMA

CÁTIA MORGADO ASCENSO

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA – LISBOA

JANEIRO DE 2016

ABREVIATURAS E DESIGNAÇÕES

ALP	Arm's length principle
BEPS	Base Erosion Profit Shifting
CCCTB	Common Consolidated Corporate Tax Base
CMOCDE	Convenção Modelo OCDE
CPM	Cost Plus Method
CUP	Comparable Uncontrolled Price
FA	Formulary Apportionment
OCDE/OECD	Organização para o Desenvolvimento e Cooperação Económica
OMC	Organização Mundial do Comércio
PSM	Profit Split Method
RPM	Resale Price Method
TNM	Transactional Net Margin
TP	Transfer Pricing
TPM	Transactional Profit Method
TTM	Transactional Traditional Method
UE	União Europeia
UN/ONU	Organização das Nações Unidas

ÍNDICE

1. INTRODUÇÃO	4
2. CONCEITO DE PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA	5
3. ARM'S LENGTH PRINCIPLE	9
3.1. Conceito e métodos	9
3.2. Pros e contras	14
3.3. Projeção internacional	17
4. FORMULARY APPORTIONMENT	19
4.1. Conceito	19
4.2. Princípio Estrutural do Formulary Apportionment	23
4.3. Pros e contras	27
4.4. Projeção internacional	30
5. BEPS: ENTRE O ARM'S LENGTH PRINCIPLE E O FORMULARY APPORTIONMENT	49
5.1. Relatórios BEPS	49
5.2. Um Paradigma Dualista	54
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

1. INTRODUÇÃO

O fenómeno de globalização a que temos assistido nos últimos anos, permitindo uma rápida integração de mercados e crescimento económico de vários países, acentuou um problema que começou a ser discutido depois na década de 30 – Preços de Transferência. Ora, preços de transferência têm implicações não só de uma perspectiva empresarial, como Estadual, estimando-se que 70% das operações de multinacionais se realizem intragrupo.

Atendendo à importância que este tópico tem num mundo globalizado, a presente dissertação de mestrado surge com o intuito de analisar se o *arm's length principle*, isto é, o princípio do preço de plena concorrência, se mantém como o método preferível para uma correta atribuição de lucros, ou se o *formulary apportionment* será mais adequado.

Com efeito, esta questão tem merecido larga discussão nos últimos anos. Para tanto, podemos indicar as iniciativas levadas a cabo pela Comissão da União Europeia que, em 2001, emitiu uma 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 UE*”¹, doravante “Comunicação sobre o Imposto sobre as Sociedades”, e publicou um estudo sobre a tributação das empresas dentro do Mercado Interno - “*Company Taxation in the Internal Market*”² -, do qual derivou o *Common Consolidated Corporate Tax Base* (CCTB), que incorpora elementos típicos do *formulary apportionment*.

¹ COM(2001) 582 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 UE*”.

² SEC (2001) 1681 final, “*Company taxation in the Internal Market*”.

Mais recentemente, a iniciativa BEPS, da OCDE, propõe-se a desencadear grandes mudanças na forma como os Estados lidam com os preços de transferência. As conclusões e sugestões da OCDE são, por muitos Autores, indícios de que será necessário um novo paradigma para resolução de problemas relacionados com erosão fiscal e manipulação de lucros.

Assim, a primeira parte desta dissertação abordará as principais características do *arm's length principle* e do *formulary apportionment*, bem como as vantagens e desvantagens que frequentemente lhes são imputadas pela doutrina.

Num segundo momento, olharemos para o relatório BEPS, analisando se estaremos diante de uma nova era para o *formulary apportionment* ou se, na verdade, se trata somente de uma reforma do *arm's length principle*.

2. CONCEITO DE PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

“A prática denominada de preços de transferência consiste na política de preços que vigora nas relações internas de empresas interdependentes e que, em virtude destas relações especiais, pode conduzir à fixação de preços artificiais, distintos, dos preços de mercado.”³

Num mundo crescentemente globalizado e internacionalizado, as transações levadas a cabo internamente por empresas multinacionais ganham cada vez mais relevo.

A política de preços praticada no seio de uma empresa multinacional, poderá não só despoletar situações de concorrência desleal face a outras empresas, incapazes de suportar os custos aliados a tais políticas de preços, como conduzir a uma erosão da base fiscal

³ XAVIER, Alberto, “Direito Tributário Internacional”, Almedina (2011), pp. 430-431

dos Estados envolvidos nessa transação, na medida em que poder-se-á verificar manipulação de lucros interjurisdicional.

O melhor exemplo dessa situação pode ser ilustrado pela forma como a cadeia de cafés *Starbucks* alocou os seus lucros em jurisdições de baixa tributação, deduzindo perdas em jurisdições de alta tributação. Ao manipular os seus lucros e perdas, através de operações intragrupo, onde os preços praticados não obedeciam ao *arm's length principle*, a *Starbucks* pagou quantias mínimas a título de imposto no Reino Unido.

Numa outra ótica, os ajustamentos e correções efetuadas pelas Autoridades Fiscais, em consequência dos preços praticados nas operações intragrupo, gera o perigo de essas empresas virem a sofrer dupla tributação económica.

Importa, no entanto, considerar que a alocação de lucros, entre um e outro Estado, pode não se reportar exclusivamente a motivos fiscais. Na verdade, outros motivos podem justificar as escolhas efetuadas por aquela empresa, como a existência de incentivos fiscais num dos Estados, políticas económicas, pressões salariais, restrições cambiais, entre outros.

Todavia, as diferenças de *tributação efetiva* entre os vários Estados conduz, naturalmente, a que as multinacionais procurem estruturar os seus lucros e prejuízos de modo a otimizarem a sua estrutura fiscal⁴.

Para obviar a situações de manipulação de lucros, fraude fiscal e distorção de concorrência, normas de controlo dos preços de transferência foram implementadas por todo o mundo, sendo que permitem aos Estados alocar a receita correspondente àquela transação inter-fronteiras.

⁴ Para a diferença entre planeamento fiscal, evasão fiscal e fraude fiscal, cfr. SANCHES, J.L. Saldanha, “Os limites do planeamento fiscal: substância e forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional”, Coimbra Editora (2006).

A Organização de Cooperação e Desenvolvimento Económico (doravante, "OCDE"), assume um papel central nesta questão, na medida em que os seus estudos têm influenciado profundamente a grande maioria dos países⁵.

Destacam-se nesse campo as "*OECD Transfer Pricing Guidelines*".

Nos termos desse estudo, a OCDE expõe que as políticas de preços de transferência devem assentar nos seguintes princípios:

- (i) Princípio da entidade separada – contabilidade separada para cada unidade de uma empresa, isto é, mesmo um estabelecimento estável, subsidiária ou filial num outro Estado, encontram-se adstritos a possuírem uma contabilidade separada⁶;
- (ii) *Arm's length principle* ou princípio da plena concorrência.

É igualmente nesse estudo que encontramos menção a alguns dos grandes problemas causados pela fixação de preços artificiais nas operações entre empresas relacionadas, bem como as razões pelas quais a OCDE opta pelo *arm's length principle* como princípio subjacente aos métodos de determinação e apuramento de preços de transferência, em detrimento do *formulary apportionment method*.

⁵ Sobre o conceito de *soft law*, cfr. FAIRHURST, John, "*Law of the European Union*", Pearson, 7ª Ed. (2010), pág. 65.

⁶ De acordo LI, Jinyan, "*Global Profit Split: An Evolutionary Approach to International Income Allocation*", 50 *Canadian Tax Journal* 3 (2002), pag. 5, o princípio da contabilidade separada tem sido frequentemente confundido erroneamente com o *arm's length principle*.

Antes, cabe ainda referir que o princípio do preço de plena concorrência assenta no conceito de *empresas relacionadas*. Estas relações especiais podem manifestar-se de vários modos, desde controlo dos direitos de voto, ligações entre membros da administração e gestão de órgãos sociais de ambas as empresas.

Assim, nos termos do CMOCDE, o conceito de empresas ou entidades relacionadas compreende a detenção direta ou indireta de participações sociais, na administração, controlo ou capital de uma empresa noutra empresa:

“ARTIGO 9^o”
EMPRESAS ASSOCIADAS

1. Quando:

- a) uma empresa de um Estado Contratante participe, directa ou indirectamente, na direcção, no controlo ou no capital de uma empresa do outro Estado Contratante; ou*
- b) as mesmas pessoas participem, 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, estejam ligadas por condições aceites ou impostas que difiram das que seriam estabelecidas entre empresas independentes, os lucros que, se não existissem essas condições teriam sido obtidos por uma das empresas, mas não o foram por causa dessas condições, podem ser incluídos nos lucros dessa empresa e tributados em conformidade.”

⁷ OCDE – Comité dos Assuntos Fiscais, “*Modelo de Convenção Fiscal sobre o rendimento e o património*”, in *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, Centro de Estudos Fiscais (Julho de 2010).

Todavia, o próprio conceito de “empresas associadas” ou com relações especiais, de acordo com a terminologia adotada pelo legislador Português, pode levantar algumas questões.

O primeiro problema prende-se com divergências na interpretação e aplicação deste conceito, podendo levar a situações de dupla tributação económica.

Por exemplo, um país que utilize um conceito mais abrangente de relações especiais, face a outro que aplique um conceito mais restrito e que se recuse a proceder a um reajustamento em conformidade com o do outro país.

O segundo problema, prende-se com as noções de *controlo*. Certos países valorizam o “controlo *de facto*” _ como a Índia, China e Estados Unidos da América_, enquanto outros valorizam “controlo *de jure*” _ Reino Unido e Países Baixos.

Tendo estes aspectos em mente, tentaremos concretizar a razão subjacente à opção da OCDE pelo princípio da plena concorrência, isto é, pelo *arm's length principle*, como princípio norteador das políticas de preços de transferência.

3. ARM'S LENGTH PRINCIPLE

3.1. Conceito e métodos

De acordo com o *arm's length principle*, as transações entre entidades relacionadas devem pautar-se pelas mesmas condições em que aquelas seriam celebradas entre entidades distintas.

Nessa medida, a OCDE sugere cinco métodos, divididos em dois grupos, para o apuramento do adequado preço de transferência, nomeadamente:

- (i) Transactional Traditional Method
 - a. Comparable Uncontrolled Price – Método do preço comparável de mercado;
 - b. Cost Plus – Método do custo majorado;
 - c. Resale Price – Método de revenda minorado;
- (ii) Transactional Profit methods
 - a. Profit Split – Método do fracionamento do lucro;
 - b. Transactional Net Margin – Método da margem líquida da operação.

Os três primeiros métodos sugeridos pela OCDE, inserem-se no grupo dos métodos de transação tradicionais que, teoricamente, oferecem maior segurança na determinação e aferição do correto preço de transferência sendo que, apenas na eventualidade de não ser possível utilizar-se um dos três métodos tradicionais, será de se socorrer de um dos dois últimos métodos.

3.1.1. Métodos Tradicionais

O **CUP**, é o método por excelência da OCDE, sendo, no entanto, o que menor aplicação prática tem.

A utilização deste método implica que se efetue uma comparação entre o preço praticado numa prestação de serviços ou venda de bens numa transação controlada e o preço praticado, quanto ao mesmo serviço/bem, numa transação não controlada, em circunstâncias comparáveis.

Para efetuar esta comparação, vários fatores são tidos em conta: riscos, preços internos, custos, responsabilidades, etc.

Essencial para a aplicação deste método será encontrar uma comparável, isto é, numa situação idêntica ou muito similar.

As *Transfer Pricing Guidelines* esclarecem que esta comparação deve ser aferida através de uma análise das características do bem ou do serviço, seguida por uma análise funcional, que visa examinar as funções desenvolvidas pelas partes envolvidas na transação, para além dos ativos utilizados e dos riscos assumidos, bem como de uma análise dos termos contratuais, das circunstâncias económicas e das estratégias comerciais.

Ora, se idealmente é o método mais justo e coerente, as dificuldades surgem imediatamente na procura de uma variável comparável. Devido a forças de mercado ou simplesmente à unicidade de um determinado modelo de negócio, nem sempre é possível encontrar um concorrente nas mesmas condições. Esta procura agrava-se ainda mais quando consideramos a aplicação deste método a ativos intangíveis, como patentes, *trademarks* ou *know-how*, visto muitas das vezes estes ativos serem únicos, não existindo qualquer variável que possa servir de comparável e substrato deste método de determinação de preços de transferência.

O **RPM** aplica-se determinando o preço de plena concorrência através do preço de revenda dos produtos ou da prestação de serviços a entidades distintas, subtraindo-se os custos e uma percentagem de lucros, ou seja, é comparada a margem bruta de lucros.

É, assim, necessário considerar factos como custos históricos e de revenda, taxas de câmbio, inflação, o grau de utilização dos produtos, alterações tecnológicas, e o direito (exclusivo) de venda do revendedor.

O montante que resultar dessa redução e desse reajustamento pode ser considerado o preço de plena concorrência.

De acordo com a OCDE, este método é mais apropriado para operações de marketing, visto o revendedor não adicionar valor substancial ao produto e, por isso, ser mais fácil determinar a margem do preço de revenda apropriada.

Comparando este método com o CUP, destaca-se que as diferenças entre produtos são menos importantes neste contexto, visto o elemento essencial aqui serem as funções desempenhadas.⁸

- **Exemplo de aplicação do RPM:**

Considere-se uma empresa que vende um determinado produto a uma entidade independente por € 100,00. É igualmente determinado, através da análise de entidades independentes, que a margem de revenda de plena concorrência corresponde a 20%. O preço de plena concorrência é calculado através da seguinte fórmula:

Preço de plena concorrência = [Preço de revenda] - [Margem de preço de revenda (determinado através de empresas comparáveis)] x [Preço de revenda], ou seja, € 100,00 – 20% x € 100,00 = € 80,00

O método do custo majorado, ou **Cost Plus**, permite determinar o pleno preço de concorrência tendo em consideração as funções referentes a produção e prestação de serviços, calculando para isso o lucro bruto do vendedor.

⁸ OECD Transfer Pricing and Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Report of July 2015, parágrafos 2.17 e 2.21.

Devido à sua natureza, e de acordo com os considerandos da OCDE, este método é idealmente aplicado quando estamos perante a venda de bens inacabados ou perante a prestação de serviços⁹.

- **Exemplo de aplicação do Cost Plus Method:**

Considere-se uma empresa que tem € 100,00 de custos de produção. Determina-se que a majoração de custos para empresas distintas, em situação comparável, é de 10%. O pleno preço de concorrência calcula-se da seguinte forma:

Preço de plena concorrência = [Custos] + [majoração de custos (determinado através de empresas comparáveis)] x [Custos], ou seja, € 100,00 + 10% x € 100,00 = € 110,00

3.1.2. Métodos transacionais de fracionamento do lucro

Os dois métodos pertencentes a esta categoria são sugeridos pela OCDE como últimas alternativas ao apuramento do preço de plena concorrência.

Carateriza ambos os métodos partirem do lucro obtido pela empresa subsidiária, contrariamente aos métodos “tradicionalis” que utilizam outros indicadores como ponto de partida.

O método do fracionamento do lucro (**PSM**), distribui o lucro obtido numa transação entre empresas relacionadas nos mesmos termos, ou similares, de uma transação entre entidades não relacionadas.

⁹ OECD Transfer Pricing and Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Report of July 2015, parágrafo 2.32.

Já o método da margem líquida da operação (TNM), assenta no estabelecimento de uma margem de lucro líquida referente a uma base específica, como o volume de vendas ou o custo de produção, em comparação com operações entre entidades não relacionadas.

3.2. Pros e contras

O *arm's length principle*, como formulado pela OCDE, visa colocar empresas relacionadas e empresas independentes em igualdade de circunstâncias para efeitos fiscais, servir como princípio geral de igualdade e neutralidade, evitar distorções de concorrência e promover a troca internacional e investimento, afastando razões fiscais de decisões económicas.

No entanto, e conquanto tenha sido adotado pela grande maioria dos países, tal não invalida que a sua aplicação esteja isenta de problemas.

Com efeito, a aplicação deste princípio, e das *Transfer Pricing Guidelines*, é entendida pela doutrina como o método mais adequado para determinar qual a contribuição de uma unidade da multinacional para os lucros do grupo.

Daí que a OCDE postule que as unidades de um grupo, devam se encontrar na mesma posição de competitividade que entidades independentes, devendo para isso estar sujeitas a contabilidade separada.

Todavia, e como já foi atrás explicado, um dos problemas de aplicação prática deste princípio assenta no perigo de dupla tributação em consequência de ajustamentos de preços pela outra jurisdição.

Caso os dois países em causa tenham celebrado uma Convenção de Dupla Tributação, o artigo 25 do MCOCDE, “Procedimento Amigável”, poderá solucionar esta questão, colocando ambas as partes em discussão.

Caso tal situação se verifique dentro do Espaço Comunitário, a convenção de arbitragem poderá servir para aliviar a dupla tributação.

No entanto, ambos estes mecanismos implicam processos burocráticos e morosos e, conquanto as Administrações Fiscais possam ser forçadas a analisar em conjunto os ajustamentos que originaram dupla tributação dos lucros de uma empresa, não são obrigadas a chegar a um acordo.

Em segundo lugar, os custos e exigências de *compliance* exigidos pela maioria dos países, não só conduzem à divulgação de informação que seria confidencial, como também implica que certos documentos e informações sejam mantidos e guardados durante vários anos, sob pena de incorrerem em infrações graves.

Estes requisitos de *compliance*, que pretendem assegurar que as auditorias e inspeções levadas a cabo pelas Autoridades Fiscais se desenrolem com facilidade, em vários países, como no caso de Portugal, implicam a existência de um dossier de preços de transferência. Este dossier deverá abranger todas as transações que tenham lugar entre entidades relacionadas com aquela, incorporando estudos de mercado, informação detalhada sobre os custos de aquisição, produção e venda dos bens/serviços prestados, de modo a justificar qual o método de preços de transferência escolhido para aquela transação em específico. A elaboração deste dossier reveste-se de grande complexidade e, conseqüentemente, de elevados custos.

Estes custos e requisitos, não são suportados meramente pelas empresas, mas também se repercutem na esfera das Administrações Fiscais.

Em terceiro lugar, a crescente integração de mercados e de negócios dificulta a obtenção de “comparáveis”. O elevado grau de complexidade de que se revestem cada vez mais as operações intragrupo, torna difícil o acompanhamento destas por parte das Autoridades Tributárias das vários Estados e, conseqüentemente, a determinação do pleno preço de

concorrência. Esta situação agrava-se drasticamente quando uma empresa opta por concentrar várias funções numa só unidade do seu grupo.

Em quarto lugar, a aplicação do *arm's length principle* tem-se mostrado inadequada quando estejam em causa ativos intangíveis.

Como já foi supramencionado, *trademarks*, patentes, *software*, por vezes são únicos e exclusivos, não se encontrando comparáveis no mercado que possam servir de base à determinação do preço comparável de mercado.

Efetivamente, se não há um bem semelhante no mercado, não é possível determinar qual será o preço praticado entre entidades distintas.

Para mais, a propriedade e localização de ativos intangíveis podem ser facilmente alteradas, conduzindo a uma situação de manipulação de lucros e erosão da base fiscal de uma jurisdição.

Estas dificuldades, aliadas, aos elevados custos e encargos com *compliance*, conduziu vários Estados a implementarem legislação sobre descapitalização, de sociedades estrangeiras controladas e cláusulas anti-abuso.

Porém, uma das maiores críticas feitas aos métodos constantes das TP Guidelines, prende-se com o facto de ignorar o valor da integração de estruturas empresariais, isto é, os ganhos e benefícios que devem ser reconhecidos a uma multinacional pela integração da sua estrutura.

De certa forma, a aplicação do *arm's length principle* descarta e pode, inclusivamente, conduzir a uma situação de discriminação internacional em função dos encargos adicionais a que se encontra adstrita e sujeita.

Cabe ainda referir que, tal como apontado por alguma doutrina, os preços de transferência baseados no *arm's length principle* são excessivamente complexos, pelo que o conceito de 'fonte' de um rendimento se torna difícil de definir, inclusivamente, de uma perspetiva

teórica¹⁰, podendo com isto conduzir à verificação de aplicações errôneas e arbitrárias deste princípio.

Por fim, e em resultado da junção de várias destas razões, países em desenvolvimento ou com economias menos desenvolvidas encontram sérios entraves na implementação do *arm's length principle*, visto não possuírem recursos disponíveis suficientes para analisar com o devido detalhe cada transação efetuada entre entidades relacionadas.

3.3. Projeção internacional

O *arm's length principle* é hoje aceite, quase unanimemente, como o método preferível para determinar situações de preços de transferência.

Foi em 1933 que, na sequência dos seus estudos para a Liga das Nações, foi publicado um relatório elaborado por Mitchell B. Carroll¹¹, onde este procurou sumarizar e analisar as diferentes abordagens nacionais à alocação de rendimentos.

Nesse estudo, identificou três métodos possíveis para alocar rendimentos internacionalmente:

- (i) contabilidade separada;
- (ii) métodos empíricos, onde se estimava proporcionalmente a distribuição de rendimentos em função de uma comparação com empresas semelhantes;
- (iii) fracionamento dos lucros.

¹⁰ MAYER, Stefan, “Formulary Apportionment for the Internal Market”, Vol. 17, Doctoral Series, IBFD (2009), p. 19.

¹¹ CARROLL, Mitchell, “Methods of Allocating Taxable Income”, in: League of Nations, Taxation of Foreign and National Enterprises (1933).

Encontrando uma larga prevalência da contabilidade separada nas práticas nacionais, Mitchell B. Carroll veio a suportar este método como um standard internacional, concluindo que o fracionamento dos lucros não seria o método mais adequado.

Este estudo serviu como base para uma revolução no direito fiscal internacional. Com efeito, o artigo 9 da CMOCDÉ incorpora o princípio da contabilidade separada e o *arm's length principle*, sendo que esta prática advém da convenção de 1933.

Cabe, no entanto, referir que as *Transfer Pricing Guidelines* desenvolvidas pela OCDE encontram as suas influências no Direito Fiscal dos Estados-Unidos. Não só foram implementando regras de transferência de preços baseadas no *arm's length principle*, como, devido a preocupações com o sector farmacêutico, inseriram no seu ordenamento jurídico dois métodos de determinação do preço comparável de mercado baseados na distribuição de lucros: “*Comparable Profit Method*” e “*Profit Split Method*”.

Devido a esta iniciativa, o Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE, em 1995, inseriu nas *Transfer Pricing Guidelines*, um método baseado no cálculo dos lucros: “*Transactional Net Margin Method*”, dando, ainda assim, ênfase aos métodos tradicionais de aferição do preço de plena concorrência, em detrimento deste último.

A conversão do *arm's length principle* como o novo paradigma dos preços de transferência, em termos latos, assenta na premissa postulada pela OCDE, de que este método permite assegurar um tratamento similar para as multinacionais, para além de proporcionar um elevado grau de eficiência na maioria dos casos.

Todavia, e como também já foi referido, a aplicação do *arm's length principle* não vem isenta de problemas, sendo alguns desses reconhecidos pela própria OCDE.

4. FORMULARY APPORTIONMENT

4.1. Conceito

O *Global formulary apportionment method* foi definido pela OCDE como o método para distribuir os lucros de um grupo multinacional numa base consolidada através de empresas associadas em diferentes países, mediante a aplicação de uma fórmula.

A composição da fórmula varia de jurisdição para jurisdição, mas, por norma, tem em consideração fatores como: propriedade, pagamentos, vendas, capital, despesas e custos. Este método, conquanto não chancelado pela OCDE, tem a sua aplicação essencialmente em províncias ou estados de países desenvolvidos. Tal será o caso dos Estados Unidos da América, Canadá e Suíça.

Este método é desaconselhado pela OCDE por, segundo esta Organização, não produzir resultados que se conformem com o *arm's length principle*.

Sem prejuízo de várias outras críticas feitas a este método de determinação de preços de concorrência, a crítica estrutural que lhe é apontada por grande parte da doutrina, prende-se com a falta de um princípio subjacente a este método.

Isto é, ao contrário do método atualmente adotado pela OCDE, que assenta no princípio da plena concorrência, o *formulary apportionment*, formalmente, não pauta a sua atuação por nenhum princípio em específico, levando a resultados arbitrários¹².

Alguns opositores deste método, apontam que a aplicação do FA não visa determinar a “real” fonte daquele rendimento.

¹² VICKREY, “An Updated Agenda for Progressive Taxation”, 82 American Economic Review (1992), pp. 260 et seq.

Todavia, se o FA pode ser entendido como um sistema de tributação territorial ou pela fonte¹³, tais conceitos não podem ser interpretados nos termos tradicionais de direito fiscal. Em bom rigor, as propostas da Comissão no seu estudo¹⁴, reconhecem que se verifica uma “redefinição do conceito de *fonte*”.

Assim, cabe distinguir duas funções que são atribuídas ao conceito de fonte:

- (i) Local geográfico onde se considera que aquele rendimento teve a sua origem¹⁵;
- (ii) Em certas jurisdições, o conceito de fonte reporta-se a uma categoria de rendimentos da qual um determinado rendimento deriva. A este conceito pode, mas apenas incidentalmente, ser atribuída uma conotação territorial, na medida em que a categoria de rendimentos é aferida em função de fatores territoriais¹⁶. Todavia, é também tido como um sistema em que não há uma sobreposição da tributação universal pelo Estado da Residência¹⁷.

Apoiando-se nestas noções tradicionais de *fonte* e no facto de o ALP se fundar na contabilidade separada e no princípio da entidade legal separada, vários autores apontam

¹³ SORENSEN, “*Company Tax Reform in the European Union*”, 11 *International Tax and Public Finance* (2004).

¹⁴ SEC (2001) 1681 final, “*Company taxation in the Internal Market*”, p. 513.

¹⁵ Particularmente relevante para efeitos de determinação do método de eliminação de dupla tributação: isenção de imposto ou atribuição de crédito.

¹⁶ “*IBFD International Tax Glossary*”, Seventh Revised Edition, IBFD (2015), pp. 440-441.

¹⁷ MAYER, Stefan. “*Formulary Apportionment for the Internal Market*”, Vol. 17, Doctoral Series, IBFD (2009), pp. 22-23.

que, ao contrário da metodologia prosseguida através deste último método que visa determinar a real fonte do rendimento obtido, o FA conduz a resultados arbitrários. Aferido e avaliado nesses trâmites, o FA, de facto, não apura a real fonte do rendimento, visto que qualquer forma de consolidação afasta a possibilidade da dedução de prejuízos a nível de uma entidade singular que, por sua vez, é entendida como uma entidade legalmente separada de uma outra unidade que é a multinacional.

Para mais, o conceito de retenção na fonte, que permite salvaguardar os direitos de tributação de um Estado de Fonte face ao Estado da Residência ou sede, não se coaduna com o FA. Tanto que, os pagamentos intragrupo no âmbito de sistemas de tributação unitária, não são sujeitos a retenção na fonte, de modo a assegurar a neutralidade fiscal daquelas operações.

Em suma, um dos grandes erros cometidos por parte da Doutrina, assenta na insistência em definir e compreender o FA com base em conceitos tradicionais de direito fiscal internacional que não são, na verdade, aqueles em que a base deste método assenta.

O ALP e o FA são métodos distintos e que devem ser entendidos, cada um deles, de acordo com o seu próprio *framework*.

Todavia, STEFAN MAYER¹⁸ defende que, subjacente ao *Formulary Apportionment*, possa estar o conceito de tributação da fonte, desenvolvido por PEGGY MUSGRAVE, e o princípio do benefício que, por sua vez, poderá proporcionar orientações para a implementação do *Formulary Apportionment* no Mercado Interno Europeu.

Nessa medida, cabe, em primeiro lugar, clarificar a noção de “fonte” como entendida por MUSGRAVE.

¹⁸ MAYER, Stefan, “*Formulary Apportionment for the Internal Market*”, Vol. 17, Doctoral Series, IBFD (2009), pp. 30-37.

MUSGRAVE apresenta dois títulos de atribuição de competências tributárias: direito de tributar todo o rendimento obtido por um residente (legitimidade por Residência) e o direito de tributar qualquer rendimento aferido por residentes e não residentes nas fronteiras do seu território (legitimidade pela fonte), sendo este último critério aquele que aquela considera ser aplicável ao nível subnacional¹⁹.

Considerando que a legitimidade da tributação pela fonte permite que um Estado tribute o valor acrescentado que se gerou dentro das suas fronteiras, inclusivamente por fatores não residentes, esta apresenta duas teorias que se coadunam com esta definição, bem como defende a inexistência de um fundamento económico para escolher uma em detrimento da outra.

De acordo com a abordagem da oferta, a fonte do rendimento obtido corresponde ao local onde o fator serviços opera, ou seja, trata-se de um conceito de valor acrescentado na origem.

Já nos termos da abordagem da oferta-procura, considera que o valor de mercado é criado pelo jogo entre as forças da oferta e da procura, nos termos *Marshallianos*.

Neste contexto é igualmente importante compreender a ligação entre contabilidade separada e o FA, exposta por MUSGRAVE.

Com efeito, e partindo da abordagem da oferta, a opção por contabilidade separada é adequada àquelas situações em que o pleno preço de concorrência é susceptível de ser determinado. Todavia, em certas situações identificadas por MUSGRAVE, não é aconselhável a aplicação de preços de transferência, quando não é administrativamente possível apurar o pleno preço de concorrência e quando as subunidades de uma empresa multinacional são estruturalmente interdependentes umas das outras.

No primeiro caso, MUSGRAVE considera que se deverá aplicar uma fórmula baseada em fatores de localização de produção, possivelmente incluindo capital, trabalho e

¹⁹ MUSGRAVE, Peggy, “*Principles for Dividing the State Corporate Tax Base.*” (1984)

território enquanto que no segundo grupo de situações, os efeitos da aglomeração como economias de gama e custos conjuntos tornam os resultados da escolha por contabilidade separada e pelos métodos de preços de transferência inúteis²⁰.

Sob uma abordagem de oferta-procura, para a implementação de um mecanismo de contabilidade separada, seria necessário estabelecer, em cada jurisdição em que o sujeito passivo efetuasse vendas, algo similar a um nexo com um estabelecimento estável.

Sujeitos passivos teriam, então, que atribuir uma porção dos seus lucros a esta ficção, numa base transacional e com preços discricionários, representando o lado da procura²¹.

MUSGRAVE também conclui que sob uma abordagem de oferta, a contabilidade separada é o método mais adequado a ser utilizado, enquanto que uma fórmula incluindo tanto fatores de localização da produção e de vendas não é adequada a reproduzir os resultados de contabilidade separada, visto que representa uma abordagem de oferta-procura.

Em suma, e tal como já foi referido, o FA não deve ser entendido nos termos do direito fiscal internacional tradicional, mas sim no contexto das premissas que lhe são, efetivamente, intrínsecas.

4.2. Princípio Estrutural do Formulary Apportionment

A definição de fonte e as diferentes abordagens da tributação pela fonte desenvolvidas por PEGGY MUSGRAVE permitem compreender que os conceitos de contabilidade separada e formulary apportionment não são absolutamente estanques, mas não se confundem.

²⁰ MUSGRAVE, Peggy., id., pp. 236.

²¹ MUSGRAVE, Peggy., id., pp. 234.

Com efeito, é necessário encontrar um fundamento teleológico para o FA que não a contabilidade separada nem o ALP.

Partindo da abordagem da oferta-procura, torna-se ainda necessário encontrar fundamentos económicos que a justifiquem. A falta destes fundamentos, é o que reforça o entendimento de parte da Doutrina de que o FA conduz a resultados arbitrários.

Este entendimento, e na esteira de STEFAN MAYER, pode ser afastado na medida em que seja adotado um princípio universal, ou um acordo entre Estados²², que pautem o FA.

Os mecanismos para a efetiva concretização do reconhecimento de um princípio estrutural poderiam passar por alterações nas Convenções de Dupla Tributação ou um acordo multilateral.

Admitindo a falta de flexibilidade destas soluções, é nossa melhor opinião, que o FA, e à semelhança da sua aplicação em Estados Federais, poderia ser, muito mais facilmente, implementado em mercados altamente integrados. Este seria o caso, por exemplo, da União Europeia.

Resta, portanto, saber que princípio poderá concretizar este método.

A doutrina tem apontado várias soluções para este caso, desde equidade interjurisdicional²³, lealdade económica²⁴, ao princípio do benefício²⁵.

²² “It is this lack of an a priori allocation rationale that gave rise to the reputation of formulary apportionment as an arbitrary method of profit allocation but I submit that the participating Member States can bridge this void by agreeing on a justiciable principle that governs the apportionment mechanism.”, MAYER, Stefan, “Formulary Apportionment for the Internal Market”, Vol. 17, Doctoral Series, IBFD (2009), pp. 30-31.

²³ MUSGRAVE, Peggy, “Interjurisdictional Equity in Company Taxation”, in: CNOSSSEN (ed.), “Taxing Capital Income in the European Union” (2002), pp. 48.

²⁴ LI, Jinyan, “Global Profit Split: An Evolutionary Approach to International Income Allocation”, 50 Canadian Tax Journal 3 (2002), pp. 852.

²⁵ MAYER, Stefan, id., pp. 31.

A teoria da lealdade económica (*economic allegiance*) postula que o direito de tributar de uma dada jurisdição é determinado em função da proximidade de certas características económicas dessa jurisdição, quando comparado com uma jurisdição concorrente.

As duas características mais importantes são: (i) o local onde o rendimento é produzido e (ii) o local onde é consumido ou disposto. Estas duas características formam as bases do princípio da tributação da fonte e, por outro lado, o princípio da tributação da residência. Esta doutrina foi primeiramente defendida em 1892 por Georg von Schanz, que defendeu uma divisão de 75:25 entre os Estado da Fonte e o Estado da Residência.

Por outro lado, apenas após a apresentação de um relatório efetuado por economistas da Liga das Nações, em 1920, foi objeto de reconhecimento, estabelecendo os princípios base de tributação internacional²⁶.

O objetivo seria que dois países acordassem, através de um instrumento bilateral, desenvolver regras de origem ou de fonte para certas categorias de rendimentos, procedendo-se a uma distribuição da receita fiscal internacional, aproximando os montantes divididos do montante expetável caso o interesse económico do país pudesse ser quantificado ao abrigo da teoria da lealdade económica.

O princípio do benefício é definido por MUSGRAVE como um regime sob o qual cada contribuinte seria tributado em função da sua procura por serviços públicos²⁷.

²⁶ “*IBFD International Tax Glossary*”, Seventh Revised Edition, IBFD (2015), pp. 168.

²⁷ MUSGRAVE, Richard, e MUSGRAVE, Peggy, “*Under a strict regime of benefit taxation, each taxpayer would be taxed in line with his or her demand for public services*”, in *Public Finance in Theory and Practise*. 5ª edição, Nova York: Mcgraw-hill (1989), pp. 220.

Segundo STEFAN MAYER, o princípio do benefício não só é capaz de proporcionar um elo entre as jurisdições com direitos tributários concorrentes e o lucro tributável, como pode representar um critério quantificável, mesmo que de um modo geral²⁸.

As contribuições de cada jurisdição quanto a infraestruturas, responsabilidade legal, condições de mercado, recursos naturais, utilização de bens públicos, entre outros fatores, poderão ser decisivos para a determinação de uma fórmula que permita tributar, equitativamente, o lucro apurado.

Este autor segue o mesmo entendimento que o Supremo Tribunal dos Estados Unidos, ao perguntar se um Estado deu algo pelo qual possa exigir algo de volta²⁹, para justificar que o contribuinte possa ser alvo de tributação nesse Estado³⁰.

Também o princípio da capacidade contributiva encontra defensores. Contudo, e na esteira de STEFAN MAYER, num contexto de consolidação e *formulary apportionment*, a capacidade contributiva de uma multinacional não se limita ao nível individual e singular de uma entidade, mas ao rendimento total da multinacional.

Nessa medida, a aplicação do princípio do benefício permitiria a tributação dos lucros daquela empresa na fonte, mas também permitiria controlar os custos, despesas e benefícios decorrentes da actividade económica, mormente muitos outros aspectos possam ser regulados pelo princípio da capacidade contributiva.

²⁸ MAYER, Stefan., id., pp. 31

²⁹ *Wisconsin v. J.C. Penney Co.*, 311 U.S. 435 (1941), p.444 in: MAYER, Stefan., id., pp. 31

³⁰ “*This seems to be the reasoning of the US Supreme Court when asking whether a state has “given anything” for which it can ask return” for determining whether a taxpayer has suficiente links with that state to be taxed there.*”, in MAYER, Stefan., id., pp. 31.

Em suma, num paradigma dual, enquanto o princípio da capacidade contributiva teria a sua aplicação numa perspectiva interna, isto é, norteando as relações entre o sujeito passivo e o seu respetivo Estado de Residência, o princípio do benefício seria a medida das relações entre Estados.

4.3. Pros e contras

Como já referido, tanto encontramos doutrina a favor do *formulary apportionment* como contra.

Esta última corrente doutrinária é concretizada nas críticas patentes nas *OECD Transfer Pricing Guidelines*.

A principal crítica apontada a este método prende-se com a sua alegada falta de fundamentação teórica. Sobre esta crítica já nos pronunciámos, tendo defendido o princípio do benefício como princípio basilar deste método de alocação de lucros, na medida em que, e na esteira de STEFAN MAYER, proporciona um elo entre jurisdições com competência para tributar o mesmo rendimento, assim como se apresenta como um critério quantificável³¹.

É então, argumentado pela OCDE, que a implementação do *formulary apportionment* implicaria um elevado grau de cooperação e acordo entre Estados ao nível de definições de conceitos, bases tributárias e fórmulas que, não se alcançando, despoletariam, inevitavelmente, situações de dupla tributação ou dupla não tributação do rendimento³².

³¹ “I submit that the benefit principle alone can fulfil this role of an agreed allocation rationale, as it provides a link between taxing jurisdictions and taxable income and also represents a criterion that can be quantified, even if only in a generalized way.”, in MAYER, Stefan., id., pp. 31.

³² *OECD Transfer Pricing and Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Report of July 2015, parágrafo 3.64.

Com efeito, o *formulary apportionment* assenta num certo nível de consenso e coordenação interestadual. É possível a sua implementação sem coordenação entre Estados, isto é, unilateralmente, mas muito dificilmente se evitariam situações de dupla ou dupla não tributação em tais circunstâncias.

Por outro lado, poderá também sobrevir que um Estado desenvolva uma fórmula que, propositadamente, lhe seja mais favorável. Esta crítica poderá, porém, ser acautelada mediante instrumentos bilaterais ou, quiçá, tomadas de posição de organizações internacionais, como a UN ou a própria OCDE, criando *soft law*³³. Caso os Estados em causa pertencessem à UE seria mais fácil controlar esta questão, na medida em que poderia haver lugar ao acordo de uma fórmula comum _ muito à semelhança do projecto do CCCTB_, não podendo um Estado-Membro alterar, unilateralmente, uma fórmula.

Uma outra questão que se pode suscitar, prende-se com o respeito pelos limites constitucionais. Com efeito, a grande maioria dos Estados desenvolvidos tributa uma pessoa coletiva pelo seu lucro real³⁴. Nesses termos, ao ser aplicada uma fórmula pré-definida aos lucros de uma multinacional, o seu lucro real não é, efectivamente, apurado, consubstanciando-se tanto, e porventura num universo alargado de Estados, numa inconstitucionalidade.

³³ “(...)OECD is an international organisation with the capacity to provide binding norms (...) to its member states. However, in practice the OECD produces almost only soft law, especially with respect to tax matters. (...) the work of the OECD in this field consists more in diffusing principles and policy solutions, which is known as governance through soft law (...)”, in VEGA, “International Governance Through Soft Law: The Case of the OECD Transfer Pricing Guidelines”, TransState Working Papers, No. 163 (2012), pp. 8-9.

³⁴ “(...) pode, pois, considerar-se que a tributação segundo o rendimento real, limitando necessariamente as derrogações legais deste princípio mesmo quando elas se justificam por razões de simplificação, é uma aplicação da capacidade contributiva às empresas. O lucro funciona como critério de quantificação. Numa palavra, elas deverão ser tributadas quando têm rendimento e na exacta medida desse rendimento.”, in SANCHES, J.L. Saldanha, “Os limites do planeamento fiscal: substância e forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional”, Coimbra Editora (2006), p. 231.

Contudo, e sem prejuízo de traduzir em maior detalhe a realidade económica de uma transação entre empresas relacionadas, a análise comparativa e funcional levada a cabo ao abrigo do *arm's length principle* implica, igualmente, a subsunção daquela transacção a uma presunção que, inevitavelmente, distorce a tributação pelo lucro real.

Outra crítica normalmente apontada, é o risco de manipulação de lucros entre jurisdições. Não pode, no entanto, fazer fé esta crítica, visto que mesmo sob o paradigma da entidade separada e do ALP se verificam imensas oportunidades para manipulação de preços, bastando para tal relembrar-se o mediático caso do *Starbucks*, cujas operações de compra, revenda e venda de produtos em várias jurisdições, permitiram que pagassem impostos baixíssimos no Reino Unido.

Quanto a burocracia, o *formulary apportionment* prima, exactamente, por reduzir substancialmente a complexidade e burocracia, em detrimento do ALP.

Existem, contudo, alguns aspectos que, da prática e experiência internacional, poderão mostrar-se como determinantes para a implementação do *formulary apportionment*. Com base nos regimes do EUA, Canadá e Suíça parece que o *formulary apportionment* tem a sua aplicação essencialmente em mercados altamente integrados. O seu paralelo de aplicação poderia ser ao nível do mercado interno da União Europeia, porém, poderão, efetivamente, verificar-se conflitos nos âmbitos de aplicação das fórmulas para os casos em que os intervenientes não tenham sede num dos Estados-Membros do Espaço Económico Europeu.

4.4. Projeção internacional

4.4.1. Experiência nos Estados Unidos da América

O modelo de *formulary apportionment* utilizado nos Estados Unidos da América para a tributação dos lucros de uma multinacional é, provavelmente, o modelo sobre o qual mais se escreveu e que serve de base a muitos Autores para defenderem a utilização do FA.

Em primeiro lugar, cabe referir que, de entre as várias fontes de direito à disposição dos vários Estados Federados dos EUA, se destacam um tratado multilateral entre 46 Estados Federados, um estatuto modelo e recomendações não vinculativas de conduta, falando-se assim do “*Multistate Tax Compact*” e da “*Uniform Division of Income for Tax Purposes Act*” (UDITPA).

Em segundo lugar, os Estados não aplicam fórmulas idênticas a título de preços de transferência, nem utilizam como critério a contabilidade separada para apurar os lucros societários obtidos naquela jurisdição.

Ao nível Federal, para evitar dupla tributação internacional, os EUA, por regra, utilizam o método de crédito de imposto, fazendo as Autoridades Tributárias Americanas, nesse caso, uso do *arm's length principle* para distinguir o rendimento de origem em território dos EUA e o rendimento de fonte estrangeira.

Ao nível dos seus Estados, verifica-se uma tradição de aplicação do *formulary apportionment*, apontando-se como a principal razão pela qual este método vingou nos EUA, o facto de dificultar a manipulação de lucros entre Estados e porque a aplicação de normas de preços de transferência a título Federal não é considerada muito eficaz.

O entendimento originário do FA, e conforme entendido por STEFAN MAYER³⁵ com base nas construções jurisprudenciais dos tribunais Americanos³⁶, centrava-se na “regra da unidade”, que implicava que os ativos de uma empresa, localizados em vários Estados, poderiam ser valorizados e considerados como uma unidade, sendo que cada Estado poderia tributar uma justa parte do montante acumulado.

Ao longo do tempo, este conceito tem sido entendido em trâmites diferentes em função de certas sentenças proferidas pelos Tribunais norte-americanos, conquanto o Supremo Tribunal se recuse a definir regras judiciais específicas para a aplicação do FA e para a definição de regras uniformes.

Assim, apresentam-se como limitações constitucionais à tributação num Estado e à aplicação do FA duas cláusulas em especial: *Due Process Clause* e *Commerce Clause*.

A primeira cláusula reporta-se à proteção contra prossecução ilegal, bem como, no contexto fiscal, à proibição de tributação extraterritorial. De facto, para que um Estado possa tributar um dado rendimento em conformidade com esta cláusula, terá que o fazer havendo uma conexão mínima entre este e aquele.

Nos termos da Cláusula de Comércio, na ausência de intervenção legislativa do Congresso nessa matéria, os Estados encontram-se impedidos de onerar excessivamente o comércio interestadual.

Em 1977, na decisão proferida no caso *Complete Auto Transit*, o Supremo Tribunal norte-americano determinou os requisitos necessários para que um imposto estadual³⁷ não infrinja a *Commerce Clause* da Constituição dos Estados Unidos da América:

1. O imposto deverá incidir sobre uma actividade com umnexo substancial com aquele Estado;

³⁵ MAYER, Stefan., id., pp. 67

³⁶ *State Railroad Tax Cases*, 92 U.S. 575 (1975).

³⁷ Para efeitos do presente capítulo, utiliza-se a expressão “estadual” por oposição a “Federal”.

2. O imposto deverá ser justamente fracionado;
3. O imposto não deverá discriminar o comércio interestadual;
4. Encontrar-se adequadamente relacionado com os serviços proporcionados por aquele Estado³⁸.

Apesar de este teste ter sido substituído por outros testes de natureza semelhante, é importante referir, como relembra STEFAN MAYER, que existe um padrão na jurisprudência norte-americana quanto ao FA. Com efeito, entende aquele Tribunal que prova de contabilidade separada, não prova a falta de uma relação racional entre os resultados de fracionamento de lucro com a presença do contribuinte naquele Estado – mesmo que dali resultem discrepâncias óbvias e manifestas³⁹. Assim, contabilidade separada e FA são entendidos como dois conceitos distintos.

Na maioria dos Estados dos EUA, a fórmula utilizada para dividir os lucros societários corresponde à chamada “*Massachusetts formula*”, a qual atribui o mesmo peso a três fatores. Todavia, desde a decisão em *Moorman*, que a grande parte dos Estados tem vindo a aderir a uma fórmula em que o fator vendas tem maior peso.

É também importante salientar que os Estados podem assumir três abordagens distintas na aplicação do FA:

- (i) Recusar a aplicação de qualquer sistema de consolidação de lucros de entidades relacionadas;
- (ii) Consolidação de lucros;
- (iii) Consolidação de lucros e entrega de declaração anual conjunta.

³⁸ *Complete Auto Transit, Inc. V. Brady*, U.S. 274 (1977).

³⁹ “One important pattern in the Supreme Court’s case law is that evidence from separate commercial accounting, as a rule, does not prove the lack of a “rational relationship” of state apportionment results with the taxpayer’s presence in a state, even if obvious and gross discrepancies occur.”, in MAYER, Stefan., id., pp. 71

A consolidação de lucros implica que todos os membros de um grupo submetam uma declaração de rendimentos conjunta, na qual os seus respetivos lucros e perdas sejam considerados em conjunto e os efeitos de transações intragrupo sejam neutralizados. Muitos Estados apenas admitem esta faculdade encontrando um *nexo* entre aquela actividade e o próprio Estado.

Unitary Combination ou combinação unitária, diferencia-se do primeiro na medida em que há um cálculo preliminar dos lucros de um grupo que é submetido anexo a cada declaração de uma unidade do grupo, que deverão ser submetidas individualmente.

Outra diferença prende-se com o conceito de grupo societário, isto é, os requisitos unitários passam, não só por requisitos de controlo como, detenção de 50% do capital social da empresa detida, como também exige uma forma de integração económica.

Assim, as actividades de uma ou mais empresas constituem uma unidade se forem parte de uma actividade económica comum e se encontrem ligadas por fatores como gestão centralizada e integração funcional.

O mais antigo teste desenvolvido judicialmente para apurar os limites do conceito de “actividade económica unitária”, é o chamado “*Three Unities Test*”⁴⁰, em que para que a actividade prosseguida por um grupo seja considerada ‘unitária’, deverá, cumulativamente, haver:

- (i) Unidade de titularidade – controlo da sociedade detida pela sociedade mãe;
- (ii) Unidade operacional – utilização comum ou centralizada do pessoal e funções administrativas e;
- (iii) Unidade de utilização – exercício comum de linhas de operação.

⁴⁰ “*Butler Brothers v. McColgan*”, 315 U.S. 501 (1942).

Apesar de existirem outros testes mais recentes, ANDREAS OESTREICHER⁴¹ defende que estes testes se baseiam sempre nos mesmos três critérios:

- (i) Controlo comum através da detenção de, pelo menos, 50% dos direitos de voto;
- (ii) Gestão centralizada;
- (iii) Economias de escala decorrentes de integração de funções.

A) Elemento de Conexão

A *Due Process Clause* a existência de ligações mínimas entre o sujeito passivo e o Estado que se arroga o direito tributário. Nesse sentido, é essencial determinar qual a ligação, conexão ou nexo que servirá de base à possibilidade ou não de um Estado determinar um dado rendimento.

Ao contrário da OCDE e de grande maioria dos países, em que o conceito de Estabelecimento Estável é transportado para a ordem interna de um país, nos EUA utilizam-se expressões como “*doing business in...*” seguidas de testes alternativos⁴².

A falta de uniformidade de testes e de critérios, conduz a que muitos Estados, optem antes por prever isenções, medidas de salvaguarda ou tomar outras ações com vista a simplificar e facilitar o apoio empresarial⁴³.

Um ponto que merece atenção no sistema americano, prende-se com a distinção entre *business income* e *non-business income*, ou seja, aqueles rendimentos que não sejam

⁴¹ OESTREICHER, Andreas, “*Konzern-Gewinnabgrenzung*” (2000), p.138 in: MAYER, Stefan., id., pp. 80.

⁴² “*The predominant characteristic of law on nexus is its uncertainty.*”, in MCLURE., “*Implementing State Corporate Income Taxes in the Digital Age*”, National Tax Journal, Vol. LIII, No. 4, Part 3, pp. 1294.

⁴³ “*(...) in reaction to this uncertainty, many states provide statutory or administrative exemptions and safe harbour rules to simplify matters and support in-state business interests.*”, in MAYER, Stefan., id., pp. 85.

considerados como de categoria empresarial, serão excluídos do *Formulary Apportionment*. Isto leva não só à necessidade de implementação de regras que imponham regimes especiais para a dedução de despesas, como pode, em certos casos, conduzir a situações de dupla tributação, visto a fronteira entre *business income* e *non-business income* ser difícil de distinguir e, nem sempre, de aplicação uniforme entre Estados.

B) Fórmula Padrão

O FA é normalmente calculado em função de três fatores: capital, trabalho e vendas num dado Estado. Assim, poderá traduzir-se na fórmula *infra*, indicada, a título de exemplo, por STEFAN MAYER, sendo que se alerta que a sua composição não é uniforme, podendo variar em função do Estado em causa.

$$L_a = L_t \times \left(C_a \frac{C_a}{C_t} + E_a \frac{E_a}{E_t} + V_a \frac{V_a}{V_t} \right)$$

L_a : Lucros atribuídos ao Estado a

L_t : Lucros totais da empresa

C_a , E_a e V_a : percentagem atribuída a cada fator – Capital, Trabalho e Vendas – pelo Estado a . A soma de ambos corresponde a 100%

C_a/C_t , E_a/E_t e V_a/V_t : representam porções de capital, trabalho e vendas localizados no Estado a relativamente ao total dos três fatores a nível da empresa.⁴⁴

Conforme já foi referido, esta fórmula, tradicionalmente, atribuiria o mesmo peso a cada um dos fatores (*Massachusetts formula*). Todavia, a grande maioria dos Estados norte-

⁴⁴ MAYER, Stefan., id., pp. 94-95

americanos tem vindo a abandonar esta fórmula em detrimento de uma fórmula em que o fator vendas adquire maior preponderância, existindo, inclusivamente, aqueles que defendem uma fórmula exclusivamente baseada neste fator. As vantagens de uma fórmula não equilibrada não são claras, opondo-se à presunção de resultados mais equitativos defendida pela MTC. Ainda assim, pode considerar-se que a razão subjacente a esta escolha pelo fator Vendas, visa incentivar o comércio daquele Estado, isto é, tende a ter uma certa natureza “protecionista”⁴⁵.

Importa também referir, que o fator capital/propriedade apenas comporta ativos tangíveis e reais, pelo que *trademarks*, patentes e outros ativos intangíveis são excluídos deste método. Esta tem sido uma das principais críticas apontadas a este método.

Nos EUA existem também outras fórmulas direcionadas a tipos específicos de empresas e mercados, isto é, fórmulas especificamente desenhadas para indústria – companhias aéreas, instituições financeiras, cadeias televisivas ou companhias seguradoras.

C) Críticas

Apesar de ser o sistema mais descrito para efeitos do FA, o sistema norte-americano peca por várias razões.

A maior falha e que estará subjacente a grande parte das restantes, prende-se com a falta de uniformidade que, como apontado por STEFAN MAYER, conduz ao desrespeito pelo princípio da neutralidade fiscal, lesa as expectativas e segurança dos contribuintes e descredibiliza o próprio sistema administrativo⁴⁶.

⁴⁵ Motivo pelo qual poderá estar em jogo uma violação das cláusulas do GATT.

⁴⁶ “*The lack of uniformity is harmful as regards neutrality, taxpayer fairness and administrative feasibility of the tax system.*”, in MAYER, Stefan., id., pp. 106.

A proliferação de inúmeras regras especiais e mecanismos decorrentes da proibição de dupla tributação, bem como a falta de atuação do Congresso em matéria de preços de transferência e auto-controle dos Tribunais, conduziu a um aumento dos custos de *compliance*.

A falta de uniformidade, por outro lado, conduz à aplicação de critérios diferentes por cada Estado, conduzindo a conflitos de dupla tributação que, nem sempre, são resolvidos. Justiça para os contribuintes é igualmente comprometida com uma fórmula orientada meramente para o fator vendas, na medida em que grande parte do peso do imposto acaba por ser suportado por contribuintes não residentes naquele Estado. Para mais, e segundo alguma doutrina, uma fórmula deste género poderá encontrar-se em conflito com a lei da OMC, tendo efeitos semelhantes a subsídios de exportação proibidos.

O sistema analisado pauta-se igualmente por falta de coordenação. Esta falha gera uma “*race to the bottom*” entre Estados, para além de contribuir, não só para situações de dupla tributação como de dupla não tributação, na medida em que não se encontra coincidência de critérios a título de conexão ou fórmula.

Com efeito, a grande vantagem do *formulary apportionment* nos EUA prende-se com a similitude das bases tributárias dos seus Estados, decorrentes, por sua vez, da existência da base tributária federal⁴⁷.

4.4.2. Experiência no Canadá

O sistema de fracionamento ou de divisão dos lucros de um grupo de empresas no Canadá merece especial enfoque.

⁴⁷ MAYER, Stefan., id., pp. 107.

Ao contrário do Sistema Americano, este pauta-se por maior uniformidade, tal como veremos.

Em primeiro lugar, refira-se que tanto o Estado Federal como as Províncias possuem competência para tributar pessoas colectivas.

Impostos sobre pessoas colectivas estão parcialmente integrados com impostos sobre a pessoa singular, através de um mecanismo de majoração e de crédito: dividendos elegíveis recebidos por pessoas singulares são majorados em 45% e, subsequentemente, é concedido um crédito de imposto pelos dividendos.

Salienta-se que o mecanismo de crédito, concedido pelas Províncias, por estes dividendos é concedido independentemente da província na qual o imposto é pago.

Já os dividendos pagos num grupo, mesmo que derivados de uma subsidiária fora do Canadá, estão isentos e não há retenção na fonte para os dividendos que sejam pagos dentro do território do Canadá.

Um dos pontos fortes e que assegura a estabilidade do sistema de repartição é o sistema de pagamentos de *equalização* pelo Governo Federal a certas províncias. Este mecanismo permite que estas assegurem serviços públicos a preços comparáveis, mantendo níveis comparáveis de tributação⁴⁸.

Estes pagamentos que dependem dos lucros e perdas sofridas pelas Províncias, evitam que estas tenham incentivos a alterarem a fórmula de repartição de lucros, diminuindo, por consequência, a competição fiscal entre Províncias.

É importante referir que o Canadá tem regras quanto a tributação de grupos de empresa. Nessa medida, é deixado ao critério de um grupo de empresas se prefere sujeitar-se ao método da repartição, de *apportionment*, ou se prefere manter contabilidade separada.

⁴⁸ “(...) *equalization payments that enable the provincial governments to provide “reasonably comparable” public services while maintaining comparable levels of taxation.*”, in MAYER, Stefan., id., pp. 113

Manter estas alternativas, permite, de certa forma, que se verifique manipulação de lucros para províncias onde a taxa de imposto seja mais baixa. Razão pela qual, algumas províncias já prevêem normas anti-abuso aplicáveis a operações intragrupo que não se pautem pelo princípio da plena concorrência.

Ao contrário do caso dos Estados Unidos, a harmonização das bases tributárias entre as Províncias do Canadá é bastante mais acentuada. São várias aquelas que optaram por se vincular a acordos de cobrança de impostos, conduzindo-as à adesão à base tributária federal e aproximando assim os valores recebidos pelos accionistas.

Enquanto as províncias apenas tributam os rendimentos obtidos dentro das suas fronteiras, para aplicar o *formulary apportionment*, como determinado a nível federal, as bases tributárias das Províncias são sujeitas a 10% de abatimento, apurando-se assim o lucro total da empresa. Para não residentes, apenas o lucro obtido no Canadá é objeto de repartição.

Uma empresa só é tributada, para efeitos da legislação Canadense, mediante a existência de um estabelecimento estável naquela província, o que demonstra a sua proximidade do conceitos internacional de estabelecimento estável.

Se uma empresa tiver um estabelecimento estável numa província e, pelo menos, outro estabelecimento estável fora dessa província e não se verificar o caso de se aplicar uma fórmula industrial específica, a formula standard a aplicar pesa igualmente a receita bruta e os fatores de massa salarial.

Uma fórmula baseada exclusivamente nas receitas de uma empresa foi colocada de parte pelo Governo federal, visto conceder demasiado peso à província da sede da empresa. Por outro lado, uma fórmula semelhante à “*Massachussetts formula*” também não encontrou apoio no Canadá, visto atribuir demasiado peso às províncias exportadoras.

Assim, existem várias fórmulas específicas a dados ramos de actividade: para companhias de seguros, instituições financeiras, companhias ferroviárias, aéreas, transportadoras, etc. Todas estas fórmulas industriais têm apenas em comum conjugarem dois fatores e não três.

Existe igualmente um sistema de atribuição de créditos fiscais pelas províncias, no quadro dos acordos de cobrança, que são deduzidos depois da base tributária ter sido repartida. Estes créditos devem, todavia, cumprir com algumas exigências federais⁴⁹, nomeadamente:

- (i) Legalidade;
- (ii) Respeitar princípios básicos de Direito, como respeitar o sistema tributário Canadano e proibição de dupla tributação;
- (iii) Aceitação da medida, na base da justiça e praticabilidade administrativa.

Os impostos sobre o rendimento de pessoas colectivas são calculados e cobrados em conjunto com o imposto federal pela “*Canada Revenue Agency*”. Devido à existência de uma administração comum, os contribuintes apenas submetem uma declaração de rendimentos. Por outro lado, algumas províncias consideram que este sistema não tutela os melhores interesses de todas as províncias⁵⁰.

A uniformidade e coordenação desta dualidade de impostos é também reforçada por a resolução dos litígios referentes à repartição de lucros ter lugar nos tribunais federais e por as políticas fiscais federal e provincial serem tuteladas pela mesma entidade – *Federal-Provincial Committee on Taxation*.

⁴⁹ Department of finance, “*Federal Administration of Provincial Taxes*”, January 2000, p.2

⁵⁰ DALY, Michael., “*Tax Coordination and Competition in Canada: Some Lessons for the European Community*”, anexo 9A do “Ruding report” (1992).

A) Críticas

No geral, o sistema de repartição de lucros Canadano merece a aprovação internacional⁵¹. Com efeito, prima pela uniformidade e coordenação, bem como pela flexibilidade e autonomia das várias províncias.

Contrariamente ao sistema dos EUA, este assegura justiça distributiva para o contribuinte, bem como reduz a carga administrativa e os custos de *compliance*.

Também a utilização do critério de estabelecimento estável, à semelhança do direito internacional, facilita a agenda de grupos com subsidiárias no estrangeiro.

Não obstante o sucesso deste sistema de fraccionamento de lucros, continua a verificar-se a possibilidade de manipulação de lucros entre províncias, pois não existem regras de tributação de grupo e nem todas as províncias se encontram vinculadas a acordos de cobrança de impostos com o Governo Federal.

Por outro lado, o programa de pagamentos de *equalização* parece mitigar os efeitos de competição fiscal no Canadá, mesmo tendo em conta que existem províncias com taxas efetivas de tributação distintas.

4.4.3. Experiência na Suíça

A Suíça divide-se em vinte e três cantões, dos quais três se dividem ainda em meios-cantões. A Confederação Helvética é um caso interessante, pois é constituída por

⁵¹ “(...) commentators have specifically noted the combination of an extremely decentralized fiscal system and a well-developed system of harmonized taxes in Canada, and have suggested that the Canadian fiscal structure can provide useful lessons for the international context, especially the development of a common market in Europe.”, in EDGAR, Tim., “Corporate Income Tax Coordination as a Response to International Tax Competition and International Tax Arbitrage”, Canadian Tax Journal / Revue Fiscale Canadienne, Vol. 51, No. 3 (2003), p. 1123.

jurisdições soberanas com significativas diferenças aos níveis político, económico e social.

Tendo no total três níveis de jurisdições _ Estado Federal, Administração Cantonense e Administração Local_, a Suíça apresenta um sistema bastante complexo, com diferentes impostos determinados pelos três níveis de administração.

Dos três níveis, o governo central é relativamente reduzido face à administração local dos cantões, o que em parte é devido ao princípio da subsidiariedade que assume um papel preponderante no sistema jurídico helvético.

Enquanto o governo central se financia principalmente através de tributação indireta, os cantões e governos locais, tendo competência constitucional para impor qualquer imposto, financiam-se através de tributação direta do rendimento.

O Estado Federal tem competência para tributar o rendimento e o capital de pessoas coletivas e de pessoas singulares, apesar de apenas ter tomado a opção de tributar o rendimento.

Os cantões, por outro lado, tributam tanto o rendimento como o capital, sendo os seus impostos também dedutíveis da base tributária do imposto federal sobre o rendimento das pessoas colectivas.

Tanto o Estado central como a maioria dos Cantões aplicam o sistema clássico de tributação de pessoas colectivas. Para evitar dupla tributação, a Suíça aplica o método da isenção progressiva.

O *Federal Tax Harmonisation Act* Suíço permite que os Cantões concedam certos benefícios fiscais.

Não existe tributação de grupo na Suíça no respeitante a rendimento e capital, salvo quando uma empresa é constituída meramente para propósitos fiscais, sendo nesse caso considerada como um estabelecimento estável da empresa-mãe.

Para evitar dupla tributação económica entre empresas relacionadas, é atribuído um crédito pelo imposto. Este crédito deverá ser concedido por todos os Cantões que participem na alocação de lucros que incluam dividendos qualificados.

Nessa medida, é essencial determinar a residência fiscal da empresa em questão. Dependendo em qual dos cantões se encontra o seu domicílio fiscal ou onexo, o sujeito passivo irá ser tributado e os lucros alocados a esse cantão, ou então aplicar-se-á o método de alocação específica.

A residência ou domicílio fiscal principal de um sujeito passivo é aquele com o qual tenha uma ligação mais próxima. Todo o rendimento residual, não tributável noutra Cantão, é tributado no cantão da residência fiscal principal.

Existindo uma residência fiscal subsidiária, esta poderá ser considerada ou residência fiscal secundária ou específica.

No primeiro caso, implica que participe na alocação de rendimentos juntamente com o cantão de residência fiscal principal – por norma, a residência secundária será onde se encontrar, ou se encontrem, estabelecimentos estáveis.

O segundo caso reporta-se aquelas jurisdições que tenham um direito exclusivo de tributar um determinado item de rendimento, como por exemplo, referente a um imóvel situado nesse mesmo cantão.

Quanto à alocação de lucros, apesar das regras de divisão e percentagens não poderem ultrapassar os 100%, estando, desse modo, harmonizadas, os cantões utilizam bases tributárias diferentes.

O tipo de nexo que existe num cantão, determina qual o método de alocação de lucros que será utilizado. Caso uma pessoa colectiva tenha um estabelecimento estável noutra cantão, os lucros são assim divididos entre o cantão da residência e todos os restantes cantões com residências secundárias, pelo que nenhum estado de residência secundária,

poderá tributar exclusiva e isoladamente o rendimento atribuído a um estabelecimento estável de um sujeito passivo ali localizado.

Mais-valias imobiliárias ou rendimentos prediais são alocados especificamente, pelo que apenas o cantão da residência *específica* poderá tributar aquele rendimento.

Não sendo de aplicar a alocação específica, releva saber se aqueles lucros deverão ser repartidos mediante contabilidade separada ou utilização de frações referentes a fatores, que fatores deverão ser utilizados e se a residência principal deverá ter um fator preponderante.

Existem três métodos relevantes para esta análise: o método direto, indireto e misto.

O primeiro significa que os lucros agregados de uma empresa são distribuídos em função das suas subunidades lucrativas, na proporção dos lucros apurados nos termos da sua contabilidade separada. Verificando-se que uma das subunidades tem prejuízos, este método garante que, teoricamente, apenas o lucro total da empresa será tributado.

Nos termos do segundo método, os lucros de uma empresa são alocados através do recurso a uma fórmula que envolve os fatores volume de negócio, salários e vendas. Hierarquicamente, apenas deverá ser utilizado caso não seja possível aplicar o primeiro método referido. O método indireto, ao contrário do método direto, atribui prejuízos aos cantões em que se verificarem prejuízos desde que o resultado global seja positivo.

O método misto combina os dois outros métodos em dois passos. Primeiro, o rendimento alocável total é calculado com base nos resultados de contabilidade separada, para permitir separar as unidades da empresa, que poderão estar envolvidas em diferentes áreas de negócio. De seguida, esses lucros são atribuídos às diferentes unidades da empresa nos diferentes cantões, isto é, aplica-se o método indireto. Este método permite ter em conta as diferentes actividades económicas no seio da mesma empresa e, como tal, a aplicação de diferentes fórmulas a cada uma dessas linhas de actividade.

Quanto à fórmula a aplicar para efeitos do método indireto, importa referir que a Suíça não tem uma fórmula standard. Com efeito, prevê várias fórmulas para diferentes tipos de actividade, combinando diferentes fatores.

Todavia, a pedra de toque nesta questão é o chamado “*Präzipuum*”, isto é, caso a parte de lucros atribuída ao local principal de actividade seja considerada demasiado reduzida, então o cantão de residência principal terá acesso a uma porção adicional dos lucros antes destes serem distribuídos pelas residências secundárias. Este método de correção da distribuição de lucros é aplicado casuisticamente.

A dedução de perdas na Confederação Helvética, pauta-se pela regra de que, caso o principal centro de actividades, ou um estabelecimento estável de uma empresa intercantonal, incorrer numa perda, essa perda é automaticamente deduzida dos lucros de outros estabelecimentos.

Apesar do Tribunal Federal não ter tomado posição quanto à dedução de prejuízos globais, existem dois modos de o fazer: (i) transportar essa perda para um exercício fiscal seguinte, deduzindo-a dos lucros consolidados desse período antes da distribuição de lucros; ou (ii) essas perdas serem distribuídas nos termos das regras gerais e, posteriormente à distribuição de lucros, as perdas parciais serem transportadas para exercícios fiscais futuros separadamente em cada cantão, sendo esta última opção a privilegiada pela Doutrina⁵².

⁵² LAMPERT, *Die Verlustverrechnung von Juristischen Personen im Schweizer Steuerrecht unter Besonderer Berücksichtigung des DBG und StHG* (2000), in MAYER, Stefan., id., p. 142.

Todavia, a *Swiss Tax Conference*, por razões de simplicidade, defende a aplicação da portabilidade de perdas globais, o que implica desconsiderar as percentagens aplicadas, em cada ano, àquelas perdas⁵³.

A) Críticas

O principal ponto positivo do sistema Suíço de alocação de lucros de entidades intercantonais, prende-se com o compromisso assumido entre a soberania cantonal e a necessidade de evitar restrições no comércio intercantonal.

Existindo uma proibição de dupla tributação na Suíça, toda as disposições legais e jurisprudência são desenhadas e decididas em consonância com esta regra.

Por outro lado, as fórmulas específicas utilizadas para diferentes sectores de actividade, pecam por menor grau de transparência face àquelas utilizadas nos EUA e no Canadá, na medida, em que são atribuídos diferentes pesos aos elementos das frações de cada fórmula. Contudo, beneficiando de grande flexibilidade, cada cantão pode adaptar-se a estas questões.

Continua, contudo, a haver a possibilidade de manipulação de lucros entre cantões, não obstante a concorrência fiscal entre estes.

4.4.4. Comparação entre sistemas

⁵³ “Because the losses are carried forward to be set off against profits and apportioned in future tax years, the proportion in which the cantons bear those losses is not related to the company’s economic activities at the time they were incurred.”, in MAYER, Stefan., id., p. 143.

A primeira diferença a apontar, prende-se com a forma como a base tributária é gerida – se no Canadá, tal é deixado a uma entidade superior do Governo, nos EUA e na Suíça, tal depende, em grande medida, jurisdições subnacionais.

Para mais, enquanto que os EUA e a Suíça fazem uma distinção entre rendimentos alocáveis e não alocáveis, conforme tenham uma relação especialmente acentuada com um dado Estado ou Cantão, no Canadá tal distinção não é efetuada.

Significa isto que os dois primeiros países se encontram mais dependentes do conceito de ‘nexo’ do que o Canadá, o qual privilegia uma base tributária comum, dividida nos termos de um processo comum.

Outra diferença, afirma-se no facto de o Canadá tributar os rendimentos universais das empresas nele estabelecidas, contrariamente aos EUA e Suíça que não consideram esses rendimentos para efeitos de alocação de lucros entre Estados/Cantões.

Esta questão prende-se, todavia, com o facto de o Canadá possuir um mecanismo que visa atenuar as assimetrias causadas pela distribuição de lucros entre províncias. Este mecanismo de correção, que permite uma dedução de 10%, não se aplica aos lucros atribuídos a jurisdições fora do Canadá.

Esta heterogeneidade poderá, na opinião de STEPHAN MAYER⁵⁴, com a evolução destes sistemas – enquanto os EUA e a Suíça se desenvolveram mediante construções jurisprudenciais, o Canadá optou por instituir *a priori* um conjunto de regras que disciplinassem esta matéria, pelo que, ainda que os primeiros consigam, desse modo, alcançar um sistema que tutele com mais proximidade os direitos dos contribuintes, apresenta-se como mais complexo por oposição ao do Canadá.

⁵⁴ MAYER, Stefan., id., pp. 169-170.

4.4.5. Adoção do FA por países em desenvolvimento

Conforme exposto, o *formulary apportionment* é utilizado em vários países desenvolvidos – EUA, Suíça e Canadá, por exemplo. Todavia, a adoção deste método de alocação de lucros, poderá ser a resposta a muitos problemas que países em desenvolvimento têm com o tradicional ALP.

Com efeito, os países em desenvolvimento são profundamente afectados com o sistema de tributação na fonte que caracteriza a CMOCD e as multinacionais. Os conceitos de estabelecimento estável, paraísos fiscais e abuso fiscal, têm vindo a reduzir significativamente as receitas dos países em desenvolvimento, como Estados tipicamente de Fonte, por oposição do Estado da Residência.

Também a falta de comparáveis⁵⁵ em países em desenvolvimento tende a obviar à correta aplicação do ALP. Não só pela inexistência de um vasto leque de intervenientes no mercado, como pelos custos associados a uma recolha de dados que, muitas vezes, figura incompleta.

No caso de ativos intangíveis, a falta de comparáveis é especialmente grave, sendo que muitos países em desenvolvimento vêem uma significativa parte de receita a ser atribuída ao Estado da Residência, em consequência dessa inexistência de comparáveis e de recursos técnicos.

A falta de conhecimentos e de formação para a aplicação dos métodos sugeridos pela OCDE são frequentes no seio das Autoridades Fiscais destes países, devido, em grande parte, à complexidade de que estes métodos se caracterizam. Não podendo, assim, exigir-se a um país um tal peso burocrático, quando não possui os meios económicos e/ou técnicos para a sua correta aplicação.

⁵⁵ SLIM, Gargouri., *Transfer Pricing in Africa*, in Intertax, Vol. 45, Issue 4 (2015).

Também os custos de localização que são poupados pelas multinacionais ao transferirem as suas instalações para países em desenvolvimento, não são susceptíveis de serem avaliados ao abrigo do *arm's length principle*. Nessa medida, a não alocação desse benefício, conduz a distribuições injustas.

Do ponto de vista do contribuinte, e atendendo aos pontos já indicados, é também excessivamente onerosa a preparação de um dossier de preços de transferência.

Para além do já ilustrado, nem todos os países em desenvolvimento implementaram regras baseadas nas *TP Guidelines*, as utilizam ou as atualizam com frequência, podendo tal conduzir a efeitos adversos à concorrência.

No entanto, adotar o *formulary apportionment*, ou reduzir a carga burocrática e complexidade do sistema de alocação de lucros, poderia ser essencial para a economia de um país em desenvolvimento, visto aumentar a confiança do contribuinte e facilitar o acesso à devida receita fiscal por aquele país.

5. BEPS: ENTRE O ARM'S LENGTH PRINCIPLE E O FORMULARY APPORTIONMENT

5.1. Relatórios BEPS

A discussão entre o *arm's length principle* e a opção pelo *formulary apportionment* não é recente, como já foi referido.

Com efeito, vários são os autores que se pronunciam em cada um dos sentidos.

Todavia, desde a publicação do *Base Erosion and Profit Shifting Project* (BEPS) que esta questão ganhou novos contornos, vindo a OCDE, pela primeira vez, a admitir que o atual sistema de preços de transferência, assente no princípio do preço pleno de concorrência, não é capaz de responder a vários problemas de abuso e erosão fiscal.

O estudo iniciado pela OCDE começou com a publicação *Addressing Base Erosion and Profit Shifting Report*⁵⁶ e assumiu forma com o plano de ação intitulado como *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*⁵⁷, onde são elencados 15 planos de ações a desenvolver. Para efeitos de delimitação da matéria, a presente análise incidirá sobre os seguintes itens do plano de ação BEPS:

- (i) Item 8 – Ativos intangíveis;
- (ii) Item 9 – Risco e capital;
- (iii) Item 10 – Outras transações de elevado risco.

As preocupações subjacentes ao BEPS prendem-se com a necessidade de se proceder a alterações fundamentais para, efetivamente, ser possível prevenir situações de dupla tributação e de dupla não tributação de rendimentos, bem como de zero ou baixa tributação associadas a práticas que, artificialmente, separam parte do rendimento das actividades que as geram. A OCDE expressou ainda a necessidade de implementar novos paradigmas internacionais de modo a garantir a coerência da tributação de empresas a nível internacional⁵⁸.

Contudo, são as regras de preços de transferência aplicáveis a ativos intangíveis que mais têm merecido a atenção da OCDE. Com efeito, o paradigma do *arm's length principle* compreende um benefício fiscal para empresas multinacionais que não se encontra disponível para outras empresas não sujeitas a preços de transferência, na medida em que introduzem ineficiências que são exploradas pelas primeiras.

⁵⁶ OCDE (2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*.

⁵⁷ OCDE (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*.

⁵⁸ OCDE (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, p. 13.

Estas ineficiências são alimentadas pela importância dos ativos intangíveis que, assim, justificam os modelos de negócio escolhidos e desenvolvidos pelas empresas multinacionais⁵⁹.

Foi no *Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*⁶⁰ que a OCDE admitiu a dificuldade em encontrar comparáveis para o caso dos ativos intangíveis e que, como tal, alertou para a necessidade de procurar utilizar métodos de preços de transferência não apoiados em comparáveis, incluindo métodos de *profit split*, técnicas de avaliação, ou remunerar apropriadamente a performance de funções importantes.

Considerando que a OCDE nas suas *TP Guidelines* instrui que a aplicação dos vários métodos de preços de transferência deverá ser efetuada através de uma análise comparativa, a afirmação *supra* referida afigura-se como uma novidade.

Assumindo que o BEPS assenta, primordialmente, na temática dos preços de transferência, é também questionado se, na verdade, a OCDE não abriu as portas para a entrada de elementos do *formulary apportionment*, em detrimento da, até agora, hegemonia do *arm's length principle*⁶¹.

Significa isto que, a OCDE, se propôs a dissociar a prática dos preços de transferência à realidade legal e económica, fundada na comparação das funções, ativos e riscos, para um paradigma de maior pragmatismo e orientado para um modelo negocial, no qual o princípio base consiste em que os lucros ou derivam de uma ação ou de gerar valorização⁶².

⁵⁹ BRAUNER, Yariv., "Transfer Pricing in BEPS: First Round _ Business Interests Win (But, Not in Knock-Out), in Intertax, Vol. 43, Issue I (2015).

⁶⁰ OCDE (2014), *Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, parágrafo 6.57.

⁶¹ ROBILLARD, Robert, *BEPS: Is the OECD Now at the Gates of Global Formulary Apportionment?*, in Intertax, Vol. 43, Issues 6 & 7 (2015).

⁶² BRAUNER, Yariv., "Transfer Pricing in BEPS: First Round _ Business Interests Win (But, Not in Knock-Out), in Intertax, Vol. 43, Issue I (2015).

Nas modificações ao Capítulo VII das *TP Guidelines*, relativamente aos serviços intragrupo de reduzida criação de valor, a OCDE considerou que, na falta de comparáveis ou de comparáveis insuficientes, deveria ser dada preponderância às comparáveis internas. Por outro lado, não existindo estas, poderá a OCDE estar prestes a introduzir elementos do *formulary apportionment*. Com efeito, a OCDE afasta-se do ALP quando sugere que o *mark-up* escolhido pelo sujeito passivo, para efeitos de cálculo do preço pleno de concorrência dos serviços intragrupo de reduzido valor de criação, não deverá ser inferior a 2% do custo relevante e não deverá ser superior a 5% do custo relevante⁶³. Esta não é uma apreciação com base numa comparável.

Outro exemplo da inclusão de elementos típicos do *formulary apportionment* nos relatórios da OCDE reporta-se à inclusão na análise contratual de uma transação controlada a análise de uma transação controlada com a restante “*value chain*”⁶⁴. Na opinião de ROBERT ROBILLARD corresponde isto a uma prática típica de *formulary apportionment*⁶⁶.

Na opinião deste autor, isto configura-se como um desvio ao princípio da plena concorrência, visto que, em condições normais, não seria tida em conta a cadeia de valor para além do estritamente necessário para a análise daquela transação em específico.

⁶³ OECD public discussion draft: BEPS Action 10: Proposal Modifications to Chapter VII of the Transfer Pricing Relating to Low-adding intra-group Services (2014).

⁶⁴ OECD public discussion draft: BEPS Actions 8, 9 and 10: Discussion Draft on Revisions to Chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (Including Risk, Recharacterisation and Special Measures) (2014).

⁶⁵ A referência dos relatórios da OCDE a “*rest of the value chain*” implica, necessariamente, que se compreenda o seu escopo, sendo que o estudo realizado para efeitos do “*BEPS Action Plan 10: Discussion Draft on the Use of Profit Splits in the Context of Global Value Chains*”⁶⁵, já deriva de outro estudo da OCDE: “*Interconnected Economies: Benefiting from Global Value Chains*”, publicado em 2013.

⁶⁶ ROBILLARD, Robert, *BEPS: Is the OECD Now at the Gates of Global Formulary Apportionment?*, in Intertax, Vol. 43, Issues 6 & 7 (2015).

Também a *Opção 4* elencada neste relatório indica que, nos casos em que não seja possível analisar as funções, riscos e ativos de uma entidade, para efeitos da análise comparativa e funcional, então os seus lucros poderão ser *alocados*. Parece, portanto, e de acordo com o autor acima referido, que esta passagem implica que o ALP poderia ser aplicado sem uma prévia análise comparativa o que, do ponto de vista teleológico, parece ser contrário ao próprio ALP, mas em consonância com o FA.

O item 9, referente à alocação de capital e risco, conforme o relatório em questão, deverá ser alinhado em função com a criação de valor. Todavia, no atual paradigma de preços de transferência, tal afigura-se como uma tarefa complexa, visto as multinacionais se encontrarem, naturalmente, capitalizadas de modo distinto de outras empresas. Para mais, qualquer aplicação do ALP a estes casos não refletiria o que caracteriza realmente uma multinacional, isto é, a sua capacidade de operar como uma unidade económica.

Quanto à assunção de riscos, parece ser ainda mais complicada a aplicação do ALP, na medida em que está dependente de uma realidade legal, em princípio, absolutamente controlada pelo sujeito passivo.

No item 10 do plano de ação, a OCDE expressou as preocupações em desenvolver regras para evitar erosão fiscal nas transações em que, muito raramente, teriam lugar entre entidades não relacionadas.

Uma das alternativas apresentadas é a *recharacterização* da operação. Todavia, e como YARIV BRAUNER salienta, trata-se de uma sugestão demasiado abstrata e que poderá, forçosamente moldar operações fora do mercado em ações de mercado para efeitos de aplicação do ALP⁶⁷.

⁶⁷ BRAUNER, Yariv., “*Transfer Pricing in BEPS: First Round _ Business Interests Win (But, Not in Knock-Out)*”, in Intertax, Vol. 43, Issue I (2015).

Em suma, se por um lado, a OCDE se apresenta como disposta a estudar novas alternativas para a resolução dos problemas BEPS, por outro lado, encontra-se ainda demasiado dependente da retórica do *arm's length principle*, sendo que os elementos de *formulary apportionment* presentes nos seus estudos, são tratados como um compromisso entre este último método e o ALP. Todavia, poderemos estar perante soluções ineficientes.

5.2. Um Paradigma Dualista

O relatório BEPS abriu uma porta ao *formulary apportionment*.

Todavia, a aplicação de elementos típicos do FA juntamente com o ALP não parece funcional, podendo gerar novas ineficiências ao longo do tempo.

Nessa medida, e procurando-se desse modo evitar reestruturações legislativas complexas e longas entre Estados, cremos que a melhor alternativa seja manter-se o ALP, nos termos das *TP Guidelines*, aplicando-se o FA aos ativos intangíveis.

Não existindo as comparáveis necessárias para uma análise comparativa e funcional, não parece eficiente a aplicação do ALP. Assim, e com base nos sistemas americano, canadense e suíço, cremos que a melhor solução seja aplicar o FA a ativos intangíveis.

Neste caso, o FA não seria aplicado ao lucro total de uma multinacional, mas apenas àquele rendimento em específico derivado de ativos intangíveis.

Quanto ao elemento de conexão, é nossa melhor opinião que será mais prático fazendo uso do já estabelecido conceito de estabelecimento estável, como também utilizado no Canadá, e a entidade tributável deveria ser a multinacional.

A fórmula aplicável deveria ser composta pelos três fatores: propriedade, salários e volume de receitas.

Idealmente, deveria ser assinada uma Convenção multilateral na qual se harmonizasse a base tributária entre os Estados para estes itens de rendimento. Alternativamente, poder-se-ia introduzir uma cláusula em tal instrumento bilateral/multilateral, na qual a base tributária fosse definida em função do Estado com o qual se verificasse um nexos mais sólido, assim se garantindo uma harmonização da base tributária.

Às restantes categorias de rendimentos, aplicar-se-ia o *arm's length principle*.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme foi demonstrado, a prática internacional a nível de preços de transferência consubstancia-se na adoção formal do *arm's length principle*. O *formulary apportionment*, por sua vez, ganha destaque nas relações subnacionais dentro de um mesmo território, como o caso dos EUA, do Canadá, da Suíça e da Alemanha.

Ambos os métodos têm o seu mérito, mas nenhum é perfeito. O ALP é excessivamente burocrático e complexo, levando a que alguns países não o consigam aplicar. Contudo, procura traduzir a realidade económica das transações.

O *formulary apportionment*, é criticado por uns e aplaudido por outros por não ter um princípio subjacente. Demonstrámos que o princípio do benefício poderá estar subjacente a este método. É igualmente mais simples e fácil de aplicar, mas, apesar de poder não traduzir a realidade económica com o rigor do ALP.

Esta discussão voltou a estar sob os holofotes mundiais com o relatório BEPS da OCDE. Foi reconhecido por esta organização que o ALP não consegue responder a alguns dos problemas com que os vários Estados se debatem hoje. Esta situação é especialmente grave no caso dos ativos intangíveis, para os quais, na maioria dos casos, não se encontram comparáveis.

As recomendações da OCDE implicam a introdução de elementos com base no *formulary apportionment*, mas ainda incrustados no *arm's length principle*. O problema desta linha de pensamento é que um e outro método não são susceptíveis de funcionar conjuntamente. Porquanto o *arm's length principle* é aplicado com base em comparáveis, enquanto o *formulary apportionment* é determinado com base em frações. Não parece lógico que se apliquem elementos deste último a resultados comparativos.

Por essa razão, consideramos que a melhor alternativa para a OCDE neste momento é admitir a pura aplicação do *formulary apportionment* a certos tipos de rendimentos, para os quais não seja possível encontrar comparáveis, isto é, para os ativos intangíveis.

Ainda que consideremos que o *arm's length principle* é excessivamente complexo, num mundo ideal, onde todos os Estados estejam preparados para o aplicar, seria o princípio que melhor traduziria a realidade económica. Por outro lado, para mercados integrados, como nos EUA, na Suíça e Canadá, e quiçá num futuro próximo, para a própria UE, o *formulary apportionment* apresenta-se como um método mais direto e que oferece maior certeza jurídica aos sujeitos passivos.

O modelo de *formulary apportionment* para ativos intangíveis que sugerimos, após atenta análise da projeção internacional deste método, apresenta as seguintes características:

- a) Elemento de conexão: estabelecimento estável;
- b) Base tributária: comum ou similar;
- c) Fórmula: propriedade/salários/receitas;
- d) Aplicação: convenção bilateral ou multilateral.

Estas considerações dependerão sempre dos sistemas fiscais envolvidos, sendo que a melhor alternativa seria, efetivamente, que o maior número de Estados celebrasse uma convenção multilateral de modo a determinar o método de cálculo de preços de transferência e alocação de lucros.

De outro modo, continuaremos a assistir a situações de manipulação de lucros e erosão fiscal, independentemente do método escolhido pelo país em questão. Urge, assim, implementar-se um novo paradigma de preços de transferência e encontrar-se um novo rumo a seguir no campo do direito fiscal internacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A) Livros e Publicações de Carácter Periódico

- AULT, Hugh J., ARNALD, Brian J., “*Comparative Income Taxation: A Structural Analysis*”, Wolters Kluwer, Third Edition (2010)
- BRAUNER, Yariv, “*Formula Based Transfer Pricing*”, in Intertax, Vol. 42, Issue 10 (2014)
- BRAUNER, Yariv., “*Transfer Pricing in BEPS: First Round _ Business Interests Win (But, Not in Knock-Out)*”, in Intertax, Vol. 43, Issue I (2015)
- CARROLL, Mitchell. “*Methods of Allocating Taxable Income*”, in: League of Nations, Taxation of Foreign and National Enterprises (1933)
- DALY, Michael., “*Tax Coordination and Competition in Canada: Some Lessons for the European Community,*”, anexo 9A do “Ruding report” (1992)
- DOURADO, Ana Paula, “*The Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Initiative under Analysis*”, in Intertax, Vol. 43, Issue I (2015)
- DWARKASING, Ramon S.J., “*The Concept of Associated Enterprises*”, in Intertax, Vol. 41, Issue 8 & 9 (2013)
- EDGAR, Tim., “*Corporate Income Tax Coordination as a Response to International Tax Competition and International Tax Arbitrage*”, Canadian Tax Journal / Revue Fiscale Canadienne, Vol. 51, No. 3 (2003)
- FAIRHURST, John, “*Law of the European Union*”, Pearson, 7ª Ed. (2010)
- “*IBFD International Tax Glossary*”, Seventh Revised Edition, IBFD (2015)
- LAMPERT, “*Die Verlustverrechnung von Juristischen Personen im Schweizer Steuerrecht unter Besonderer Berücksichtigung des DBG und StHG*” (2000)

- LI, Jinyan, “*Global Profit Split: An Evolutionary Approach to International Income Allocation*”, 50 Canadian Tax Journal 3 (2002)
- LÓPEZ, Eva Escribano, “*An Opportunistic, and yet Appropriate, Revision of the Source Threshold for the Twenty-First Century Tax Treaties*”, in Intertax, Vol. 43, Issue I (2015)
- MAYER, Stefan, “*Formulary Apportionment for the Internal Market*”, Vol. 17, Doctoral Series, IBFD (2009)
- MCLURE., “*Implementing State Corporate Income Taxes in the Digital Age*”, National Tax Journal, Vol. LIII, No. 4, Part 3
- MUSGRAVE, Peggy, “*Principles for Dividing the State Corporate Tax Base.*” (1984)
- MUSGRAVE, Peggy. “*Interjurisdictional Equity in Company Taxation*”, in: Cnossen (ed.), “*Taxing Capital Income in the European Union*” (2002)
- MUSGRAVE, Richard, e MUSGRAVE, Peggy, “*Under a strict regime of benefit taxation, each taxpayer would be taxed in line with his or her demand for public services*”, in Public Finance in Theory and Practise. 5ª edição, Nova York: Mcgraw-hill (1989)
- OESTREICHER, Andreas, “*Konzern-Gewinnabgrenzung*” (2000)
- NABAIS, José Casalta, “*Direito Fiscal*”, Almedina, 3.ª Ed. (2005)
- NOGUEIRA, João Félix, “*Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade, A proporcionalidade como critério central da compatibilidade de normas tributárias internas com as liberdades fundamentais*”, Wolters Kluwer, Coimbra Editora (2010)
- ROBILLARD, Robert, *BEPS: Is the OECD Now at the Gates of Global Formulary Apportionment?*, in Intertax, Vol. 43, Issues 6 & 7 (2015)

- SANCHES, J.L. Saldanha, *“Os limites do planeamento fiscal: substância e forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional”*, Coimbra Editora (2006).
- SLIM, Gargouri, *Transfer Pricing in Africa*, in Intertax, Vol. 45, Issue 4 (2015)
- SORENSEN, *“Company Tax Reform in the European Union”*, 11 *International Tax and Public Finance* (2004)
- VICKREY, *“An Updated Agenda for Progressive Taxation”*, 82 *American Economic Review* (1992)
- XAVIER, Alberto, *“Direito Tributário Internacional”*, Almedina (2011)

B) Publicações Oficiais

União Europeia:

- COM(2001) 582 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 UE”*
- SEC (2001) 1681 final, *“Company taxation in the Internal Market”*

Organização Para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

- *“Modelo de Convenção Fiscal sobre o rendimento e o património”*, in *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, Centro de Estudos Fiscais (Julho de 2010)
- *“Transfer Pricing and Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations”* (Julho 2015)
- *“Addressing Base Erosion and Profit Shifting”* (2013)

- “*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*” (2013)
- “*Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*”, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project (2014)
- “*OECD public discussion draft: BEPS Action 10: Proposal Modifications to Chapter VII of the Transfer Pricing Relating to Low-adding intra-group Services*” (2014)
- “*OECD public discussion draft: BEPS Actions 8, 9 and 10: Discussion Draft on Revisions to Chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (Including Risk, Recharacterisation and Special Measures)*” (2014)
- “*BEPS Action Plan 10: Discussion Draft on the Use of Profit Splits in the Context of Global Value Chains*”(2013)
- “*Interconnected Economies: Benefiting from Global Value Chains*” (2013)

Canadá

- Department of Finance, “*Federal Administration of Provincial Taxes*” (Janeiro 2000)

C) Jurisprudência

Estados Unidos Da América

- “*Wisconsin v. J.C. Penney Co.*”, 311 U.S. 435 (1941)
- “*Butler Brothers v. McColgan*”, 315 U.S. 501 (1942)
- “*State Railroad Tax Cases*”, 92 U.S. 575 (1975)
- “*Complete Auto Transit, Inc. V. Brady*”, U.S. 274 (1977)