



**Universidade do Minho**  
Escola de Direito

Paula Martins Arantes Amorim

**O combate à evasão fiscal através dos preços de transferência**



**Universidade do Minho**

Escola de Direito

Paula Martins Arantes Amorim

## **O combate à evasão fiscal através dos preços de transferência**

Dissertação de Mestrado  
Mestrado em Direito Tributário

Trabalho efetuado sob a orientação do  
**Professor Doutor João Sérgio Ribeiro**

janeiro de 2019

## DECLARAÇÃO

Nome: Paula Martins Arantes Amorim

Endereço eletrónico: [paulam.a.a@hotmail.com](mailto:paulam.a.a@hotmail.com)

Título da Dissertação: O combate à evasão fiscal através dos preços de transferência

Orientador: Professor Doutor João Sérgio Ribeiro

Ano de conclusão: 2019

Designação do Mestrado: Mestrado em Direito Tributário

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO INTEGRAL DESTA DISSERTAÇÃO APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE

Universidade do Minho, \_\_/\_\_/\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

## AGRADECIMENTOS

Terminada a investigação, cumpre deixar um agradecimento a todos os que contribuíram e me apoiaram ao longo do caminho.

Gostaria de deixar um sincero agradecimento ao meu orientador, Professor Doutor João Sérgio Ribeiro, por toda a disponibilidade, pelo incentivo, pelas sugestões e conselhos, cruciais no desenvolvimento deste trabalho.

Aos meus pais, pelo apoio incondicional, pela paciência e todo o carinho que me proporcionaram.

Aos meus tios, por todo o auxílio prestado.

Às minhas amigas mais próximas, por estarem sempre presentes.



## RESUMO

O presente trabalho visa a obtenção do grau de mestre no âmbito do Mestrado em Direito Tributário na Universidade do Minho.

A importância que os preços de transferência têm vindo a assumir no domínio tributário levou à escolha da análise deste tema que ao longo dos anos tem ocupado sempre um lugar na agenda internacional.

Iremos dar início ao nosso trabalho com o desenvolvimento dos conceitos operativos necessários a uma melhor compreensão da abordagem que pretendemos fazer, seguindo-se uma breve exposição da evolução histórica dos preços de transferência e do seu regime, bem como das consequências que lhe estão subjacentes.

Subsequentemente iremos analisar as medidas centradas em impedir a deslocalização dos lucros dos grupos económicos através dos preços de transferência desenvolvidas a nível internacional e a legislação vigente nos ordenamentos jurídicos português, espanhol e brasileiro, de modo a formarmos uma ideia do consenso que se reúne à volta das regras propostas pelas organizações internacionais, assim como das diferenças entre cada um dos regimes adotados a nível nacional e como elas afetam positiva ou negativamente o objetivo de visam. Numa vertente mais prática, dedicaremos ainda uma parte deste trabalho aos esquemas arquitetados pelos grupos económicos para a prática da evasão fiscal no âmbito desta temática.

Para finalizar, iremos procurar responder a uma questão que há muito se impõe: responde o atual regime aplicável aos preços de transferência aos problemas com que nos deparamos, ou será necessário procurar uma alternativa?



## ABSTRACT

The purpose of this paper is obtaining the master's degree for the Master in Tax Law at the University of Minho.

The importance that transfer pricing has been taking in the tax field has led to the choice of this theme analysis that over the years has always occupied a place on the international agenda.

We will begin our work with the development of the key concepts necessary to a better understanding of the approach we intend to take, followed by a brief exposition of the historical evolution of transfer pricing and their rules, as well as of the underlying consequences.

Subsequently, we will analyze the measures focused on preventing the relocation of profits of the economic groups through transfer pricing that have been developed internationally and the legislation in Portuguese, Spanish and Brazilian legal systems, so as to form an idea of the consensus that meets around of the rules proposed by international organizations, as well as the differences between each of the regimes adopted at national level and how they positively or negatively affect the objective of Aim. On a more practical side, we'll devote a portion of this work to the schemes architected by economic groups for the practice of tax evasion using transfer pricing.

Finally, we will seek to answer a long-standing question: does the current transfer pricing regime respond to the problems we face, or is it necessary to look for an alternative?



## ÍNDICE

RESUMO .....	v
ABSTRACT .....	vii
ABREVIATURAS E SIGLAS .....	xiii
INTRODUÇÃO .....	15
<b>CAPÍTULO I – Conceitos Operativos .....</b>	<b>17</b>
1 – Evasão Fiscal .....	17
2 – Preços de Transferência .....	23
2.1 - Princípio da entidade separada.....	28
2.2 – Princípio da plena concorrência .....	29
2.2.1 - Fatores Determinantes da Comparabilidade .....	32
2.2.1.1 – Caraterísticas dos Bens ou Serviços .....	32
2.2.1.2 – Análise das Funções .....	33
2.2.1.3 – Análise dos termos contratuais .....	33
2.2.1.4 – Circunstâncias económicas .....	34
2.2.1.5 – As estratégias empresariais .....	34
<b>CAPÍTULO II – Preços de Transferência como instrumento de combate à evasão fiscal .....</b>	<b>37</b>
1 – Abordagem histórica .....	37
2 – Consequências da sua utilização .....	40
2.1 – Benefícios para os grupos económicos .....	40
2.2 – O impacto da evasão fiscal .....	42
3 - Medidas propostas pela OCDE .....	44
3.1 – A OCDE .....	44
3.2 - Métodos de Análise dos Preços de Transferência .....	45
3.2.1 – Método do Preço Comparável de Mercado .....	47
3.2.3 – Método do Preço de Revenda Minorado .....	49
3.2.3 – Método do Custo Majorado .....	52
3.2.4 – Método do Fracionamento do Lucro .....	54
3.2.5 – Método da Margem Líquida da Operação .....	56
3.2.6 – Métodos baseados no lucro das operações: conclusões .....	58
3.3. – Método do Fracionamento Global Segundo uma Fórmula .....	59

3.4 – Ajustamentos .....	61
3.5 – Considerações específicas .....	63
3.5.1 – Ativos intangíveis .....	63
3.5.2 – Serviços intragrupo .....	66
3.5.3 – Acordos de Repartição de Custos .....	70
3.6 – Acordos Prévios de Preços de Transferência .....	72
3.7 – O regime dos safe harbours .....	74
4 - Os preços de transferência no contexto da UE .....	76
4.1 – O Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas .....	77
4.2 – A contribuição do Fórum Conjunto sobre Preços de Transferência .....	80
4.2.1 – A Convenção de Arbitragem.....	82
4.3 – A Diretiva (UE) 2017/1852 do Conselho.....	85
4.4 – Os Auxílios de Estado sob a forma fiscal .....	86
5 - As regras sobre preços de transferência vigentes em Portugal .....	88
5.1 - Os métodos para determinação do preço de plena concorrência .....	90
5.2 - O conceito de relações especiais .....	91
5.3 - Os ajustamentos correlativos .....	92
5.4 – Cumprimento das obrigações acessórias .....	94
5.5 – O ónus da prova .....	97
5.6 – O regime aplicável aos APPT .....	97
6 – O regime dos preços de transferência noutros ordenamentos jurídicos .....	101
6.1 – A regulação dos preços de transferência em Espanha .....	101
6.1.1 – A valoração das operações vinculadas .....	103
6.1.2 – A previsão dos ajustamentos correlativos e secundários .....	105
6.1.3 – As obrigações documentais do contribuinte .....	107
6.1.4 – O regime aplicável aos APPT .....	110
6.1.5 – Regime sancionatório .....	113
6.2 – A regulação dos preços de transferência no Brasil .....	114
6.2.1 – Âmbito de aplicação objetivo e subjetivo .....	115
6.2.2 – Os métodos de controlo dos preços de transferência .....	116
6.2.2.1 – Métodos aplicáveis às importações .....	118
6.2.2.2 – Métodos aplicáveis às exportações .....	121

6.2.2.3 – Disposições comuns .....	122
6.2.3 – Obrigações documentais .....	123
6.2.4 – A adoção do princípio de plena concorrência? .....	125
6.2.5 – Comparação entre a metodologia brasileira e a proposta pela OCDE .....	127
7 – Práticas utilizadas como mecanismo de evasão fiscal – exemplos práticos.....	129
7.1 – Esquemas de âmbito jurisprudencial.....	130
7.1.1 – Caso 1 .....	130
7.1.2 – Caso 2 .....	131
7.1.3 – Caso 3 .....	133
7.1.4 – Caso 4 .....	134
7.2 – Esquemas divulgados ao abrigo do art.º 15.º do Decreto-Lei n.º 29/2008 .....	135
7.2.1 – Esquema D4 .....	136
7.2.2 – Esquema D5 .....	137
7.2.3 – Esquema D7 .....	137
7.3 – Esquemas envolvendo a utilização de ativos intangíveis .....	138
7.3.1 – Exemplo 1 .....	138
7.3.2 – Exemplo 2: Double Irish e Dutch Sandwich .....	140
7.4 – Os preços de transferência no âmbito dos Auxílios de Estado .....	142
7.4.1 – Fiat .....	143
7.4.2 – Starbucks .....	144
7.4.3 – Apple .....	146
7.4.4 – Regime aplicável.....	148
<b>CAPÍTULO III – Novas perspectivas em matéria de preços de transferência como instrumento de</b>	
<b>combate à evasão fiscal .....</b>	<b>151</b>
1 – O Plano de Ação BEPS .....	152
1.1 – As ações 8 a 10 .....	154
1.2 – A ação 13 .....	160
1.2.1 – Intercâmbio internacional dos Country-by-Country reports .....	163
2 – Uma tributação unitária na UE: criação da matéria comum consolidada de imposto.....	164
3 – Medidas que se perspetivam: estamos no bom caminho? .....	169
3.1 – Novas regras aplicáveis aos intangíveis: algumas considerações .....	169
3.2 – Novas regras aplicáveis ao risco e ao capital: algumas considerações .....	172

3.3 – Country-by-Country report, o sucesso do Plano BEPS .....	174
3.4 – Princípio de plena concorrência: o início do fim? .....	177
3.4.1 – A MCCCIS como alternativa .....	179
3.5 – Propostas doutrinárias .....	181
3.5.1 – A proposta do imposto sobre as sociedades com base no destino .....	181
3.5.2 – A proposta da nova base comum para o imposto sobre as sociedades .....	182
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>185</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>187</b>
<b>REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS .....</b>	<b>201</b>

## ABREVIATURAS E SIGLAS

Ac. – Acórdão  
Al. – Alínea  
AOE – Apple Operations Europe  
APPT – Acordos Prévios de Preços de Transferência  
ARC – Acordos de Repartição de Custos  
Art.º - Artigo  
Arts.º – Artigos  
ASI – Apple Sales International  
CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa  
Cap. – Capítulo  
Cfr – Conforme  
CIRC – Código do Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas  
CMOCDE – Convenção Modelo da OCDE  
Coord. - Coordenação  
CRP - Constituição da Republica Portuguesa  
CT – Coffee Trading  
EBF – Estatuto dos Benefícios Fiscais  
ECF – Escrituração Contábil Fiscal  
ECOFIN - *Economic and Financial Affairs Council*  
Ed. – Editor  
FCPT - Fórum Conjunto sobre Preços de Transferência  
FFT – Fiat Finance and Trade  
ISBD – Imposto sobre as Sociedades com Base no Destino  
I&D – Investigação e Desenvolvimento  
LGT – Lei Geral Tributária  
LGTr – Ley General Tributaria  
LIS – Ley del Impuesto sobre Sociedades  
MBV – Manufacturing EMEA  
MCAP – Método do Custo de Aquisição ou de Produção mais Tributos e Lucro  
MCCCIS - Matéria Coletável Comum Consolidada do Imposto sobre as Sociedades  
MCM – Método do Custo Majorado  
MCPL – Método do Custo de Produção mais Lucro  
MFGSF - Método do Fracionamento Global Segundo uma Fórmula  
MFL - Método do Fracionamento do Lucro  
MMLO - Método da Margem Líquida da Operação  
MPC – Método do Preço Comparável  
MPCE – Método do Preço sob Cotação na Exportação  
MPCI – Método do Preço sob Cotação na Importação  
MPIC – Método dos Preços Independentes Comparados  
MPRL - do Preço de Revenda menos Lucro

MPRM – Método do Preço de Revenda Minorado  
MPVA – Método do Preço de Venda por Atacado no País de Destino, Diminuído do Lucro  
MPVEx – Método do Preço de Venda nas Exportações  
MPVV – Método do Preço de Venda a Varejo no País de Destino, Diminuído do Lucro  
OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico  
N.º - Número  
NBCIS – Nova Base Comum para o Imposto sobre as Sociedades  
P. – Página  
Par. – Parágrafo  
PDMCCCIS – Proposta de Direita relativa a uma Matéria Coletável Comum Consolidada do Imposto sobre as Sociedades  
P.e. – Por exemplo  
Ps. – Páginas  
RGIT – Regime Geral das Infrações Tributárias  
RIS – Reglamento del Impuesto sobre Sociedades  
SIG – Serviços Intragrupo  
SNC – Sistema de Normalização Contabilística  
TCE – Tratado que estabelece a Comunidade Europeia  
TFUE - Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia  
TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia  
UE – União Europeia

## INTRODUÇÃO

Os benefícios associados ao agrupamento de empresas, nomeadamente a nível de economias de escala, que pelas vantagens competitivas que oferecem contribuem para um aumento do poder de mercado, tiveram um papel fundamental no surgimento dos grupos económicos, onde se incluem os grupos multinacionais. Por sua vez, esta internacionalização dos grupos económicos foi impulsionada pela crescente globalização económica, que permitiu a integração de mercados.

Se há algo que parece aumentar à medida que os anos passam, é a relevância destes grupos tanto na economia nacional, como internacional, contribuindo para o seu desenvolvimento. Mas se são vários os aspetos positivos a apontar à globalização e à internacionalização dos grupos, temos também o “reverso da medalha”, onde a procura pela maximização dos seus lucros leva a que estes enveredem frequentemente por comportamentos evasivos, muitas das vezes possibilitados pela interação dos diferentes sistemas tributários, sendo uma das técnicas mais utilizadas a manipulação de preços de transferência, através da qual transferem os lucros gerados dentro do próprio grupo.

Em termos de receitas fiscais, os impostos tributados às empresas correspondem a cerca de 10% do seu total. Ainda que tal não corresponda a uma percentagem elevada, a sua perda não deixa de acarretar consequências nas bases tributárias dos Estados, o que torna as práticas de evasão fiscal promovidas pelos grupos multinacionais numa preocupação constante, e alvo de várias medidas e recursos direcionados a evitá-las. Recentemente vieram a público vários esquemas que envolviam a utilização de preços de transferência perpetrados por grandes grupos multinacionais, incluindo a Apple e a Starbucks, o que alertou ainda mais os Estados para a dimensão do problema, em especial quando estão em causa operações que envolvem ativos intangíveis.

Deste modo, os Estados e outras organizações internacionais têm desenvolvido esforços no sentido de criar e atualizar legislação vocacionada a dar uma solução aos problemas criados pela utilização de preços de transferência, que não respeitam apenas à diminuição das receitas públicas, mas também provocam distorções no mercado. Acontece que a complexidade da temática torna difícil implementar medidas verdadeiramente eficazes a colocar-lhe um fim. Com efeito, pretendemos analisar se as atuais medidas se mostram à altura do seu objetivo, questão

que tem merecido muita atenção nos últimos anos, com vários autores a defenderem a necessidade de um novo paradigma.

## CAPÍTULO I – Conceitos Operativos

### 1 – Evasão Fiscal

Se nos debruçarmos sobre o art.º 103.º da CRP, nos termos do qual “o sistema fiscal visa a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas e uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza”, constatamos que este consagra um dever de pagar impostos. Ora, sendo o imposto o suporte financeiro das despesas necessárias à realização das tarefas do Estado, a sua arrecadação assume uma importância fundamental na maior parte dos países. A título de exemplo, o investimento na saúde pública revela-se fundamental para promover a melhoria e bem-estar da saúde dos cidadãos, dando cumprimento ao direito constitucionalmente consagrado no art.º 64.º da CRP, de proteção da saúde. Também o direito à educação encontra proteção constitucional, e ninguém pode negar a sua importância no desenvolvimento, não só de cada indivíduo, mas também de um país. Claro que para garantir uma educação com qualidade, é necessário investir nela, o que mais uma vez se faz com recurso a dinheiro público.

No entanto, nem todos os contribuintes querem cumprir com este dever, crucial para a satisfação das necessidades públicas, ou seja, aquelas que individualmente não podem ser atendidas, recorrendo para esse efeito a determinadas práticas evasivas ou fraudulentas que lhes permitem “fugir” ao pagamento dos impostos devidos, acabando por contribuir desta forma para a erosão da base fiscal dos Estados.

Atendendo ao tema em análise, iremos debruçar-nos mais aprofundadamente sobre a evasão fiscal, mas não sem antes estabelecermos uma distinção entre esta e a fraude fiscal, de modo a entendermos porque é que a manipulação de preços de transferência com o objetivo de evitar o pagamento do imposto cai dentro do âmbito da primeira e não da segunda.

Atualmente, a ordem tributária encontra na evasão e na fraude fiscal uma fonte de problemas cada vez maior, motivo pelo qual a luta contra este aspeto conjuntural se afigura um dos principais objetivos da ação legislativa, administrativa e doutrinária.<sup>1</sup>

Não parece existir na doutrina um consenso relativamente à delimitação dos conceitos de evasão e fraude fiscal, pelo que esta operação suscita dificuldades. Assim, segundo JOAQUIM

---

<sup>1</sup> MARTINS, António Carvalho, *Simulação na Lei Geral Tributária e Pressuposto do Tributo em Contexto de Fraude, Evasão e Planeamento Fiscal*, Coimbra Editora, 2006, p. 13.

FREITAS DA ROCHA deve distinguir-se entre planeamento *extra legem*, onde o contribuinte cumpre a letra da lei, mas não o seu espírito, e *contra legem*, onde nem a letra, nem o espírito da lei são respeitados<sup>2</sup>.

SALDANHA SANCHES procede a uma distinção entre fraude fiscal e a fraude à lei fiscal, de acordo com o qual a primeira integra o “comportamento que viola um qualquer dever de cooperação do sujeito passivo, ao qual corresponde uma sanção penal ou contraordenacional”<sup>3</sup>, por sua vez, a fraude à lei fiscal abrange “os comportamentos que consistem em contornar a lei fiscal sem expressamente a infringir (...) não violam um qualquer dever de cooperação, mas ainda assim não são desejados pelo legislador”<sup>4</sup>.

Por sua vez, GONÇALO AVELÃS NUNES entende por evasão fiscal a circunstância “em que os contribuintes optam por praticar atos jurídicos lícitos, diferentes daqueles que estão previstos nas normas de incidência de um determinado imposto, conseguindo assim evitar o nascimento de uma relação jurídica fiscal ou provocar o seguimento de uma diferente (diferente da pretendida pelo legislador)”<sup>5</sup>, distinguindo-se da fraude fiscal, por esta visar o não pagamento, ou um pagamento menor de impostos, o que é conseguido através da prática de atos ilícitos.<sup>6</sup> Apesar da terminologia distinta (evasão fiscal/planeamento *extra legem*/fraude à lei fiscal), a maioria da doutrina portuguesa parece concordar que a evasão fiscal implica a utilização de meios considerados lícitos, mas desconformes com o espírito da lei.

Antes de nos centrarmos nas diferenças classificações que a evasão fiscal pode assumir e uma vez que no âmbito da nossa pesquisa iremos debruçar-nos mais à frente sobre outros ordenamentos jurídicos, revela-se pertinente aferir a distinção que é feita pela sua doutrina. Assim, no ordenamento jurídico espanhol podemos distinguir entre *elusión* e *evasión fiscal*. De acordo com TULLIO ROSEMBUJ, estamos perante *elusión fiscal* quando se trata de “evitar a aplicação de uma norma tributária para que o contribuinte possa obter uma vantagem patrimonial que não se realizaria se aquele não pusesse em prática factos e atos jurídicos ou procedimentos contratuais

---

<sup>2</sup> ROCHA, Joaquim Freitas da, *Direito fiscal e autonomia da vontade. Do direito à livre planificação fiscal*, Edições Almedina, S.A., 2012, ps. 13 e 14, disponível em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/35871>

<sup>3</sup> SANCHES, J. L. Saldanha, *Os limites do planeamento fiscal: substância e forma no direito fiscal português, comunitário e internacional*, Coimbra Editora, 2006, p. 22.

<sup>4</sup> SANCHES, J. L. Saldanha, *Os limites do planeamento fiscal: substância e forma no direito fiscal português, comunitário e internacional*, Coimbra Editora, 2006, p. 22.

<sup>5</sup> NUNES, Gonçalo Avelãs, “A Cláusula Geral Anti-abuso de Direito em Sede Fiscal à Luz dos Princípios Constitucionais de Direito Fiscal” in *Separata da Revista Fiscalidade*, nº 3, 2000, p. 42.

<sup>6</sup> Cfr. NUNES, Gonçalo Avelãs, “A Cláusula Geral Anti-abuso de Direito em Sede Fiscal à Luz dos Princípios Constitucionais de Direito Fiscal” in *Separata da Revista Fiscalidade*, nº 3, 2000, p. 43.

com a principal finalidade de evitá-la”<sup>7</sup>. Já no caso da *evasión fiscal* “o núcleo da conduta transgressora não é outro senão a ocultação de rendimentos, bens e direitos económicos mediante a utilização de documentos material ou ideologicamente falsos, a realização de atos ou negócios jurídicos”<sup>8</sup>. Podemos dizer que na *elusión fiscal* se aproveitam vazios legais com o intuito de obter vantagens que não se encontram previstas nas normas, não se respeitando desta forma o espírito da lei. O conceito de *evasión fiscal* parece ir ao encontro daquele a que doutrina portuguesa recorre para definir fraude fiscal.

O tributarista brasileiro HELENO TÔRRES entende por evasão fiscal em sentido estrito o “fenômeno que decorre da conduta voluntária e dolosa, omissiva ou comissiva, dos sujeitos passivos de eximirem-se do cumprimento, total ou parcial, das obrigações tributárias de cunho patrimonial”<sup>9</sup>. Já o conceito de fraude em direito tributário encontra-se presente na Lei n.º 4.502/64, art.º 72.º “fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.”

Ora, como dito supra, a evasão fiscal pode ainda ser classificada em vários tipos.

Esta pode ser omissiva por inação, que se pode verificar através de duas condutas, nomeadamente, no não pagamento do imposto devido, por parte do contribuinte, quando já se verificou a incidência da norma fiscal e se realizou a liquidação desse imposto, independentemente de tal conduta ser intencional ou inintencional; e o não fornecimento à Administração Tributária dos elementos necessários para controlar a sua situação tributária.<sup>10</sup>

Tendo por base uma atuação, encontramos a evasão comissiva, no âmbito da qual SAMPAIO DÓRIA faz uma distinção entre evasão ilícita e evasão lícita. Na evasão ilícita o facto gerador da obrigação de tributo já ocorreu, pelo que o contribuinte, recorrendo a meios ilícitos, procura eliminar, reduzir ou retardar o pagamento do tributo, ou seja, há uma distorção da realidade económica. Já a evasão lícita distingue-se daquela, não só pela utilização, como o próprio nome indica, de meios lícitos para afastar ou reduzir a incidência do pressuposto de facto do

---

<sup>7</sup> ROSEMBUJ, T., *El Fraude de Ley, la Simulación y el abuso de las formas en el derecho Tributario*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 94

<sup>8</sup> ROSEMBUJ, T., *El Fraude de Ley, la Simulación y el abuso de las formas en el derecho Tributario*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 97

<sup>9</sup> TÔRRES, Heleno Taveira, *Direito tributário e direito privado: autonomia privada, simulação e elusão tributária*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 178

<sup>10</sup> Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *A Evasão e a Fraude Fiscais Face à Teoria da Interpretação da Lei Fiscal*, in Estudos de Direitos Fiscal, Coimbra, Almedina 1999, p. 19

tributo, embora tratando-se de atos e contratos atípicos ou anormais, mas também pelo facto de o momento da sua realização se verificar antes do tal pressuposto ocorrer, pelo que aqui o contribuinte revestiria a realidade económica de uma forma jurídica alternativa, não prevista na lei como pressuposto de incidência da norma fiscal.<sup>11</sup> Não obstante a diferença nos meios utilizados e no momento da sua realização, a motivação por detrás destes dois métodos é a mesma, escapar à tributação/lesar o Fisco. Note-se que para estarmos perante evasão fiscal, é essencial que o resultado económico produzido seja equivalente ou superior ao que seria obtido pelos meios jurídicos normais, sendo, porém, não tributada ou menos tributada.<sup>12</sup>

Por sua vez, a nível de jurisprudência nacional tem-se verificado um maior consenso quanto ao conceito de evasão fiscal, assim entendido como a *“prática de actos ou negócios lícitos mas que a lei fiscal qualifica como não sendo conformes com a substância da realidade económica que lhe está subjacente, assim devendo qualificar-se como anómalos, anormais ou abusivos, sendo também caracterizados como comportamentos “extra legem”, em contraposição com a via da fraude fiscal, caracterizada como “contra legem” e dos comportamentos tributários evasivos resulta um sério entrave à concorrência empresarial, uma notória erosão das receitas fiscais, a distorção do princípio da equidade e um claro menosprezo do cumprimento das regras de cidadania, situações que se fundam em causas de carácter político, económico, psicológico e técnico. E as formas utilizadas giram em torno de actos e contratos atípicos ou anormais visando torpear a lei (...) ou interpretando-a com fins diversos daqueles que o legislador tinha em mente, (...) apenas por motivações de diminuição do imposto a pagar.”*<sup>13</sup>

Ao longo deste trabalho, qualquer referência à prática da evasão fiscal será feita no sentido de estarmos perante a prática de atos ou negócios lícitos, mas desconformes com a substância da realidade económica que lhe está subjacente. É precisamente isto que está em causa quando falamos de preços de transferência, os comportamentos adotados pelas empresas nada têm de ilícitos, mas a sua finalidade, obter vantagens fiscais, muitas vezes conseguida pelo aproveitamento de lacunas na legislação fiscal, cai fora do espírito da lei.

A evasão fiscal tanto pode ter uma dimensão nacional como internacional, no âmbito da qual os contribuintes se aproveitam da existência de sistemas jurídicos diferentes, sendo que no

---

<sup>11</sup> Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, A Evasão e a Fraude Fiscais Face à Teoria da Interpretação da Lei Fiscal, in Estudos de Direitos Fiscal, Coimbra, Almedina 1999, p. 20

<sup>12</sup> Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, A Evasão e a Fraude Fiscais Face à Teoria da Interpretação da Lei Fiscal, in Estudos de Direitos Fiscal, Coimbra, Almedina 1999, p. 28

<sup>13</sup> Ac. do Tribunal Central Administrativo do Sul, Processo n.º 04255/10, de 15 de Fevereiro de 2011, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf>

respeita aos preços de transferência, não obstante ela existir também a nível nacional, é a nível internacional que ela parece ganhar maior destaque.

Esta forma de evasão foi ganhando revelo, verificando-se um aumento das práticas evasivas e da sua complexidade com a globalização das empresas, permitida pela livre circulação de pessoas e de capitais e pelos avanços tecnológicos, e é facilitada pela existência de territórios com um regime de tributação mais favorável, os vulgarmente designados “paraísos fiscais”. Esta é uma realidade bem distinta daquela que já foi vivida na Europa em tempos passados, onde o controlo rigoroso da movimentação das pessoas e dos capitais, aliado à pesada penalização para quem infringia as regras, dificultavam as transferências de património e rendimentos para o estrangeiro<sup>14</sup>.

Movidos pelo desejo de crescimento económico, certos Estados adotam medidas de concorrência fiscal prejudicial, procurando com elas atrair agressivamente fluxos de capital e rendimentos pertencentes a outros Estados, enquanto seu principal objetivo, estimulando a evasão e fraude fiscal nesses Estados<sup>15</sup>. Estas medidas de concorrência fiscal podem implicar, por exemplo, a diminuição ou isenção das taxas de imposto e a concessão de benefícios fiscais, tornado assim os seus regimes fiscais mais atrativos, o que facilita a captação de investimento estrangeiro.

Inexiste uma definição exata daquilo que se considera ser um paraíso fiscal, o entendimento sobre este conceito não é consensual, dado que cada país considera um território como tal na medida em que este tenha um regime fiscal mais atrativo que o seu regime interno, ou seja, qualquer país pode funcionar como “paraíso fiscal” em relação a outro. No ordenamento jurídico português, o art.º 66º do CIRC, sob a epígrafe “imputação de rendimentos de entidades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado”, considera que uma pessoa singular ou coletiva está sujeita a um regime fiscal claramente mais favorável nos casos em que o território da sua residência constar da lista aprovada por portaria<sup>16</sup> do membro do Governo responsável pela área das finanças, quando a referida entidade aí esteja isenta ou não sujeita a um imposto sobre o rendimento idêntico ou análogo ao IRC ou, ainda, quando a taxa de imposto que lhe é aplicável seja inferior a 60 % da taxa do IRC prevista no n.º 1 do artigo 87.º.

---

<sup>14</sup> Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, «*Evasão e Fraude Fiscal Internacional*» in Estudos de Direitos Fiscal, Coimbra, Almedina 1999, p. 119

<sup>15</sup> Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, «*O Contrôlo E Combate Às Práticas Tributárias Nocivas*» in Estudos de Direitos Fiscal Vol. II, Coimbra, Almedina 2007, p. 88

<sup>16</sup> Portaria n.º 150/2004, de 13 de fevereiro.

Com o intuito de harmonizar e facilitar a identificação destes territórios sujeitos a um regime fiscal privilegiado, em 1998 a OCDE elaborou um relatório (*Relatório Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*), do qual consta que para que um Estado, região ou território possa ser considerado um “paraíso fiscal”, devem verificar-se quatro características cumulativas: (i) um nível de tributação baixo ou nulo; (ii) falta de transparência, especialmente na aplicação do sistema fiscal; (iii) inexistência de atividade económica substancial na sua jurisdição, o que significa que não se impõe a relevância da atividade económica desenvolvida e (iv) falta de troca de informações com os outros ordenamentos jurídicos, pois as Administrações Tributárias destes países não têm permissão para aceder às informações bancárias dos contribuintes, independentemente das circunstâncias, o que demonstra que nestas situações o que está em causa não é apenas a proteção dos interesses legítimos dos investidores. Para além destas quatro características, ainda constam do relatório alguns critérios auxiliares na referida identificação, tais como a não aplicação dos critérios elaborados pela OCDE a nível de preços de transferência, isenção de rendimentos de fonte estrangeira, etc.<sup>17</sup>.

Não obstante os “paraísos fiscais” facilitarem e serem mais utilizados pelos contribuintes para a prática da evasão fiscal, especialmente no que respeita aos preços de transferência, o mesmo objetivo pode ser alcançado numa jurisdição dita “normal”, bastando para esse fim que um Estado apresente um regime de tributação mais favorável em relação àquele onde são exercidas as atividades geradoras de lucro.

Os Estados têm procurado combater a evasão fiscal através da implementação de cláusulas antiabuso, que têm por objetivo a desconsideração dos efeitos fiscais das práticas abusivas, e podem ser gerais, ou especiais, estas últimas aplicáveis em matérias que revelam maior risco de evasão. É através destes meios de reação que os Estados pretendem garantir o cumprimento do princípio da igualdade na repartição da carga tributária e na prossecução da satisfação das necessidades financeiras do Estado e de outras entidades públicas.<sup>18</sup> Contudo, individualmente, os Estados não se têm mostrado capazes de combater este flagelo, até porque dada a sua dimensão internacional, tal tarefa afigurava-se hercúlea. Parece-nos que apenas a cooperação internacional entre eles pode permitir uma resposta eficaz a este problema, cooperação essa que tem sido largamente promovida pela OCDE ao longo dos anos, através,

---

<sup>17</sup> Cfr. OTÁLVARO, Hugo Marulanda e RODRÍGUEZ, Liliana Heredia, *Paraísos Fiscales: Una Línea de Contradicción entre la Formalidad e la Materialidad*, Instituto de Estudios Fiscales, Documentos - Instituto de Estudios Fiscales, DOC. n.o 15/2015, p. 8

<sup>18</sup> Cfr. Ac. do Tribunal Central Administrativo do Sul, Processo n.º 04255/10, de 15 de Fevereiro de 2011, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf>

por exemplo, da publicação de relatórios que auxiliam as jurisdições na implementação do modelo de troca automática de informações financeiras.

## 2 – Preços de Transferência

Feitas as devidas considerações sobre a problemática da delimitação do conceito de evasão fiscal, segue-se a delimitação do conceito de preços de transferência, atendendo à sua importância para compreender o estudo que aqui nos propomos fazer.

Quando duas empresas independentes transacionam entre si, as condições dessas transações são determinadas pelas forças do mercado. Ora, o mesmo não se verifica quando estas transações são efetuadas entre duas empresas relacionadas entre si, pois não estão sujeitas às mesmas condições no mercado aberto que empresas independentes<sup>19</sup>. Isto leva a que, por vezes, os preços estabelecidos para essas transações não sejam coincidentes com os preços que seriam estabelecidos entre empresas independentes. Estes preços são designados por preços de transferência, em virtude de as transações entre empresas relacionadas serem assimiladas a transferências internas realizadas no seio da mesma empresa.<sup>20</sup>

De acordo com a OCDE, preços de transferência são “os preços pelos quais uma empresa transfere bens corpóreos, activos incorpóreos ou presta serviços a empresas associadas”.<sup>21</sup> Enquanto a OCDE utiliza a expressão “empresas associadas”, há autores que adotam outra terminologia, como é o caso de JOAQUIM PIRES, segundo o qual “os preços de transferência são os preços pelos quais uma empresa transfere bens corpóreos, ativos incorpóreos ou presta serviços a outra entidade com a qual esteja em situação de relações especiais”<sup>22</sup>.

Também a Comissão da União Europeia, baseando-se nas orientações sobre preços de transferência da OCDE, apresenta uma definição de preços de transferência muito semelhante a esta.

---

<sup>19</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. I, par. 1.2, disponível em: <http://www.oecd.org>

<sup>20</sup> Cfr. PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas, *Fiscalidade*, 2014, 5ª Edição, Almedina, p. 487

<sup>21</sup> OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Preface, par. 11, disponível em: <http://www.oecd.org>

<sup>22</sup> PIRES, Joaquim António R., *Os Preços de Transferência*, Vida Económica – Editorial S.A., 2006, p. 24

Já ANA CATARINA BREIA entende por preço de transferência “o preço estabelecido nas transações com partes relacionadas, sejam elas de natureza comercial ou financeira, incluindo qualquer operação ou série de operações que tenham por objeto bens tangíveis ou intangíveis, direitos ou serviços, ainda que realizadas no âmbito de um qualquer acordo, designadamente de partilha de custos e de prestação de serviços intragrupo, ou de uma alteração de estruturas de negócio, em especial quando envolva transferência de elementos intangíveis ou compensação de danos emergentes ou lucros cessantes”<sup>23</sup>.

Alguns autores acolhem uma definição assente na vertente da evasão fiscal. É o caso de GLÓRIA TEIXEIRA, para quem os preços de transferência “são preços que quando subdeclarados ou inflacionados, para além de violarem critérios de transparência, provocam a erosão da base tributável, contribuindo para o crescente declínio das taxas efetivas de imposto, aplicáveis a entidades coletivas ou entes equiparados”<sup>24</sup>.

Também DUARTE BARROS adota um conceito associado à evasão fiscal quando nos diz que “a questão dos preços de transferência, respeita à valorização das contrapartidas de negócio relativamente a quantitativos de retribuição que sejam praticados em transacções que respeitem a operações comerciais nas quais os intervenientes exibam em simultâneo um qualquer laço de ligação de interesses, que permitam viabilizar a possibilidade de gestão económica extra negócio, das respectivas condições comerciais”<sup>25</sup>.

Em relação à temática dos preços de transferência podemos observar um crescimento dos seus adeptos, uma vez que estes possibilitam o desenvolvimento económico dos grupos empresariais, atendendo às diversas vantagens que deles podem ser retiradas. Uma dessas vantagens prende-se com questões de natureza fiscal, pois permitem, tirando proveito das divergências entre os diversos regimes fiscais, manipular os valores que relevam para efeitos de cálculo de imposto a pagar, em benefício dos grupos empresariais. Face a isto podemos inferir que os preços de transferência podem ser utilizados como mecanismo de evasão fiscal, daí os conceitos supra mencionados, o que frequentemente se verifica, mas que não implica que a sua utilização seja motivada exclusivamente por essa finalidade. A verdade é que a utilização dos preços de transferência pode estar relacionada com razões de outra natureza, nomeadamente

---

<sup>23</sup> BREIA, Ana Catarina, *Os preços de transferência e o âmbito de intervenção do revisor/auditor: enquadramento e actualidade*, Revisores e auditores, Lisboa, n.º 46 (Jul.-Set.2009), p. 45.

<sup>24</sup> TEIXEIRA, Glória, *Manual de Direito Fiscal*, 2.ª edição revista e ampliada, Almedina, p.423.

<sup>25</sup> BARROS, Duarte, *Considerações Económico-Tributárias.*, em TEIXEIRA, Glória e BARROS, Duarte (Coord.); *Preços de transferência e o caso português*, Porto: Vida Económica, 2004, ps. 35 a 305.

económica, política, comercial, levando a que os grupos multinacionais pratiquem preços mais baixos como estratégia de penetração no mercado, por exemplo. Podem também ser usados em momentos de flutuações cambiais para transferir lucros de países com moedas fracas para outros com moedas mais fortes; bem como nos interesses de gestores setoriais, permitindo limitar os salários dos quadros da empresa ou da distribuição de lucros a sócios minoritários. Os grupos multinacionais podem ainda recorrer aos preços de transferência quando pretendem diminuir o impacto das tarifas sobre transações internacionais, revelando assim o seu impacto noutros domínios, que não apenas o fiscal.

A própria natureza da relação entre duas empresas relacionadas pode impor certos termos e condições que apenas se justifiquem em razão dela.

Os preços de transferência podem ainda ser utilizados como ferramenta de gestão pelos grupos multinacionais, que em regra estão organizados em divisões relativamente autónomas entre si, sobre as quais recai a responsabilidade por tomar decisões comerciais, onde se incluem a decisão de adquirir um determinado produto a uma entidade relacionada ou a um terceiro e também garantir que o objetivo de rentabilidade dentro da própria divisão não põe em causa os objetivos de maximização de lucro de outras divisões, ou do todo o grupo. A capacidade de motivar os gerentes e funcionários da divisão, e de permitir uma repartição ótima de recursos dentro do grupo são alguns dos aspetos que caracterizam um sistema de preços de transferência completamente desenvolvido de uma empresa multinacional<sup>26</sup>.

Apesar de todas as vantagens que as empresas relacionadas conseguem obter nos diversos domínios com a fixação de preços que se desviam daqueles que seriam estabelecidos no mercado aberto, não podemos assumir, quando estamos perante operações praticadas por elas, que foram acordadas essas condições diferentes. As empresas relacionadas podem ter muita autonomia dentro do grupo, negociando entre si como se fossem independentes, respondendo às situações económicas que decorrem das condições de mercado<sup>27</sup>.

Retomando a vertente de maior interesse para o presente trabalho, exatamente como se pratica esta evasão fiscal utilizando os preços de transferência? Segundo LUÍS RAMOS, “a deslocalização dos lucros com recurso à manipulação dos preços de transferência poderá ocorrer

---

<sup>26</sup> Cfr. Commission of the European Communities, *Working Paper: Company Taxation in the Internal Market*, Brussels, 23.10.2001, p. 261, disponível em: <https://ec.europa.eu>

<sup>27</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. I, par. 1.5, disponível em: <http://www.oecd.org>

adquirindo bens ou serviços a preços artificialmente acrescidos, vendendo bens ou prestando serviços a preços artificialmente reduzidos, pagando *royalties* ou juros em condições manifestamente desfavoráveis face ao que ocorreria entre empresas independentes, ou conjugando uma série de operações procurando deslocar a remuneração associada à avocação de determinados riscos”<sup>28</sup>.

A finalidade subjacente à criação deste conceito é evitar, não só, que os preços praticados nas transações realizadas entre entidades relacionadas sejam falseados por estas, mas também evitar transferências internas de resultados entre setores pertencentes à mesma entidade, que possuam diferentes regimes fiscais.<sup>29</sup>

Atendendo à complexidade desta temática, bem como às suas consequências nefastas, diversas organizações internacionais têm procurado fazer-lhe frente, desenvolvendo um regime destinado a determinar o preço de mercado quando estejam em causa operações entre entidades relacionadas e assim corrigir os preços praticados quando estes são manipulados. Este regime tem a designação de preços de transferência, destacando-se em particular os esforços/estudos levados a cabo pela OCDE no seu desenvolvimento, e encontramos na sua base dois princípios, posteriormente adotados pelos seus Estados Membros, que visam assegurar uma correta determinação da base tributável de cada Estado e ainda evitar a dupla tributação, minimizando assim os conflitos entre as Administrações Fiscais. São eles o princípio da entidade separada (*separate entity approach*) e o princípio da plena concorrência (*arm's length principle*). Temos, portanto, duas vertentes bem distintas do conceito de preços de transferência, que por um lado é utilizado para designar o mecanismo de evasão fiscal, sem prejuízo da sua utilização com outras finalidades, e por outro lado a ferramenta de luta contra essa mesma evasão.

Ainda que se verifiquem as circunstâncias nas quais as entidades relacionadas não têm qualquer intenção abusiva, o regime de preços de transferência pode ser-lhes aplicado, mas neste caso com a finalidade de reequilibrar os sistemas tributários, garantindo a igualdade em relação a entidades não relacionadas, e não como meio de luta contra a evasão. Ou seja, da mesma forma que os preços de transferência não são apenas utilizados de forma abusiva com o objetivo de obter uma poupança fiscal, também o seu regime não se destina unicamente a evitar a sua manipulação. A este propósito, estabelecem as *Guidelines* que “as Administrações Fiscais não

---

<sup>28</sup> RAMOS, Luis Pedro Coelho, *O Princípio de Plena Concorrência e a problemática dos comparáveis*, em TEIXEIRA, Glória (Coord.), *Preços de Transferência – Casos Práticos*, Vida Económica, 2006, ps. 275 a 308

<sup>29</sup> Cfr. amrconsult, *Dossiê de Preços de Transferência*, Fiscalidade, 2011, p.3, disponível em: [http://www.amrconsult.com/wp-content/uploads/2011/04/Precos\\_Transferencia.pdf](http://www.amrconsult.com/wp-content/uploads/2011/04/Precos_Transferencia.pdf)

devem presumir, sistematicamente, que as empresas associadas tentam manipular os respetivos lucros. Podem existir dificuldades em determinar o preço de mercado na ausência de forças de mercado ou quando se adota uma estratégia comercial em particular. (...) Com efeito, um ajustamento fiscal, a título do princípio da plena concorrência, não afeta as obrigações contratuais que vinculam as empresas relacionadas para fins não fiscais, podendo revelar-se necessário mesmo que não haja a intenção de reduzir ou de fugir ao imposto. Não se deve confundir a análise de um preço de transferência com as análises que incidem sobre casos de fraude ou de evasão fiscal, ainda que as políticas adotadas em matéria de preços de transferência prossigam esses objetivos<sup>30</sup>. Outro exemplo da aplicação do regime de preços de transferência nestas circunstâncias não abusivas, respeita aos contratos de *cash pooling*<sup>31</sup> que são utilizados pelos grandes grupos empresariais dadas as várias vantagens que lhes possibilitam, como a obtenção de ganhos de valor, a redução de custos, o reforço das demonstrações financeiras da empresa, etc. A sua relação com os preços de transferência advém do facto de no âmbito de um contrato de *cash pooling* se praticarem taxas de juro, taxas essas que devem estar conformes com as taxas de mercado praticadas em operações comparáveis. É quando estamos perante a modalidade de *notional cash pooling*, na qual se dá “o equivalente a uma fusão virtual de saldos de contas para cálculo de juros, ou seja, os fundos não são movidos, mas a instituição financeira combinará os saldos das diferentes contas bancárias e cobrará/pagará juros pelo somatório agregado dos saldos”<sup>32</sup>, que nos deparamos com a possibilidade de serem aplicadas as regras de preços de transferência dentro do quadro mencionado, dada a sua natureza legítima, no pressuposto de que a operação seja previamente requalificada<sup>33</sup>.

A verdade, tal como defende GLÓRIA TEIXEIRA, é que esta manipulação de preços pode verificar-se mesmo na ausência de relações especiais entre as entidades, bastando para isso que existam determinados interesses comuns às entidades independentes. Tomemos como exemplo o ordenamento jurídico holandês, que internamente não faz depender a aplicação do regime de

---

<sup>30</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. I, par. 1.2, disponível em: <http://www.oecd.org>

<sup>31</sup> Quando falamos em contrato de *cash pooling*, referimo-nos a um “contrato de gestão centralizada de tesouraria de um grupo de sociedades que tem como objetivo maximizar as disponibilidades da mesma, não pela via do financiamento bancário, mas através de um mecanismo de compensação entre os excessos e as necessidades de tesouraria dentro desse mesmo grupo”. Cfr. RIBEIRO, João Sérgio, *Gestão Centralizada de Tesouraria (Cash Pooling) e Preços de Transferência*, em Revista Direito Tributário Atual, n.º 35, São Paulo: IBDT, 2016, ps. 249 a 259.

<sup>32</sup> Cfr. REBOUTA, José Fernandes Abreu, *Contextualização Fiscal da Gestão Centralizada de Tesouraria (cash pooling) em Ambiente Internacional*, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Outubro de 2005, p. 4.

<sup>33</sup> Cfr. RIBEIRO, João Sérgio, *Gestão Centralizada de Tesouraria (Cash Pooling) e Preços de Transferência*, em Revista Direito Tributário Atual, n.º 35, São Paulo: IBDT, 2016, ps. 249 a 259.

preços de transferência ao preenchimento do conceito de “relações especiais”<sup>34</sup>.

Para finalizar, o conceito de preços de transferência por nós adotado espelha-se no da OCDE, enquanto os preços praticados entre empresas relacionadas nas operações que realizam entre si.

De seguida, e uma vez que nos pretendemos focar na vertente dos preços de transferência como meio de combate à transferência artificial de lucros, iremos desenvolver os princípios supra mencionados.

## 2.1 - Princípio da entidade separada

O poder de tributar reparte-se entre os Estados através de elementos de conexão relevantes, sendo eles a residência do titular do rendimento, a fonte do rendimento, ou ambos. Estes elementos de conexão permitem chegar aos dois grandes princípios fundadores do poder tributário dos Estados, o princípio da fonte e o princípio da residência<sup>35</sup>. De acordo com o princípio da fonte, um Estado incluirá na base tributável os factos ocorridos no seu território, ou seja, não faz qualquer distinção entre contribuintes nacionais e estrangeiros, bastando que o rendimento tenha sido gerado no seu território. Por sua vez, o princípio da residência implica<sup>36</sup> a inclusão na base tributável de um Estado de todos os rendimentos obtidos pelos seus residentes (assim entendidos os contribuintes sujeitos a tributação nesse Estado, por realizarem o facto constitutivo que determina essa sujeição), independentemente de estes terem sido gerados no seu território ou no de outro Estado. Daqui podemos concluir que enquanto o princípio da fonte tem na sua base um elemento de conexão objetivo, o mesmo já não acontece com o princípio da residência, estando na sua base um elemento de conexão subjetivo.

Aplicados às empresas multinacionais, estes dois sistemas, muitas vezes usados em conjugação, tratam cada empresa pertencente a um grupo multinacional como uma entidade separada. Os países Membros da OCDE optaram pelo critério da entidade separada, porquanto

---

<sup>34</sup> TEIXEIRA, Glória, *Manual de Direito Fiscal*, 4ª Edição, Almedina, 2016, p. 116.

<sup>35</sup> Cfr. CATARINO, João Ricardo e GUIMARÃES, Vasco Branco (Coord.), *Lições de Fiscalidade Vol.II – Gestão e Planeamento Fiscal Internacional*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 216

<sup>36</sup> O princípio da residência não atribui aos Estados um direito exclusivo de tributação, tendo muitas vezes o poder de tributar do Estado da residência de ser conjugado com o poder cumulativo de tributar, atribuído ao Estado da fonte. Cfr. CATARINO, João Ricardo e GUIMARÃES, Vasco Branco (Coord.), *Lições de Fiscalidade Vol.II – Gestão e Planeamento Fiscal Internacional*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 218

constitui o meio mais razoável de obter resultados equitativos e de reduzir o risco de não eliminação da dupla tributação. Por consequência, cada membro do grupo é tributado individualmente pelos rendimentos por ele obtidos (com base na residência ou na fonte)<sup>37</sup>, o que significa que cada um deles terá de possuir contabilidade separada, incluindo os estabelecimentos estáveis, subsidiárias e filiais.

Para que este critério possa ser corretamente aplicado, cada membro do grupo terá de ser tributado partindo do princípio que as operações efetuadas entre si estão sujeitas às condições normais de mercado, o que, como já vimos, não se verifica, motivo que levou à adoção do princípio da plena concorrência.

## 2.2 – Princípio da plena concorrência

O princípio da plena concorrência foi concebido em 1933 pela Liga das Nações no âmbito do Projeto de Convenção sobre a Repartição de Lucros entre Estados para Fins de Tributação (*Draft Convention on the Allocation of Business Profits between States for the Purposes of Taxation*). Posteriormente, a OCDE acolheu e desenvolveu este princípio, consagrando-o no artigo 9.º da CMOCD, tendo sido a partir dele que se desenvolveu a metodologia de determinação dos preços de transferência, funcionando assim como critério orientador. De acordo com a redação atual do n.º1 do referido artigo, que começa por estabelecer o conceito de empresas associadas: “Quando:

- a) uma empresa de um Estado contratante participar, directa ou indirectamente, na direcção, no controle ou no capital de uma empresa do outro Estado contratante; ou
- b) as mesmas pessoas participarem directa ou indirectamente, na direcção, no controle ou no capital de uma empresa de um Estado contratante e de uma empresa do outro Estado contratante, e em ambos os casos, as duas empresas, nas suas relações comerciais ou financeiras, estiverem ligadas por condições aceites ou impostas que difiram das que seriam estabelecidas entre empresas independentes, os lucros que, se não existissem essas condições, teriam sido obtidos por uma das empresas, mas não foram por causa dessas condições, podem ser incluídos nos lucros dessa empresa e, conseqüentemente, tributados.”

---

<sup>37</sup> Cfr. PIRES, Joaquim António R., *Os Preços de Transferência*, Vida Económica – Editorial S.A., 2006. – p. 22

Ou seja, segundo este princípio, nas operações realizadas entre entidades relacionadas devem ser utilizados preços comparáveis aos que se utilizariam entre entidades independentes, atuando nas condições normais de mercado. Sempre que se verifiquem distorções nos preços praticados, as Administrações Fiscais podem proceder ao seu ajustamento, procurando-se determinar quais os custos e proveitos que seriam obtidos se essas operações estivessem sujeitas às forças de mercado. Na maioria dos países, para que as Administrações Fiscais possam efetuar correções nos preços praticados, necessitam demonstrar que o preço fixado pelo sujeito passivo é incompatível com o princípio de plena concorrência, recaindo sobre elas o ónus da prova.

Segundo LUÍS EDUARDO SCHOUERI o princípio da plena concorrência “consiste, em síntese, em tratar os membros de um grupo multinacional como se eles atuassem como entidades separadas, não como partes inseparáveis de um negócio único. Devendo-se tratá-los como entidades separadas (*separate entity approach*) a atenção volta-se à natureza dos negócios celebrados entre os membros daquele grupo”<sup>38</sup>.

Para além de ser um aliado no combate à evasão fiscal, o princípio da plena concorrência permite concretizar dois princípios presentes no ordenamento jurídico de vários Estados, desde logo o princípio fundamental da igualdade, garantindo a igualdade material entre entidades relacionadas e não relacionadas e o princípio da capacidade contributiva, segundo o qual os impostos devem incidir sobre o património ou o rendimento dos sujeitos passivos, assegurando que as Administrações Fiscais tributam o rendimento real dos contribuintes.

Voltamos a reiterar, nem sempre razões fiscais estão na base das divergências dos preços praticados entre entidades relacionadas em relação aos praticados nas transações entre entidades independentes, podendo estas assentar numa estratégia empresarial, pelo que estes fatores têm de ser tomados em consideração na sua aplicação.

Já foram apontados vários problemas à aplicação do princípio de plena concorrência, desde logo porque a obrigatoriedade de as entidades relacionadas demonstrarem que as operações efetuadas entre si são comparáveis às efetuadas entre empresas independentes implica a recolha de muita informação e dados relativos a essas empresas, o que nem sempre se mostra possível, nomeadamente se esta informação não for pública, se as informações se revelarem difíceis de interpretar ou de aceder, atendendo à sua localização, podendo nem sequer existir. O facto de as entidades relacionadas terem a possibilidade de celebrar operações que não estão ao alcance das entidades independentes, não havendo neste caso qualquer termo de comparação,

---

<sup>38</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro*, 2ª ed., São Paulo: Dialética, 2006, p. 27

representa outro obstáculo, o mesmo acontecendo quando aquelas produzem de forma integrada bens altamente especializados ou prestam serviços especializados. Por fim, este princípio exige aos grupos económicos uma independência que vai contra a sua maneira de ser, sendo que a sua vantagem competitiva advém do facto de estes atuarem como uma única entidade no mercado, revelando-se complicada a aplicação de um preço normal de mercado entre si<sup>39</sup>.

Não obstante, o facto de este princípio assegurar uma boa aproximação ao funcionamento normal do mercado, especialmente quando estão em causa operações de compra e venda de bens, levou à sua aceitação generalizada por parte de diversos países, tanto que este foi adotado nas suas legislações. Além disso, acredita-se que ainda não foi possível encontrar-lhe alguma alternativa legítima, aplicável tanto na teoria como na prática, capaz de assegurar em cada jurisdição uma base tributária apropriada e evitar a dupla tributação, sendo este outro motivo para o seu consenso internacional.

Para se poder aplicar corretamente o princípio de plena concorrência é necessário fazer uma análise de comparabilidade, pelo que temos de recorrer a outro princípio – princípio da comparabilidade.

Nesta análise procede-se a uma comparação entre as condições estabelecidas numa operação vinculada e as condições estabelecidas numa transação efetuada entre empresas independentes.

A este propósito entende DWRKASING RAMON que a comparabilidade de uma transação constitui o cerne da validação dos preços de transferência, permitindo, não só à administração fiscal, mas também ao contribuinte, identificar diferenças nas transações entre entidades associadas face às mesmas transações quando realizadas entre entidades independentes e proceder aos ajustamentos necessários<sup>40</sup>.

A OCDE explica que há dois aspetos chave nesta análise de comparabilidade: o primeiro consiste em proceder à identificação das relações comerciais ou financeiras entre entidades relacionadas e das condições e circunstâncias economicamente relevantes subjacentes a essas relações, de modo a delinear com precisão a transação controlada; o segundo implica comparar as condições e circunstâncias economicamente relevantes da transação controlada com as condições e circunstâncias economicamente relevantes de operações comparáveis entre

---

<sup>39</sup> Cfr. CAMPOS, Diogo Leite, *Preços de transferência e arbitragem*, *Revista da Ordem dos Advogados*, 2007, Vol.III, disponível em: <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2007/ano-67-vol-iii-dez-2007/doutrina/diogo-leite-de-campos-precos-de-transferencia-e-arbitragem/>

<sup>40</sup> DWORKASING, Ramon, *The concept of associated enterprises*, *Intertax*, vol 41, 8/9, 2013, ps. 412-429.

entidades independentes<sup>41</sup>. Haverá comparabilidade se não existirem diferenças entre as situações comparadas suscetíveis de afetar o parâmetro que se pretende examinar, ou, existindo diferenças, possam ser realizados ajustamentos razoáveis para eliminar o efeito material dessas diferenças. Os cinco fatores que a OCDE considera determinantes para a comparabilidade são: (i) as características dos bens e serviços transacionados; (ii) as funções desempenhadas por cada uma das partes na operação, devendo ser tomados em consideração os riscos assumidos e os ativos utilizados; (iii) os termos contratuais; (iv) as circunstâncias económicas das partes e do mercado no qual as partes operam e (v) as estratégias empresariais<sup>42</sup>.

Por norma, as empresas independentes apenas celebram determinada transação após tomarem em consideração todas as suas opções e as diferenças que podem influenciar significativamente o seu valor, optando por aquela que se revelar mais vantajosa. Assim sendo, os métodos que aplicam o princípio da plena concorrência pressupõem precisamente este *modus operandi* por parte das empresas independentes.

## 2.2.1 - Fatores Determinantes da Comparabilidade

### 2.2.1.1 - Características dos Bens ou Serviços

As diferenças no valor dos bens e serviços no mercado aberto derivam, em parte, das suas diferentes características, pelo que uma comparação dessas características pode permitir determinar a existência de comparabilidade entre operações vinculadas e não vinculadas. Tratando-se de bens corpóreos, algumas das características a ter em conta são, desde logo, a qualidade e a fiabilidade, a facilidade de aprovisionamento, o volume de oferta e as características físicas do bem. Tratando-se de prestação de serviços é importante atender à sua natureza e ao volume. Por fim, no caso de ativos incorpóreos, relevam a forma da operação (concessão de uma licença ou venda), o tipo de ativo (patente, marca de fabrico ou *know-how*), a duração e grau de proteção, e as vantagens que se espera obter da utilização do ativo em causa.

As características dos bens e serviços assumem particular relevância na utilização do

---

<sup>41</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. I, par. 1.33, disponível em: <http://www.oecd.org>

<sup>42</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. I, par. 1.36, disponível em: <http://www.oecd.org>

método do preço comparável, já no caso dos restantes métodos as diferenças existentes entre eles têm menos influência<sup>43</sup>.

### **2.2.1.2 - Análise das Funções**

As funções exercidas por cada empresa determinam a remuneração a receber pelas partes envolvidas numa operação não vinculada, pelo que é necessário proceder à comparação dessas funções de modo a determinar se as operações entre entidades relacionadas e as operações entre empresas independentes são comparáveis. Esta comparação assenta numa análise funcional que tem como objetivo identificar e comparar as atividades e responsabilidades significativas no plano económico, ativos usados e riscos assumidos pelas partes na transação<sup>44</sup>.

Algumas das funções que podem ser comparadas são, por exemplo, a conceção, o fabrico, a comercialização, a publicidade, os transportes, etc.

### **2.2.1.3 - Análise dos termos contratuais**

No âmbito das transações vinculadas por vezes as partes celebram contratos escritos que podem refletir o seu objetivo na altura da conclusão do contrato. As disposições acordadas são o ponto de partida para delimitar uma transação entre as entidades relacionadas e a forma como as responsabilidades, riscos e os resultados esperados decorrentes da sua interação deveriam ser divididos no momento da celebração do contrato, daí a importância da sua análise<sup>45</sup>.

A falta de um contrato escrito, não impossibilita a determinação das condições de uma transação, sendo possível fazê-lo a partir da correspondência e das comunicações entre as partes. Há ainda a possibilidade de as deduzir a partir do comportamento das partes e também dos

---

<sup>43</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. I, pars. 1.107 e 1.108, disponível em: <http://www.oecd.org>

<sup>44</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. I, par. 1.51, disponível em: <http://www.oecd.org>

<sup>45</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. I, par. 1.42, disponível em: <http://www.oecd.org>

princípios económicos que habitualmente regem as relações entre empresas independentes. O mesmo pode suceder quando as características economicamente relevantes da operação não são consistentes com as disposições que constam do contrato celebrado entre as partes associadas<sup>46</sup>.

#### **2.2.1.4 - Circunstâncias económicas**

Os mercados também são determinantes no estabelecimento dos preços de plena concorrência, pelo que a comparabilidade entre operações vinculadas e não vinculadas depende igualmente da comparabilidade dos mercados em que operam as entidades relacionadas e as empresas independentes e da ausência de diferenças com um impacto materialmente relevante sobre os preços. Ainda que existam essas diferenças, a comparabilidade não será afetada caso possam ser introduzidos ajustamentos adequados.

As circunstâncias económicas que podem ser relevantes para determinar a comparabilidade são a localização geográfica, a dimensão dos mercados, o grau de concorrência nos mercados e a posição concorrencial relativa dos compradores e dos vendedores, o nível de oferta e da procura no mercado na sua globalidade; o poder de compra dos consumidores; a natureza e o âmbito das regulamentações públicas aplicáveis ao mercado, etc<sup>47</sup>.

#### **2.2.1.5 - As estratégias empresariais**

As estratégias empresariais, como por exemplo, a inovação e o desenvolvimento de novos produtos, a ponderação dos fatores políticos, etc., elaboradas de forma a que uma empresa possa alcançar os seus objetivos não poderiam deixar de ser consideradas na determinação da comparabilidade das operações efectuadas entre empresas associadas e entre empresas independentes.

---

<sup>46</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. I, pars. 1.45. e 1.49, disponível em: <http://www.oecd.org>

<sup>47</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. I, par. 1.110, disponível em: <http://www.oecd.org>

As estratégias empresariais podem incluir também as modalidades de penetração nos mercados, podendo acontecer que um sujeito passivo que pretenda penetrar num dado mercado ou aumentar a sua quota de mercado pratique, em relação ao respetivo produto, com carácter temporário, um preço inferior ao que é praticado nesse mercado para produtos comparáveis.

As Administrações Fiscais, ao avaliarem se uma determinada estratégia empresarial foi seguida pelo sujeito passivo, devem analisar o comportamento das partes a fim de determinar se é consistente com a alegada estratégia<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, 2017*, Cap. I, par. 1.114 a 1.117, disponível em: <http://www.oecd.org>



## CAPÍTULO II – Preços de Transferência como instrumento de combate à evasão fiscal

### 1 – Abordagem histórica

São dois os principais fatores que podemos atribuir ao surgimento dos preços de transferência, designadamente, a globalização da economia e o peso dos grupos económicos, que nas últimas décadas tem sido crescente, não só na economia nacional, mas também na economia internacional.

Em virtude da autonomia fiscal dos Estados, que lhes atribui liberdade para construírem os seus sistemas tributários do modo que entenderem, são diversos os referidos sistemas, razão pela qual os grupos económicos, com particular destaque para os grupos multinacionais, tiram vantagem dessas diferenças de forma a poderem maximizar os seus lucros, através da localização dos seus rendimentos em países onde a carga fiscal incidente sobre os mesmos é menor. Esta manipulação dos lucros tributáveis por parte dos grupos multinacionais é facilitada, como já referido, pelo facto de as operações realizadas entre si, enquanto entidades relacionadas, não estarem sujeitas aos mecanismos de mercado, pelo que os preços praticados nessas operações divergem dos que seriam praticados em operações realizadas entre empresas não relacionadas/independentes. Por este motivo, de acordo com Joaquim Pires, “os preços de transferência assumem grande relevância, quer para os contribuintes quer para as Administrações Fiscais, porque determinam, em larga medida, as receitas e as despesas e, conseqüentemente, os lucros tributáveis das «entidades relacionadas»”<sup>49</sup>.

Atendendo a esta tendência à deslocalização de rendimentos por partes das empresas e à pretensão das Administrações Fiscais em manterem a sua base de tributação, tem-se verificado nas últimas décadas uma reforma progressiva da tributação dos rendimentos das pessoas coletivas a nível mundial, no âmbito da qual, todos os países da OCDE, com exceção de Portugal, baixaram significativamente as suas taxas de imposto<sup>50</sup>. Com uma concorrência fiscal<sup>51</sup> cada vez

---

<sup>49</sup> PIRES, Joaquim António R., *Os Preços de Transferência*, Vida Económica – Editorial S.A., 2006, p. 26

<sup>50</sup> Cfr. Ernst & Young, S.A., *O Novo IRC*, Almedina, 2013, p.31

<sup>51</sup> A concorrência fiscal também se pode revelar benéfica, pois estimula o crescimento económico, serve de fator de dinamização das economias e leva a uma certa medida de harmonização de facto dos sistemas fiscais. Cfr. CATARINO, João Ricardo, *Competitividade fiscal em economia aberta*, Working Paper #53, Observatório Político, publicado em 31/05/2015, p. 5 disponível em: [http://www.observatoriopolitico.pt/wp-content/uploads/2015/06/WP\\_53\\_JRC-AZUL.pdf](http://www.observatoriopolitico.pt/wp-content/uploads/2015/06/WP_53_JRC-AZUL.pdf)

mais feroz, onde cada país tenta não só evitar a erosão da sua base tributária, mas ainda promover a atração de investimento, a problemática dos preços de transferência tem vindo a ganhar cada vez mais destaque.

Sobre esta problemática, GUILHERME FIGUEIREDO refere que “as questões relacionadas com preços de transferência suscitam muitos problemas, não só entre os sujeitos passivos e as administrações fiscais dos respetivos países como também entre as administrações fiscais dos diferentes países envolvidos numa determinada operação, já que os pagamentos efetuados pelas empresas são receitas para uns países, mas custos para outros, com consequências óbvias ao nível das receitas fiscais de cada país”<sup>52</sup>.

Com o surgimento dos problemas, urge procurar uma solução, o que levou a OCDE, em 1963, a elaborar a Convenção Modelo para evitar a dupla tributação, fazendo constar no seu artigo 9.º o princípio da plena concorrência, com o propósito de possibilitar um tratamento igualitário entre as empresas associadas e as empresas independentes. Desta forma, permite-se às Administrações Fiscais tributar os lucros que teriam sido efetivamente obtidos pelas entidades relacionadas, nas operações efetuadas entre si, caso estas estivessem sujeitas às condições normais de mercado.

Com a finalidade de auxiliar os Estados Membros na elaboração das suas legislações nacionais que versam os preços de transferências e procurando igualmente a harmonização legislativa, a OCDE apresentou em 1979 o relatório *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, o qual forneceu uma perspetiva geral desta problemática. Neste relatório constavam os princípios diretores aplicáveis em matéria de preços de transferência e foi precisamente com base nestes princípios que os diversos países promulgaram a maioria das leis relativas a este fenómeno.

Continuando a procurar dar resposta aos vários problemas que advêm dos preços de transferência, elaborou em 1984 um relatório destinado a lidar com a tributação do setor bancário, a repartição dos custos de gestão e dos serviços assegurados de forma centralizada, bem como os ajustes correlativos e o procedimento amigável.

Em 1995 foi publicada uma versão revista do relatório de 1979, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, onde são tratados temas como o

---

<sup>52</sup> FIGUEIREDO, Guilherme, *Preços de Transferência e activos incorpóreos: que futuro para Portugal?*, em TEIXEIRA, Glória (Coord.), *Preços de transferência - Casos Práticos*, Porto, Vida económica, 2006, ps. 127 a 198

princípio da plena concorrência, os métodos utilizados para o efeito e a respetiva documentação, medidas administrativas a considerar pelos estados com o objetivo de evitar e resolver diferendos relacionados com preços de transferência, ativos incorpóreos, prestações de serviços intragrupo e acordos de repartição de custos<sup>53</sup>.

Estes três relatórios são considerados os pontos de viragem em matéria de preços de transferência<sup>54</sup>.

Em 2013 apresentou o Plano BEPS (*Base Erosion & Profit Shifting*), um plano de ação para combater a erosão da base tributária e a transferência de lucros, do qual constam algumas ações direcionadas para a temática dos preços de transferência. Em 2014 foi ainda apresentada uma proposta sobre Documentação de Preços de Transferência<sup>55</sup>.

A edição atual das *Guidelines* foi publicada em 2017 e veio precisamente incorporar as ações que foram propostas e acordadas no âmbito do Plano BEPS.

Embora seja a OCDE a organização que mais tem contribuído para a resolução desta problemática, não podemos deixar de referir o contributo da União Europeia, através da Comissão Europeia, no estudo do tema.

Assim, em 1 de Dezembro de 1997 foi aprovado o Código de Conduta no Domínio da Fiscalidade das Empresas, que visa a eliminação das medidas fiscais prejudiciais, nomeadamente através da cooperação entre os seus Estados Membros, prevendo a troca de informações entre eles. Ou seja, pretendia-se com estas medidas evitar, por parte dos grupos económicos, a deslocalização dos seus rendimentos para países com políticas fiscais mais favoráveis. Por se tratar de um compromisso político, não está sujeito à jurisdição do TJUE, o que não implica que não se tenha revelado eficiente para a finalidade que lhe está subjacente.

Para além do referido Código de Conduta, a Comissão Europeia elaborou ainda diversos estudos, tais como:

- “A fiscalidade das empresas no mercado interno”, no âmbito do qual foram consagradas propostas de soluções específicas para obstáculos fiscais, onde se incluem os preços de transferência;

- “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

---

<sup>53</sup> Cfr. GALEGO, Pedro Manuel de Resende Pinguicha, *Dossier Fiscal de Preços de Transferência*, [Lisboa]: OCC, 2016, p. 7

<sup>54</sup> Cfr. SOUSA, Helena Evangelista e, *O contributo da OCDE para a disciplina dos Preços de Transferência*, em TEIXEIRA, Glória (Coord.), *Preços de transferência - Casos Práticos*, Porto, Vida económica, 2006, ps. 199 a 214.

<sup>55</sup> Cfr. GALEGO, Pedro Manuel de Resende Pinguicha, *Dossier Fiscal de Preços de Transferência*, [Lisboa]: OCC, 2016, p. 8

Actividades a Nível da UE” e

- “Comunicação sobre os Trabalhos Efectuados pelo Fórum Conjunto da UE em Matéria de Preços de Transferência no domínio da Tributação das Empresas entre Outubro de 2001 e Dezembro de 2003 e da Proposta para um Código de Conduta para a Efectiva Implementação da Convenção de Arbitragem (90/436/CEE de 23 de Julho de 1990)”.

Em 2002 surgiu o Fórum Conjunto da UE em matéria de Preços de Transferência, constituído por um grupo de peritos encarregado de encontrar soluções pragmáticas para os problemas decorrentes da aplicação do princípio da plena concorrência na UE, funcionando com base em mandatos de quatro anos, estabelecidos por decisões da Comissão<sup>56</sup>. Este Fórum elaborou vários relatórios pertinentes sobre o tema, desde logo os relatórios “Pequenas e Médias Empresas e os Preços de Transferência” e “Acordos de Repartição de Custos em Serviços que não criam Propriedade Intangível” que se reportam ao ano de 2012, tendo sido apresentados em 2013/2014 os relatórios intitulados “Ajustamentos Secundários”, “Gestão de Riscos nos Preços de Transferência” e “Ajustamentos Compensatórios”.

Por fim, cumpre referir que em Portugal a consagração do princípio de plena concorrência data o ano de 1964, passando o artigo 51-A<sup>o</sup> do Código da Contribuição Industrial a prever a possibilidade de correções na determinação do lucro tributável quando os preços praticados entre entidades em situação de relações especiais se afastassem dos preços normais de mercado praticados entre entidades independentes. A partir de 1989 a regulamentação dos preços de transferência foi acolhida pelo artigo 57.<sup>o</sup> do CIRC<sup>57</sup>, que sofreu várias alterações, até culminar na versão atualmente em vigor, prevista no seu artigo 63.<sup>o</sup>.

## **2 – Consequências da sua utilização**

### **2.1 – Benefícios para os grupos económicos**

---

<sup>56</sup> Cfr. Comissão Europeia, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu*, Bruxelas, 4.6.2014, COM(2014), p.2

<sup>57</sup> Cfr. GALEGO, Pedro Manuel de Resende Pinguicha, *Dossier Fiscal de Preços de Transferência*, [Lisboa]: OCC, 2016, p. 13

Como temos vindo a frisar, as razões fiscais são as fomentadoras da fixação de preços de transferência nas operações entre entidades relacionadas, prática direcionada à diminuição do montante de imposto a pagar, com a conseqüente maximização dos resultados na globalidade.

Para além do benefício fiscal que as entidades relacionadas podem retirar através da deslocalização dos seus lucros para países com uma política fiscal mais favorável, os preços de transferência podem trazer outros benefícios para os grupos económicos, que não impliquem a prática de evasão fiscal. TIAGO BORDA, no seu estudo efetuado ao grupo CIN Portugal, chegou a conclusão que os preços de transferência permitiam ao grupo beneficiar da redução de custos proveniente de economias de escala e de todo o investimento em aumento de capacidade e tecnológico feito, principalmente, em Portugal, permitindo assim ao grupo tornar-se mais competitivo nos mercados, como conseqüência de uma produção mais eficaz e eficiente<sup>58</sup>.

Quando duas empresas relacionadas efetuam operações entre si há uma imposição legal de respeitar o princípio de plena concorrência, o que implica o apuramento de diversas informações relacionadas com operações praticadas por entidades independentes em mercado livre, de modo a reproduzirem a dinâmica dos mecanismos de mercado nas suas operações. Esta recolha de dados pode trazer diversas vantagens para os grupos económicos, dotando-os de um melhor conhecimento do mercado e das operações das empresas, o que facilita a sua tomada de decisões.

Informações estratégicas, obtidas mediante a análise dos cálculos dos preços de transferência, tais como avaliação da performance da área de logística da empresa, determinação da rentabilidade dos produtos importados destinados a produção ou revenda, controlo de inventário, etc.<sup>59</sup>, são outras vantagens a somar.

De acordo com JAIME ESTEVES e CLARA DITHMER, as informações recolhidas tendo em vista a definição dos preços de transferências são adequadas à gestão da cadeia de valor (*supply chain management*) no seio do grupo, razão pela qual os preços de transferência assumem um papel fundamental como instrumentos de gestão, sendo uma fonte de vantagens competitivas para o grupo económico<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Cfr. BORDA, Tiago Teles, *Preços de Transferência – O Caso Prático da CIN Portugal*, Relatório de estágio do mestrado em Finanças, Faculdade de Economia e Gestão da Universidade Católica Portuguesa, 2013, p. 57, disponível em: <https://repositorio.ucp.pt>

<sup>59</sup> Cfr. BECOMEX, *Preços de transferência: método e sistema para gestão*, 2016, disponível em: <http://becomex.com.br/2016/07/precos-de-transferencia-metodo-e-sistema-para-gestao/>

<sup>60</sup> ESTEVES, Jaime Carvalho e DITHMER, Clara, *Da relevância do método da margem líquida da operação em sede de Preços de Transferência*, em TEIXEIRA, Glória (Coord.), *Preços de Transferência – Casos Práticos*, Vida Económica, 2006, ps. 215 a 274.

## 2.2 – O impacto da evasão fiscal

O Estado Fiscal, tendo como princípio o financiamento da prossecução dos seus fins através de receitas fiscais, necessitou de aumentar a carga fiscal sobre os contribuintes. Tal aumento levou os contribuintes a procurar diminuir essa carga, o que lhes é facilitado pela imperfeição da lei<sup>61</sup>.

Adotando o conceito jurisprudencial de evasão fiscal, enquanto prática de atos ou negócios lícitos mas que a lei fiscal qualifica como não sendo conformes com a substância da realidade económica que lhe está subjacente, não podíamos deixar de analisar as consequências inerentes a este fenómeno, que tem lugar não apenas através da manipulação dos preços de transferência, mas ainda através de empresas *holding*<sup>62</sup>, estabelecimento de residência, etc.

O que para os contribuintes representa um benefício, através do aumento dos seus rendimentos, implica para os Estados uma diminuição das suas receitas, com um impacto negativo para a economia nacional. Segundo OLIVER WENDELL HOLMES “os impostos são aquilo que se paga para se ter uma sociedade civilizada”, representando o meio necessário para investir em determinados setores, como o da construção, da educação e da saúde<sup>63</sup>.

Esta prática de fuga ao pagamento de impostos pode implicar ainda uma dupla penalização para os contribuintes cumpridores, mediante o aumento dos seus impostos, motivado pela diminuição das receitas públicas, verificando-se assim uma violação de vários princípios fundamentais, como o da igualdade, quer na sua componente horizontal quer na sua dimensão vertical, da legalidade, da justa repartição do rendimento e da riqueza, da solidariedade social e da solidariedade fiscal<sup>64</sup>. Aumentando os impostos, a tendência para a evasão fiscal aumenta, entrando-se assim num ciclo vicioso.

---

<sup>61</sup> Cfr. VIANA, Vanuza, *A evasão Fiscal*, Vida Económica, 2016, p.20

<sup>62</sup> Segundo SIMONS, citado por SILVA (2016, p. 6), uma “sociedade Holding pode ser definida como uma empresa cujo principal objetivo é a aquisição de ações em outras empresas, como também deter a maioria e o poder necessários para controlar as operações destas empresas e, assim, formar, para fins práticos, um grande polo, bem unido à organização sem afetar as outras unidades separadas da organização”. Cfr. SIMONS, AJ, *Holding Companies*, Pitman, London, 1927, pg. 10

<sup>63</sup> O investimento público é essencial para a promoção do crescimento económico. Por exemplo, ao nível do setor da educação, quanto maior a sua qualidade e oferta, maior será a força de trabalho flexível e qualificada. Prova disso é o longo período de estagnação económica que vivemos, resultado, entre outros, da queda abrupta no investimento público. Cfr. LOURENÇO, José Alberto, *A importância do investimento público*, Abril, Agosto de 2016, disponível em: <https://www.abrilabril.pt/importancia-do-investimento-publico>.

<sup>64</sup> Cfr. TEIXEIRA, Glória, *Estudos de Direito Fiscal*, Almedina, Julho 2006, p. 68

Outra consequência que podemos atribuir à evasão fiscal está relacionada com a falta de competitividade de uma economia como resultado do seu nível de informalidade. Deste modo, a concorrência é falseada, a atividade económica é artificialmente orientada e os capitais rareiam. Assistimos à venda de mercadorias ou prestação de serviços idênticos por preços distintos, lucros diferentes para o mesmo nível de atividade e diferentes possibilidades de financiamento permitidas pela fuga aos impostos<sup>65</sup>.

Esta tendência à evasão fiscal por parte dos contribuintes, aliada à ausência de barreiras que possibilitam a livre circulação de pessoas, capitais e bens, leva à concorrência entre os próprios países, perpetrada pelas políticas fiscais estaduais, onde estes procuram atrair investimento estrangeiro e grandes fortunas, fomentando assim o seu desenvolvimento económico e a dinamização do setor financeiro. Como os contribuintes, nomeadamente os grupos económicos, procuram frequentemente uma diminuição/isenção do imposto devido, nada melhor do que deslocar o seu rendimento tributável, como acontece no caso dos preços de transferência, para países capazes de lhes proporcionar poupanças fiscais. Embora a concorrência entre os Estados não seja necessariamente algo negativo, o mesmo não se verifica quando estes adotam medidas de concorrência fiscal prejudicial. Como exemplos destas medidas podemos referir a atribuição de vantagens fiscais a residentes de outros Estados, nomeadamente através da concessão de benefícios fiscais, isenção de tributação ou aplicação de taxas muito reduzidas, flexibilização de regulação, diferimento dos prazos de pagamento, etc.

Com políticas fiscais tão atrativas, outra coisa não seria de esperar que não o seu aproveitamento por parte dos grupos económicos, no entanto, a deslocação dos recursos para estas jurisdições implica a erosão da base tributária dos Estados aos quais foram “retirados” os investimentos. Esta diminuição das receitas fiscais terá necessariamente um impacto negativo, tal como referido supra, na qualidade dos serviços públicos que cabe ao Estado assegurar e gera situações de injustiça social, através da transferência da carga fiscal para o ramo laboral. Mas há outras consequências que podemos atribuir às práticas fiscais prejudiciais, designadamente: branqueamento de capitais, elisão fiscal, fuga de capitais ilícitos dos países menos desenvolvidos, desigualdade dos sistemas tributários dos países desenvolvidos e terrorismo<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> Cfr. PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas, *Fiscalidade*, Almedina, 2014, 5ª Edição, p.486

<sup>66</sup> Cfr. MOTA, Liliana de Jesus Duarte, *Concorrência Fiscal Internacional: escolhas e conflitos*, Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Económicas, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2016, p. 34.

### 3 - Medidas propostas pela OCDE

Antes de vermos alguns exemplos de como as empresas recorrem na prática à manipulação dos preços de transferência para conseguirem pagar menos imposto em relação ao montante que seria efetivamente devido se atuassem em condições normais de mercado, e como pretendemos pôr a tónica no seu papel como mecanismo de combate à evasão, vamos estudar os meios desenvolvidos com esse objetivo, de modo a determinar se estamos no caminho certo para pôr um fim à erosão das bases tributárias neste contexto. Começamos pelos trabalhos desenvolvidos pela OCDE, mas não sem antes abordarmos uma parte da sua história.

#### 3.1 – A OCDE

Em 16 de Abril de 1948 surgiu a organização internacional que viria anteceder à OCDE, com a denominação de Organização Europeia para a Cooperação Económica (OECE). Fundada por 18 países membros, Áustria, Bélgica, Dinamarca, França, Grécia, Islândia, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Noruega, Países Baixos, Portugal, Reino Unido, Suécia, Suíça, Turquia e Alemanha Ocidental, representada originalmente pelas zonas de ocupação americana e britânica combinadas e pela zona de ocupação francesa, tinha como objetivo a execução do Plano Marshall<sup>67</sup>, designadamente através da promoção da cooperação entre os países membros e coordenação da distribuição dos fundos do Plano. Sendo este o objetivo principal, a OECE tinha ainda objetivos complementares, tais como estudar a possibilidade de criação de zonas de comércio livre ou uma união aduaneira, a promoção do reforço das relações económicas entre os estados membros e os EUA, bem como de políticas destinadas a melhorar as condições de trabalho.

Com a realização da Convenção da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico, em 1960, surge a OCDE, entrando em vigor no ano seguinte, deixando de ser uma

---

<sup>67</sup> O Plano Marshall foi elaborado pelos Estados Unidos com a finalidade de recuperar economicamente os países aliados da Europa após a Segunda Guerra Mundial.

organização europeia, mas mundial.

Desde então a OCDE procura auxiliar os Governos na comparação de experiências e no estabelecimento de políticas comuns, bem como na resolução de diversos problemas a nível económico, financeiro, comercial, social e ambiental, visando o seu desenvolvimento e crescimento económico.

Quanto ao seu modo de funcionamento, a OCDE compartilha as informações obtidas mediante monitoramento contínuo dos países membros e não membros, aplicando posteriormente essas informações em vários setores. É o secretariado da OCDE que procede à recolha e análise de dados e informações que serão posteriormente discutidos pelos Comitês, tendo em vista encontrar uma solução adequada. Mais tarde cabe ao Conselho tomar uma decisão, recomendando aos Governos que implementem as medidas sugeridas pela OCDE. As discussões levadas a cabo pelos Comitês podem, o que muitas vezes se verifica, evoluir para negociações entre os países membros, que por sua vez evoluem para acordos formais, modelos ou orientações sobre diversos pontos no âmbito da cooperação internacional<sup>68</sup>.

Atualmente conta com 37 países membros (para além dos fundadores, passaram a integrar a OCDE a Alemanha, a Austrália, o Canadá, o Chile, a Colômbia, a Coreia do Sul, a Espanha, a Eslováquia, a Eslovénia, a Estónia, os EUA, a Finlândia, a Hungria, Israel, o Japão, a Letónia, a Lituânia, o México, a Nova Zelândia, a Polónia e a República Checa).

Como temos vindo a reiterar, a OCDE tem tido um papel fundamental na regulamentação dos preços de transferência, papel que passaremos agora a analisar com maior detalhe.

### 3.2 - Métodos de Análise dos Preços de Transferência

Naqueles casos em que os termos e condições acordados nas operações vinculadas não são conformes com o princípio de plena concorrência, as Administrações Fiscais procedem à correção do resultado fiscal com base naquele(s) que deveria(m) ter sido o(s) preço(s) efetivamente praticado(s). De modo a ser possível aferir quando os preços praticados entre entidades relacionadas se afastam do princípio de plena concorrência e, conseqüentemente, qual o preço

---

<sup>68</sup> Cfr. ASSUNÇÃO, Linara Oeiras, *Organização de Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) e a melhoria das políticas públicas no Brasil*, publicaDireito, p. 6, disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=612d1d91c87e0a19>

de mercado, a OCDE incorporou nas suas *Guidelines for Multinational Enterprises* diversos métodos. Isto não significa que os grupos económicos não possam recorrer a outros métodos, contanto que o seu recurso permita igualmente realizar o princípio de plena concorrência.

Os contribuintes não necessitam de aplicar os vários métodos para obterem o preço de plena concorrência, até porque tal implicaria uma carga considerável, devendo sim optar pelo método mais adequado ao caso concreto, não existindo um que seja aplicável em qualquer situação. Para tal, é preciso ter em linha de conta (i) as vantagens e desvantagens de cada um dos métodos; (ii) se o método é apropriado atendendo à natureza da transação vinculada; (iii) a disponibilidade de informação fiável necessária à aplicação do método escolhido; (iv) o grau de comparabilidade entre as operações efetuadas entre entidades relacionadas e entre entidades independentes, incluindo a fiabilidade dos ajustamentos de comparabilidade que serão necessários para eliminar de diferenças materiais entre elas<sup>69</sup>.

Há determinadas informações que se revelam vantajosas, como as que dizem respeito a operações no mercado aberto não idênticas às operações vinculadas e que apesar de não satisfazerem por completo um determinado critério de comparabilidade aplicado de modo rígido, não devem ser postas de parte. Também se podem revelar essenciais para ajudar a compreender a operação em apreço ou fornecer indicações para investigações futuras, as informações relativas a empresas que efetuem operações com empresas associadas<sup>70</sup>.

Quantos aos métodos aplicáveis podemos distinguir os métodos tradicionais baseados nas operações, havendo preferência na sua aplicação uma vez que são a forma mais direta de determinar se as condições das relações comerciais e financeiras entre entidades relacionadas são de plena concorrência, onde se inserem o método do preço comparável do mercado (*Comparable Uncontrolled Price Method*), o método do preço de revenda minorado (*Resale Price Method*) e o método do custo majorado (*Cost Plus Method*); e os métodos baseados no lucro da operação, criados com o intuito de serem aplicados àquelas situações às quais os métodos tradicionais baseados nas operações não se mostram adequados, no âmbito dos quais são considerados os lucros efetuados na sequência das operações vinculadas, onde podemos distinguir o método do fracionamento dos lucros (*Profit Split Method*) e o método da margem líquida da operação (*Transactional Net Margin Method*).

---

<sup>69</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. II, par. 2.2, disponível em: <http://www.oecd.org>

<sup>70</sup> Cfr. trad. CURVELO, Teresa e REBELO, Salomé, - *OCDE - princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais*, Lisboa: Centro de Estudos e Apoio às Políticas Tributárias, 2002, p. 66

Iremos começar por abordar os métodos tradicionais baseados nas operações, seguindo-se uma análise dos métodos baseados no lucro da operação. Por fim, abordaremos um critério que não encontra aplicação por parte dos países membros da OCDE, o critério da repartição segundo uma fórmula global.

### 3.2.1 – Método do Preço Comparável de Mercado

O MPC, por ser o mais direto e fiável na aplicação do princípio de plena concorrência, é o método preferencial, devendo ser aplicado sempre que se revele adequado ao caso concreto, sendo frequentemente utilizado para determinar o preço de petróleo, ferro e outros produtos que são vendidos nos mercados públicos de *commodities*<sup>71</sup>. Através deste método procede-se à comparação do preço praticado numa operação entre entidades relacionadas com o preço praticado numa operação entre entidades independentes, desde que os termos e condições das operações objeto de comparação sejam substancialmente idênticos, o mesmo se devendo verificar quanto à natureza dos bens ou serviços e à sua quantidade e/ou qualidade. Inexistindo diferenças entre as operações ou entre as entidades que levam a cabo essas operações suscetíveis de influenciar materialmente o preço de mercado aberto, ou existindo essas diferenças, possam ser efetuados ajustamentos suficientemente precisos que eliminem os seus efeitos materiais, o método do preço comparável de mercado é o mais idóneo.

Verificando-se uma divergência entre esses dois preços, podemos estar perante um indicativo que as condições das relações comerciais e financeiras entre as entidades relacionadas não são condições de plena concorrência, e nesse caso haverá lugar à substituição, para efeitos tributários, do preço praticado na operação vinculada pelo preço praticado no âmbito da operação não vinculada, efetuando-se um ajuste primário<sup>72</sup>.

Nem sempre é fácil identificar as diferenças materiais que existem entre operações, uma vez que as funções realizadas e os riscos assumidos pelas partes também influenciam o preço. Além disso, a determinação dos ajustamentos suficientemente precisos que permitam eliminar o impacto dessas diferenças também se pode revelar uma tarefa árdua. Todavia, esta dificuldade

---

<sup>71</sup> Cfr. ARNOLD, Brian J., *International Tax Primer*, Third Edition, Kluwer Law International B.V., 2016, p. 94.

<sup>72</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. II, par. 2.14 e 2.15, disponível em: <http://www.oecd.org>

não deve ser impeditiva de uma eventual aplicação do MPC. Razões de ordem prática impõem uma abordagem mais flexível, de modo a permitir que este seja usado e complementado, de acordo com a sua necessidade, com outros métodos adequados, devendo todos eles ser apreciados em função da sua precisão relativa. Assim como em qualquer outro método, a fiabilidade relativa do MPC depende do grau de precisão dos ajustamentos que podem ser introduzidos para efeitos de comparabilidade, razão pela qual deverão ser desenvolvidos todos os esforços possíveis para ajustar os dados, possibilitando a sua utilização<sup>73</sup>.

Existem duas formas de aplicar o MPC, uma através de comparáveis internos, onde o preço de plena concorrência pode ser alcançado mediante a comparação com o preço praticado em operações realizadas nas mesmas condições entre entidades independentes e entidades pertencentes ao mesmo grupo das entidades relacionadas, ou através de comparáveis externos, onde o preço de plena concorrência pode ser alcançado mediante a comparação com o preço praticado em operações realizadas nas mesmas condições entre entidades independentes.

Apesar de o MPC ser o método preferencial, a verdade é que se revela extremamente difícil encontrar situações comparáveis e situações concorrenciais ou de mercado, atendendo ao facto de os grupos económicos, além de integrados, atuarem isoladamente em vários mercados<sup>74</sup>. Isto é particularmente difícil quando a transação tem como objeto ativos intangíveis, por se tratarem quase sempre de criações únicas, logo não pode constituir surpresa que não existam transações comparáveis. E quando estamos perante comparáveis externos costuma ser necessário efetuar muitos ajustamentos, o que acaba por diminuir a fiabilidade da comparação. Pelo que, aquele que seria o método mais direto e fiável, acaba por ter pouca aplicação prática, dadas as limitações que apresenta.

Vejamos agora um exemplo de aplicação do MPC.

Começemos por imaginar uma empresa independente que vende arroz proveniente da China e uma empresa que vende a outra empresa pertencente ao mesmo grupo, em quantidades aproximadamente iguais, também arroz originário da China. O tipo e a qualidade de arroz são idênticos e ambas as operações ocorrem aproximadamente na mesma data, situando-se no mesmo estágio da cadeia de produção/distribuição, sendo idênticas as condições de ambas as operações.

---

<sup>73</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. II, par. 2.17, disponível em: <http://www.oecd.org>

<sup>74</sup> Cfr. TEIXEIRA, Glória, *Manual de Direito Fiscal*, 4ª Edição, Almedina, 2016, p. 123

Estamos perante uma operação entre empresas independentes que serve de comparação e de suporte às correções que, eventualmente, se mostrem necessárias, em função da divergência de preços que possa ocorrer, entre aquelas duas operações.

Já se a única operação vinculada de que dispomos para efetuar uma comparação respeitasse a arroz do Vietname, seria necessário averiguar se a diferença ao nível do produto pode ter uma incidência significativa sobre o preço.

Poder-se-á, assim, colocar a questão de saber em que medida a origem do produto impõe, de um modo geral, um preço mais ou um preço menos elevado em mercado aberto. Para ultrapassar esta dificuldade, pode-se recorrer a outras informações que podem ser obtidas, por exemplo, nos mercados de matérias-primas ou inferidas a partir dos preços dos negociantes.

Se a diferente origem dos produtos tiver efetivamente uma influência significativa sobre o preço, há que proceder aos necessários ajustamentos. Não sendo possível aplicar um ajustamento suficientemente preciso, a fiabilidade do MPC ver-se-á reduzida, e poderá ser necessário combinar o MPC com outros métodos menos diretos, ou de recorrer a estes últimos em seu lugar.

Outro exemplo em que se pode mostrar necessário fazer ajustamentos é aquele em que são idênticas as condições das vendas não vinculadas e as condições das vendas vinculadas, com exceção do facto, de o preço das vendas vinculadas ser um preço de entrega e as vendas não vinculadas serem efetuadas pelo preço de fábrica.

As diferenças em termos de transporte e de seguro têm geralmente um efeito determinado e razoavelmente quantificável sobre os preços pelo que na determinação do preço de venda relativo a uma operação não vinculada deve proceder-se a um ajustamento do preço consoante as diferentes condições de entrega<sup>75</sup>.

### **3.2.2 – Método do Preço de Revenda Minorado**

Por sua vez, a base do MPRM é o preço de revenda de um produto praticado por um sujeito passivo numa transação efetuada com uma empresa independente, após ter adquirido o produto a uma empresa relacionada. Ao preço de revenda deduz-se uma margem bruta adequada (a margem do preço de revenda), que seria a margem praticada por uma entidade independente,

---

<sup>75</sup> PIRES, Joaquim António R., *Os Preços de Transferência, Vida Económica* – Editorial S.A., 2006. – ps. 82 e 83

tendo em vista a cobertura das suas despesas de vendas e outras despesas de exploração e, tendo em conta as funções assumidas (considerando os ativos utilizados e os riscos contraídos), a realização de um lucro apropriado, chegando-se assim ao preço de plena concorrência<sup>76</sup>. Ou seja, também aqui será necessário encontrar operações de revenda entre entidades independentes comparáveis com a transação controlada efetuada e assim determinar a margem bruta.

Os “critérios” para determinar a comparabilidade de operações para efeitos de aplicação do MPRM assemelham-se aos utilizados no MPC, sendo uma operação não vinculada comparada a uma operação vinculada se se verificar uma das seguintes condições: se nenhuma diferença (se a houver) entre as operações objeto da comparação ou entre as empresas que efetuam essas operações for suscetível de ter uma incidência significativa sobre a margem do preço de revenda em mercado aberto; ou se ajustamentos suficientemente precisos puderem ser introduzidos para eliminar os efeitos materiais de tais diferenças. No que respeita às comparações destinadas à aplicação do método de revenda minorado, são necessários menos ajustamentos à tomada em consideração das diferenças entre os produtos do que aqueles que são normalmente necessários para a aplicação do MPC, porque as diferenças menos significativas entre os produtos são menos suscetíveis de terem uma influência material sobre as margens de lucro do que sobre os preços<sup>77</sup>. Tendo mais peso na aplicação deste método as funções exercidas (tendo em atenção os ativos utilizados e os riscos assumidos), uma vez que têm um impacto mais significativo nas margens de lucro, verificando-se similitude entre elas, a diferença nas características nos produtos não é tão relevante, embora quanto maior a semelhança entre os produtos, melhores serão os resultados. Por fim, uma vez que as margens de lucro variam de indústria para indústria, devem ser evitadas as comparações entre operações realizadas em diferentes indústrias.

O MPRM é mais adequado nos casos em que as empresas não acrescentam de forma significativa valor aos produtos revendidos. Se antes da revenda os produtos forem objeto de uma transformação ou forem incorporados num produto mais complexo, levando à perda ou alteração da sua identidade, este método não é tão adequado. O mesmo acontece quando o revendedor contribui de modo substancial para a criação ou manutenção de ativos incorpóreos associados ao produto (p.e., as marcas ou nomes comerciais) que são detidos por uma empresa relacionada. Nestes casos não é fácil avaliar a contribuição dos bens originais que sofreram uma transformação

---

<sup>76</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. II, par. 2.27, disponível em: <http://www.oecd.org>

<sup>77</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. II, par. 2.29, disponível em: <http://www.oecd.org>

para o valor do produto final<sup>78</sup>.

A exatidão da margem do preço de revenda está também dependente da razoabilidade do espaço de tempo entre cada transação. Quanto maior for o período de tempo decorrido entre a compra inicial e a revenda, mais provável é que, para efeitos de comparação, se torne necessário entrar em linha de conta com outros fatores, tais como as alterações entretanto havidas no mercado, nas taxas de câmbio, nos custos, etc<sup>79</sup>.

É ainda necessário tomar em linha de conta as práticas contabilísticas, uma vez que não sendo estas idênticas no âmbito de uma operação vinculada e no âmbito de uma operação não vinculada, é necessário proceder aos ajustamentos apropriados nos dados utilizados no cálculo da margem sobre o preço de revenda, de modo a garantir o recurso ao mesmo tipo de custo, para cada caso, a fim de determinar a margem bruta<sup>80</sup>.

Um problema que tem vindo a ser apontado à utilização deste método reporta-se aos custos elevados e desproporcionados para os grupos económicos. Além disso, a aplicação correta deste método implica uma vasta recolha de informações de entidades independentes, que sendo confidenciais, só poderiam ser utilizadas mediante o seu consentimento.

Como um exemplo de aplicação do MPRM vejamos a seguinte situação:

Dois distribuidores vendem, no mesmo mercado, o mesmo produto de uma determinada marca. Enquanto o distribuidor A oferece uma garantia, o mesmo não acontece com o distribuidor B. Como o distribuidor A oferece garantia e se não se tiverem em conta os custos dessa garantia, ele irá vender o produto a um preço superior, obtendo uma margem de lucro bruto superior à do distribuidor B, que vende a um preço inferior. Neste caso as duas margens não são comparáveis, na ausência de ajustamentos que permitam tomar em consideração essa diferença.

Agora vamos partir do princípio que é oferecida uma garantia relativamente a todos os produtos, de tal modo que o preço a jusante seja uniforme. O distribuidor C assume a função de garantia, sendo de facto compensado por essa função pelo fornecedor mediante um preço mais reduzido. O distribuidor D não assume a função de garantia, sendo esta assumida pelo fornecedor, o que significa que os produtos são devolvidos à fábrica. Todavia, o fornecedor do distribuidor D

---

<sup>78</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. II, par. 2.35, disponível em: <http://www.oecd.org>

<sup>79</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. II, par. 2.36, disponível em: <http://www.oecd.org>

<sup>80</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. II, par. 2.41, disponível em: <http://www.oecd.org>

fatura-lhe um preço superior ao que é faturado ao distribuidor C. Se o distribuidor C contabilizar o custo inerente ao exercício da função de garantia a título de custo das mercadorias vendidas, as diferenças são então automaticamente corrigidas nas margens de lucros brutos. Em contrapartida, se as despesas de garantia forem contabilizadas como despesas de exploração, verifica-se uma distorção das margens, que deve ser corrigida.

Se D assumisse, ele próprio, a função de garantia, o seu fornecedor iria reduzir o preço de transferência, o que aumentaria a margem de lucro bruta de D<sup>81</sup>.

### 3.2.3 – Método do Custo Majorado

Enquanto a base no MPRM é o preço de revenda, no MCM a base é o valor total dos custos incorridos pelo fornecedor de bens e/ou serviços a uma empresa relacionada. Para se obter o preço de plena concorrência adicionam-se aos custos incorridos uma margem sobre o preço de custo, devendo a margem de lucro assegurar um lucro adequado para o fornecedor, atendendo às funções realizadas (tendo em atenção os ativos utilizados e os riscos assumidos). A determinação da referida margem é feita com base nas margens obtidas nas operações realizadas entre entidades independentes em circunstâncias comparáveis.

A comparabilidade das operações depende da verificação das condições já referidas a propósito do MPC e do MPRM, sendo que neste caso nenhuma diferença pode ser suscetível de ter uma incidência significativa sobre a margem do preço de custo praticado em mercado aberto.

O MCM também pode ser aplicado através de comparáveis internos, onde a margem sobre o preço de custo do fornecedor é determinada atendendo a transações não vinculadas, realizadas nas mesmas condições, por entidades pertencentes ao mesmo grupo do fornecedor (ou pelo próprio fornecedor); ou através de comparáveis externos, onde a margem sobre o preço de custo do fornecedor é alcançada mediante a comparação com a margem obtida em transações realizadas nas mesmas condições entre entidades independentes.

A OCDE reconhece a existência de algumas dificuldades na aplicação do MCM, nomeadamente no que respeita à determinação dos custos. Para que uma empresa se possa manter em atividade ela tem de cobrir os respetivos encargos durante um período de tempo,

---

<sup>81</sup> Cfr. PIRES, Joaquim António R., *Os Preços de Transferência*, Vida Económica – Editorial S.A., 2006. – ps. 92 e 93

estes custos podem não permitir determinar o lucro que deveria ser obtido num caso específico, relativamente a determinado ano. Para poderem permanecer no mercado e fazer face à concorrência, as empresas têm muitas vezes de baixar os preços em relação ao custo de produção dos bens ou de fornecimento de serviços, no entanto, noutras casos não existe qualquer ligação aparente entre o nível das despesas suportadas e o preço de mercado (p.e., quando uma empresa fez uma descoberta importante e o proprietário incorreu em baixos custos de pesquisa para a obter). Na aplicação deste método é ainda necessário ter o cuidado de aplicar margens comparáveis a bases de custos comparáveis. O MCM também assenta numa comparação entre a margem realizada pelo fornecedor relacionado e as margens realizadas por uma ou mais entidades independentes sobre os custos respetivos no quadro de operações comparáveis, por isso, as diferenças existentes entre as transações vinculadas e as não vinculadas que influenciam significativamente a amplitude da margem devem ser analisadas do modo a determinar quais os ajustamentos a introduzir nas margens das operações não vinculadas<sup>82</sup>.

À semelhança do que acontece no MPRM, também aqui é necessário tomar em linha de conta as práticas contabilísticas, do modo a que possam ser efetuados os ajustamentos necessários a fim de garantir que se considerem as mesmas categorias de custos.

Outra semelhança que podemos encontrar em relação ao MPRM são os problemas que decorrem da sua utilização, nomeadamente os custos elevados e desproporcionais e a dificuldade em recolher informações privilegiadas.

Para terminar, iremos deixar também para este método um exemplo da sua aplicação.

A sociedade C, no país Alfa, é uma filial a 100% da sociedade E, sediada no país Beta.

Em termos comparáveis com o país Beta, os salários são muito baixos no país Alfa.

A sociedade C monta televisores a expensas e riscos da sociedade E, sendo todos os componentes necessários, os conhecimentos técnicos, etc., fornecidos pela sociedade E. Além disso, a compra do produto montado é garantida pela sociedade E, mesmo quando os televisores não respeitem certas normas de qualidade. Após o controlo de qualidade, os televisores são transportados (a expensas a riscos da sociedade E) para centros de distribuição que a sociedade E possui em vários países.

Face a estes dados, a função da sociedade C é puramente manufatora em termos de custeio. Os riscos que a sociedade C pode correr residem nas eventuais diferenças de qualidade

---

<sup>82</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. II, pars. 2.49 e 2.50, disponível em: <http://www.oecd.org>

e quantidade acordadas. A base de aplicação do MCM é constituída pela totalidade dos custos suportados com as operações de montagem<sup>83</sup>.

### 3.2.4 – Método do Fracionamento do Lucro

Nas situações em que nenhum destes métodos seja aplicável, ou não possam ser aplicados isoladamente, o recurso aos métodos baseados no lucro da operação é outra opção.

Ao contrário do que se verifica com os métodos tradicionais, o MFL não se baseia nos preços praticados em transações individuais, mas sim no lucro de uma entidade que resulta de uma série de operações vinculadas<sup>84</sup>. Este método procura estabelecer resultados de plena concorrência ou *test reported* para transações controladas de modo a aproximá-los dos resultados que teriam sido alcançados entre empresas independentes, tratando-se de transações comparáveis. A sua aplicação divide-se em duas fases, reportando-se a primeira à identificação dos lucros a repartir entre as entidades relacionadas, resultantes das operações vinculadas por elas praticadas, e a segunda à repartição dos lucros entre as empresas relacionadas em função de uma base economicamente válida, que se aproxima da repartição dos lucros que teria sido prevista num acordo celebrado segundo o princípio de plena concorrência<sup>85</sup>.

Para determinar os lucros a repartir entre as entidades relacionadas devemos começar por identificar e delinear as operações às quais serão aplicadas o fracionamento do lucro, e a partir daí identificar os montantes relevantes de receitas e despesas para cada parte, em relação a essas transações. É ainda importante identificar o nível de agregação. Também a contabilidade das partes envolvidas deve ser tomada em conta, devendo ser colocadas numa base comum relativamente à prática contabilística e à moeda utilizada<sup>86</sup>.

Quando ao modo de repartição dos lucros, podemos recorrer a uma das seguintes soluções: (i) repartir os lucros com base na divisão dos lucros efetuada em operações não vinculadas comparáveis; (ii) utilização de fatores de repartição de lucros e (iii) utilização de dados

---

<sup>83</sup> Cfr. PIRES, Joaquim António R., *Os Preços de Transferência*, Vida Económica – Editorial S.A., 2006. – p. 102

<sup>84</sup> Cfr. RIBEIRO, João Sérgio, *Tributação Presuntiva do Rendimento*, Almedina, 2010, p. 396.

<sup>85</sup> Cfr. OECD, *Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method - BEPS Action 10*, 2018, par. 2.114, disponível em: <http://www.oecd.org>

<sup>86</sup> Cfr. OECD, *Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method - BEPS Action 10*, 2018, Cap. II, pars. 2.154 e 2.155, disponível em: <http://www.oecd.org>

das operações efetuadas pelo sujeito passivo (aplicável na ausência de operações não vinculadas comparáveis).

A aplicação do MFL é mais direcionada para as operações nas quais as entidades relacionadas fizeram contribuições valiosas e únicas ou possuem importantes ativos intangíveis<sup>87</sup>. Com uma presença cada vez maior dos ativos intangíveis nas transações entre entidades relacionadas, este método apresenta uma grande vantagem em relação aos outros, especialmente os métodos tradicionais, que não estão estruturados para fazer frente a esta questão em particular. Outra distinção que se pode fazer a nível da sua aplicação é que ao contrário dos métodos tradicionais, que se aplicam a transações individuais, o MFL aplica-se aos lucros agregados de um grupo de transações<sup>88</sup>.

Outra distinção deste método em relação aos métodos tradicionais reside na sua natureza presuntiva. A tributação é presuntiva quando o rendimento tributável é determinado com base numa presunção. Ora, com este método, a matéria coletável é determinada em relação a cada uma das entidades relacionadas envolvidas nas operações em função de uma base economicamente válida<sup>89</sup>.

Como desvantagens deste método a OCDE aponta o facto de, ao contrário do que aparenta, por não depender tanto da informação disponível sobre entidades independentes, não ser tão acessível aos sujeitos passivos e às Administrações Fiscais, considerando as dificuldades que estes podem encontrar em aceder a informações relativas a afiliados estrangeiros. Além disso, pode ser difícil determinar as receitas e os encargos globais de todas as entidades relacionadas que participam nas operações vinculadas, dada a necessidade de uniformizar os documentos contabilísticos e proceder a ajustamentos que tenham em atenção as práticas contabilísticas e as unidades monetárias utilizadas. Por fim, quando se aplica o método do fracionamento ao lucro de exploração, a identificação das despesas de exploração conexas com as operações analisadas e a ventilação dos custos entre essas operações e as restantes atividades das entidades relacionadas podem suscitar dificuldades<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> Cfr. SCHON, Wolfgang e KONRAD, Kai A. (Ed.), *Fundamentals of International Transfer Pricing in Law and Economics*, 212, Springer, p. 272

<sup>88</sup> Cfr. ARNOLD, Brian J., *International Tax Primer*, Third Edition, Kluwer Law International B.V., 2016, p. 97.

<sup>89</sup> Cfr. RIBEIRO, João Sérgio, *Tributação Presuntiva do Rendimento*, Almedina, 2010, ps. 473 e 479.

<sup>90</sup> Cfr. OECD, *Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method - BEPS Action 10*, 2018, par. 2.123, disponível em: <http://www.oecd.org>

### 3.2.5 – Método da Margem Líquida da Operação

Por fim, o MMLO baseia-se na determinação, a partir de uma base apropriada, da margem de lucro líquida obtida numa operação vinculada ou série de operações vinculadas, e à semelhança dos restantes métodos, a determinação da margem de lucro líquida é feita tendo como ponto de referência uma operação ou série de operações realizadas entre entidades independentes, que sejam comparáveis à operação ou operações analisadas (existindo diferenças que têm uma incidência significativa sobre as margens líquidas utilizadas, devem ser efetuados ajustamentos para compensar as diferenças), ou, preferencialmente, com base em operações não vinculadas comparáveis realizadas pelo sujeito passivo ou por entidades pertencentes ao mesmo grupo. É preferível, por uma questão de fiabilidade dos resultados, o recurso a várias entidades independentes para realizar os cálculos associados ao MMLO, a partir dos quais será possível determinar um intervalo de lucro, dentro do qual se enquadrará o lucro de plena concorrência da entidade relacionada<sup>91</sup>. Tal como acontece com o MFL, o MMLO procura estabelecer aquele que seria o lucro de plena concorrência para uma determinada atividade e não o preço de cada uma das operações.

Apesar de os indicadores do lucro de exploração não serem tão influenciados pelas diferenças existentes entre os produtos e entre as funções exercidas pelas empresas, isso não significa que baste uma mera similitude nas funções exercidas entre duas empresas para podermos obter comparações fiáveis. Ainda que para efeitos de aplicação do MMLO, de entre as funções que as empresas podem exercer pudéssemos isolar funções idênticas, se, por exemplo, as empresas em causa exercerem essas funções em sectores económicos ou em mercados distintos com níveis de rentabilidade diferentes, pode suceder que as margens de lucro relacionadas com essas funções não sejam automaticamente comparáveis. Para além dos produtos e das funções exercidas, há outros fatores que podem influenciar significativamente as margens líquidas, pelo que quando se recorre a comparáveis externos é necessário que as empresas apresentem um elevado grau de semelhança em vários aspetos<sup>92</sup>.

Há duas razões que levam a que o MMLO seja suscetível de introduzir uma maior volatilidade na determinação dos preços de transferência: o facto de as margens líquidas poderem

---

<sup>91</sup> Cfr. ARNOLD, Brian J., *International Tax Primer*, Third Edition, Kluwer Law International B.V., 2016, p. 99.

<sup>92</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. II, par. 2.75, disponível em: <http://www.oecd.org>

ser influenciados por fatores que não produzem efeitos, ou produzem efeito diminutos, sobre as margens brutas e sobre os preços; e a influência que alguns fatores que afetam os preços e as margens brutas podem ter nas margens líquidas, como por exemplo, a situação concorrencial, o que torna mais difícil eliminar a incidência desses fatores. Nos métodos tradicionais baseados nas operações, tal efeito pode ser eliminado pelo simples facto de se atribuir maior importância às semelhanças existentes a nível dos produtos e das funções assumidas. Dependendo das circunstâncias do caso concreto e, em particular, do efeito das diferenças funcionais na estrutura de custos e na receita de potenciais comparáveis, os indicadores de lucro líquido podem ser menos sensíveis às diferenças na extensão e complexidade de funções e às diferenças nos riscos assumidos do que as margens brutas<sup>93</sup>, o que representa outra vantagem deste método.

Há diversos fatores que podem afetar as margens líquidas, tais como estratégias individuais, ameaça de novas entradas no mercado, etc., havendo quem alegue que as imprecisões resultantes destes fatores se vão refletir na amplitude do intervalo de plena concorrência, e embora o recurso a um intervalo de plena concorrência possa atenuar, até certo ponto, o grau de imprecisão, não contempla situações onde os lucros do sujeito passivo aumentam ou diminuem por força de um fator específico desse contribuinte. Neste caso, o intervalo de plena concorrência não reflete os lucros de empresas independentes que sofram, de modo idêntico, tais efeitos de um fator específico. Assim, a utilização de um intervalo de plena concorrência<sup>94</sup> nem sempre permite obviar a estas dificuldades<sup>95</sup>.

Apesar de a OCDE apontar como uma das desvantagens do MMLO a ausência de informações acessíveis aos contribuintes, suficientemente precisas, sobre os lucros imputáveis a operações não vinculadas, há quem entenda que este método é aquele que permite assegurar o mais elevado grau de comparabilidade, pois ao ser utilizado podemos recorrer a bases de dados

---

<sup>93</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. II, par. 2.76, disponível em: <http://www.oecd.org>

<sup>94</sup> Embora por vezes seja possível aplicar o princípio de plena concorrência obtendo um valor único, uma vez que a fixação dos preços de transferência não é uma ciência exata, a aplicação do método ou dos métodos mais adequados pode conduzir a um intervalo de valores, todos eles com uma fiabilidade mais ou menos equivalente. As diferenças entre os valores que compõem o intervalo de plena concorrência podem ser consequência de três situações distintas: o facto de a aplicação do princípio de plena concorrência normalmente permitir apenas uma aproximação às condições que seriam estabelecidas entre empresas independentes; o facto de empresas independentes, realizando operações comparáveis, em circunstâncias idênticas, não praticarem exatamente o mesmo preço para a operação em causa ou o facto de se aplicar mais de um método para avaliar uma operação vinculada. Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. III, par. 3.55, disponível em: <http://www.oecd.org>

<sup>95</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. II, par. 2.79, disponível em: <http://www.oecd.org>

organizadas e efetuar *benchmarkings*<sup>96</sup> que irão transmitir uma ideia mais precisa e aproximada do mercado em que a operação ou operações vinculadas se inserem. Isto acontece porque a aplicação dos métodos baseados nas operações depende muitas vezes da existência de operações comparáveis no grupo económico de que fazem parte, o que não é frequente, e ainda da existência de operações comparáveis entre empresas independentes, mas que implicam a recolha de muitos dados e informações, que como vimos, nem sempre é fácil<sup>97</sup>.

### 3.2.6 – Métodos baseados no lucro das operações: conclusões

O facto de o MMLO ser por vezes aplicado sem ter em conta as diferenças entre as entidades relacionadas e as entidades independentes objeto de comparação suscita preocupações. Muitos Estados Membros da OCDE estão apreensivos que as medidas de salvaguarda, previstas para os métodos tradicionais baseados nas operações, sejam ignoradas na aplicação do MMLO. Assim, verificando-se diferenças nas características das operações objeto de comparação que influenciam os indicadores de lucro líquido utilizados, este método só pode ser aplicado depois de se procederem aos ajustamentos necessários.

O reconhecimento que o uso dos métodos baseados no lucro das operações pode ser necessário não tenciona sugerir que empresas independentes usariam estes métodos para fixar os preços. Como em qualquer outro método, é importante que seja possível efetuar ajustes apropriados.

É necessário ter em atenção se a aplicação de um destes métodos a um aspeto em particular de um caso concreto pode levar a um resultado de plena concorrência, seja aplicado ou em conjugação com um método baseado nas operações, ou não. Só caso a caso se pode resolver esta questão, tomando em consideração as vantagens e desvantagens da aplicação de cada método, a comparabilidade das partes da transação, e a disponibilidade e fiabilidade dos dados

---

<sup>96</sup> Segundo a Comissão Europeia, 2002, *benchmarking* é o processo contínuo e sistemático que permite a comparação das performances das organizações e respetivas funções ou processos face ao que é considerado o melhor nível, visando não apenas a equiparação dos níveis de performance mas também a sua superação.

<sup>97</sup> Cfr. MOREIRA, Gonçalo Folhadela, *Relevância do método da margem líquida da operação*, Jornal de Negócios, Fevereiro de 2006, disponível em: <https://www.pwc.pt/pt/fiscalidade/artigos/imagens/tp/2006/artigo-relevancia-margem-liquida-gfm-fev-06.pdf>

necessários para efetuar a comparação<sup>98</sup>.

Por fim, cumpre referir que apesar de estes métodos serem menos precisos do que os métodos tradicionais baseados nas operações, na prática, a sua aplicação é bem mais frequente. Os métodos tradicionais exigem o uso de muita informação à qual na maioria das vezes não se consegue ter acesso, e além disso, revelam-se muito difíceis de aplicar em casos que envolvem, por exemplo, a propriedade de ativos intangíveis, pelo que, especialmente o MPRM e o MCM acabam por ter pouca utilidade. Por tudo o que expusemos supra, nota-se assim uma falha dos métodos tradicionais no alcance do objetivo para que foram concebidos.

### 3.3 – Método do Fracionamento Global Segundo uma Fórmula

Para além dos métodos tratados até agora, existe um outro que é por vezes apontado como uma alternativa ao princípio de plena concorrência, o MFGSF. Este método consiste em repartir os lucros globais de um «grupo» numa base consolidada, entre as entidades relacionadas localizadas em diferentes países, mediante uma fórmula predeterminada e automática, havendo três componentes essenciais para a sua aplicação: (i) a determinação da unidade a tributar, isto é, quais das filiais e sucursais do grupo multinacional devem constituir a entidade tributável global; (ii) a determinação precisa dos lucros globais e (iii) a determinação da fórmula a aplicar para a repartição dos lucros globais da unidade considerada. Esta fórmula baseia-se, de um modo geral, numa combinação de quatro fatores, os custos, dos ativos, da massa salarial e das vendas<sup>99</sup>.

Também este método tem natureza presuntiva, derivada da atribuição do rendimento com base nos referidos fatores, e do facto de ser com base na sua fórmula de repartição que se determina a matéria coletável<sup>100</sup>.

Para os defensores do MFGSF como alternativa ao princípio de plena concorrência este método providenciaria maior conveniência administrativa e certeza aos contribuintes, para além de estar mais de acordo com a realidade económica. Isto porque os grupos multinacionais devem

---

<sup>98</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. II, pars. 2.153 a 2.155, disponível em: <http://www.oecd.org>

<sup>99</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. I, par. 1.17, disponível em: <http://www.oecd.org>

<sup>100</sup> Cfr. RIBEIRO, João Sérgio, *Tributação Presuntiva do Rendimento*, Almedina, 2010, ps. 473 e 474.

ser considerados como um todo ou numa base consolidada de modo a refletir a realidade económica das relações entre os membros do grupo. Assim, os outros métodos que têm por base a contabilidade separada são inadequados para grupos com um elevado grau de integração, na medida em que é difícil determinar a contribuição de cada uma das empresas relacionadas, para o lucro global do grupo multinacional. Outro argumento a favor reside na redução dos custos conexos com o cumprimento das obrigações fiscais pelos contribuintes, dado que, em princípio, só há lugar à elaboração de um conjunto de contas para o grupo, para efeitos de apresentação às Administrações Fiscais onde o grupo possui empresas.

No entanto os Estados Membros da OCDE não parecem partilhar da mesma opinião, não considerando o MFGSF como uma alternativa ao princípio de plena concorrência. Uma das razões que levam os Estados Membros a rejeitar este método deriva da dificuldade em implementar o sistema de maneira a garantir simultaneamente uma tributação única e evitar a dupla tributação, uma vez que para garantir tal seria necessária uma estreita coordenação internacional e consenso quanto às fórmulas pré-determinadas a ser usadas e a composição do grupo em questão.

E ainda que o MFGSF pudesse ser aplicado sem trazer estes problemas, haveria discórdia quanto aos fatores a incluir ou enfatizar na fórmula, pois cada país procuraria incluir aqueles que sejam predominantes na sua jurisdição, de modo a maximizar a receita tributária.

Uma vez que a legislação referente aos preços de transferência procura essencialmente evitar a evasão fiscal por parte dos grupos multinacionais, o MFGSG também não se revela apropriado, uma vez que através da manipulação dos elementos da fórmula seria possível a evasão fiscal<sup>101</sup>.

Outro problema apontado reside no facto de as fórmulas pré-determinadas serem arbitrárias e não terem em atenção nem as condições de mercado nem a situação concreta das diferentes empresas, nem a repartição dos custos operados pela própria gestão, o que se traduziria numa repartição dos lucros que correria o risco de não ter uma relação real com as circunstâncias específicas da operação.

Além disso, para lidar com as flutuações das taxas de câmbio é preferível o princípio de plena concorrência, que se encontra mais capaz de tratar as consequências económicas inerentes.

Como referimos supra, os defensores do MFGSF alegam que na sua aplicação haveria redução dos custos conexos com o cumprimento das obrigações fiscais pelos contribuintes, mas

---

<sup>101</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. I, pars. 1.19 a 1.23, disponível em: <http://www.oecd.org>

na realidade este método poderia implicar custos muito elevados conexos com o cumprimento das obrigações fiscais e impor encargos muito gravosos na obtenção de dados, uma vez que as informações recolhidas sobre o grupo devem ser apresentadas em cada jurisdição fiscal na moeda respetiva e de acordo com as suas regras contabilísticas.

A determinação das vendas realizadas por cada membro do grupo e a avaliação dos ativos, principalmente bens incorpóreos, também se revelaria difícil, sobretudo atendendo à existência de normas contabilísticas e de moedas diferentes.

Por fim, o MFGSF tributa os grupos económicos numa base consolidada, enquanto o princípio de plena concorrência utiliza o critério da entidade distinta, o que significa que o MFGSF não permite ter em linha de conta importantes diferenças geográficas, a eficiência de cada uma das empresas e outros fatores específicos de cada empresa ou de um subconjunto do grupo multinacional que podem ser determinantes para a repartição dos lucros entre entidades relacionadas em diferentes jurisdições fiscais. Por não considerar as operações intragrupo para efeitos do cálculo dos lucros consolidados, levantar-se-ia a questão da oportunidade da aplicação de uma retenção na fonte aos não residentes relativamente aos pagamentos transfronteiriços entre os membros do grupo e implicaria o abandono de certas disposições previstas nas convenções fiscais bilaterais<sup>102</sup>.

Apesar das suas semelhanças, nomeadamente o seu caráter presuntivo, em relação ao MFL, estes não se podem confundir. O MFL continua a atuar na base da comparabilidade, partindo das funções exercidas e dos riscos assumidos pelas partes, o que não é de todo o que acontece com o MFGSF, onde os únicos fatores a ter em conta são aqueles que compõem a sua fórmula de repartição<sup>103</sup>.

A OCDE rejeita explicitamente a utilização deste método, por entender que não se trata, tal como é atualmente concebido, de uma opção viável ao princípio de plena concorrência. No entanto, há luz dos seus trabalhos mais recentes, há quem questione a possibilidade de se ter aberto uma porta à sua utilização, situação que iremos explorar mais à frente.

### 3.4 – Ajustamentos

---

<sup>102</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. I, pars. 1.25 a 1.30, disponível em: <http://www.oecd.org>

<sup>103</sup> Cfr. RIBEIRO, João Sérgio, *Tributação Presuntiva do Rendimento*, Almedina, 2010, p. 480.

Como já mencionamos, quando o preço praticado numa operação realizada entre entidades relacionadas não é conforme com o princípio de plena concorrência, as Administrações Fiscais procedem aos designados ajustamentos primários, corrigindo o resultado fiscal. Efetuando-se uma alteração, por parte de um Estado, no resultado fiscal de uma das entidades envolvidas na operação é necessário que o outro Estado proceda ao ajustamento correlativo na outra entidade relacionada envolvida na operação, evitando assim a dupla tributação. E é precisamente isto que estabelece o artigo 9.º, n.º 2 da CMOCDE ao referir que “quando um Estado contratante incluir nos lucros de uma empresa deste Estado - e tributar nessa conformidade - os lucros pelos quais uma empresa do outro Estado contratante foi tributada neste outro Estado, e os lucros incluídos deste modo constituírem lucros que teriam sido obtidos pela empresa do primeiro Estado, se as condições impostas entre as duas empresas tivessem sido as condições que teriam sido estabelecidas entre empresas independentes, o outro Estado procederá ao ajustamento adequado do montante do imposto aí cobrado sobre os lucros referidos. Na determinação deste ajustamento, serão tomadas em consideração as outras disposições da Convenção e as autoridades competentes dos Estados contratantes consultar-se-ão, se necessário”. Há duas formas de efetuar um ajustamento correlativo, podendo os Estados optar por calcular o rendimento tributável da entidade relacionada com base no preço de plena concorrência ou conceder à entidade relacionada um desagravamento contra o imposto pago nesse Estado até ao montante do imposto adicional cobrado no Estado que procedeu ao ajustamento na sequência da revisão do preço de transferência.

Se um Estado Contratante não proceder aos ajustamentos correlativos, como acontece quando não concorda com o ajustamento primário efetuado pelo outro Estado Contratante, os contribuintes têm a possibilidade de recorrer ao procedimento amigável, previsto no artigo 25.º da CMOCDE, o que não implica que os Estados cheguem a um acordo, pelo que neste caso podem os contribuintes instaurar um procedimento arbitral.

Podemos ainda falar dos ajustamentos secundários, assim entendidos como os ajustamentos realizados sobre uma transação presumida em virtude de um ajustamento primário numa outra transação (por exemplo, uma distribuição de dividendos). Ao contrário do que se verifica com os ajustamentos correlativos, os ajustamentos secundários não estão previstos na

CMOCDE<sup>104</sup>.

Por fim, temos ainda de referir os ajustamentos compensatórios, definidos pela OCDE como “ajustamentos em que o contribuinte declara um preço de transferência para efeitos fiscais que considera corresponder a um preço de plena concorrência no âmbito de uma transação controlada, embora este preço seja diferente do montante efetivamente praticado entre as empresas associadas”, ajustamentos estes que têm lugar antes da apresentação da declaração de rendimentos<sup>105</sup>. Estes ajustamentos revelam-se particularmente úteis para os casos em que os grupos multinacionais não possuem informações suficientes sobre operações comparáveis entre entidade independentes no momento em que fixam os preços das operações realizadas.

### **3.5 – Considerações específicas**

Iremos agora debruçar-nos sobre a aplicação do princípio de plena concorrência nas operações que envolvem ativos intangíveis, serviços intragrupo e acordos de repartição de custos, temáticas que mereceram um especial enfoque pelas razões em seguida expostas.

#### **3.5.1 – Ativos intangíveis**

A grande margem para evasão que existe a nível dos ativos intangíveis, não só pela facilidade com que estes podem ser licenciados e transferidos, como pela complexidade em determinar o seu valor de mercado, por se tratarem de bens com um carácter muito específico, surgindo aqui uma das maiores dificuldades na aplicação do princípio de plena concorrência, encontrar bens comparáveis, torna-os particularmente desafiantes na área dos preços de transferência, existindo inclusivamente várias disputas no que respeita ao seu reconhecimento e avaliação. Por se tratar de uma matéria que exige uma atenção direcionada, a OCDE dedicou nas suas Guidelines um capítulo (capítulo VI) às operações que envolvem ativos intangíveis.

Em 1992, a definição dada pela OCDE ia no sentido de que os intangíveis são os

---

<sup>104</sup> Cfr. ALMEIDA, Ana Afonso de ... [et al.] ; coord. GAMA, João Taborda, *Cadernos preços de transferência*, Coimbra: Almedina, 2013, ps. 69 e 71

<sup>105</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, p.25, disponível em: <http://www.oecd.org>

desembolsos realizados a longo prazo por uma empresa, com o objetivo de melhorar a sua situação futura, não destinados à aquisição de ativos fixos<sup>106</sup>. Atualmente, nas *Guidelines* a expressão “intangíveis” é utilizada para designar algo que não é nem um ativo físico nem um ativo financeiro, que pode ser detido ou controlado para ser usado em atividades comerciais e cujo uso ou transferência seria remunerado caso ocorresse numa operação entre entidades independentes em circunstâncias comparáveis<sup>107</sup>. Esta definição difere, por exemplo, da utilizada no SNC que entende por ativo intangível um ativo não monetário identificável sem substância física.

Como exemplos de ativos intangíveis podemos nomear as patentes<sup>108</sup>, o *know-how* e os segredos industriais<sup>109</sup>; marcas de fabrico, nomes comerciais e marcas de comércio<sup>110</sup>, etc.

As linhas diretoras, estabelecidas para a aplicação do princípio de plena concorrência, valem também para a determinação de preços de transferência entre empresas relacionadas no caso de bens incorpóreos. De modo a analisar as operações que envolvem ativos intangíveis realizadas entre entidades relacionadas devemos: (i) identificar os ativos intangíveis utilizados ou transferidos na transação e os riscos economicamente relevantes associados ao seu desenvolvimento, melhoria, manutenção, proteção e exploração; (ii) identificar as disposições contratuais; (iii) identificar as partes que exercem funções, usando ativos e assumindo riscos relacionados com o desenvolvimento, melhoria, manutenção, proteção e exploração de ativos intangíveis; (iv) confirmar a concordância entre os termos acordados e a conduta das partes e determinar se a parte que assumiu riscos economicamente significativos os controla e tem

---

<sup>106</sup> Cfr. BANDEIRA, Ana Maria Alves, *Ativos Intangíveis e Atividades de I&D*, Vida Económica, 2010, p. 52

<sup>107</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. VI, par. 6.6, disponível em: <http://www.oecd.org>

<sup>108</sup> As patentes garantem ao seu proprietário o direito de utilizar exclusivamente uma determinada invenção por um determinado período de tempo e numa localização específica. Por norma resultam de trabalhos de I&D arriscados e dispendiosos, e o seu proprietário procura obter lucro através da venda dos produtos abrangidos pela patente ou pela própria patente e ainda através concessão de uma licença a terceiros de modo a permitir-lhes utilizar a sua invenção. Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. VI, par. 6.19, disponível em: <http://www.oecd.org>

<sup>109</sup> Por sua vez o *know-how* e os segredos industriais são informações ou conhecimentos exclusivos que facilitam ou melhoram uma atividade comercial, mas não se encontram registados com vista a garantir a sua proteção, como acontece com as patentes e marcas de fabrico. Geralmente consistem em informações não divulgadas de natureza comercial, industrial ou científica decorrentes de experiências anteriores. Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. VI, par. 6.20, disponível em: <http://www.oecd.org>

<sup>110</sup> Uma marca de fabrico consiste num nome, símbolo, logótipo ou imagem únicos que o seu proprietário pode utilizar para identificar os seus produtos ou serviços. Elas normalmente pertencem a uma única pessoa. Um nome comercial pode ter a mesma força para penetrar num dado mercado que uma marca de fabrico. Quanto às marcas de comércio, elas podem incluir uma combinação de ativos intangíveis e/ou outros itens, incluindo, entre outros, marcas de fabrico, nomes comerciais, relações com os clientes, etc., podendo revelar-se difícil ou mesmo impossível a separação dos vários itens que contribuem para o valor da marca. Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. VI, pars. 6.21 a 6.23, disponível em: <http://www.oecd.org>

capacidade financeira para assumir os riscos relacionados com o desenvolvimento, melhoria, manutenção, proteção e exploração de ativos intangíveis; (v) delimitar a transação vinculada relacionada com o desenvolvimento, melhoria, manutenção, proteção e exploração de ativos intangíveis à luz da sua propriedade legal; (vi) se possível, determiná-lo tendo em conta a contribuição de cada parte no que respeita às funções exercidas, ativos utilizados e riscos assumidos<sup>111</sup>.

Foi o alarme provocado pela utilização cada vez mais frequente dos preços de transferência de intangíveis por parte dos grupos multinacionais para a prática de evasão fiscal, mediante a deslocalização dos seus lucros, e a incapacidade das regras que haviam sido desenvolvidas em dar uma resposta capaz de travar a sua ascensão, que levou a OCDE a desenvolver as novas orientações no que respeita ao desenvolvimento, melhoria, manutenção, proteção e exploração de ativos intangíveis, publicadas em 2017 e que tiveram na sua base o Plano BEPS, o qual iremos abordar oportunamente.

A estratégia utilizada pelos grupos multinacionais compreende a transferência da propriedade intelectual desenvolvida dentro do próprio grupo para uma sociedade *holding*, que por sua vez garante que a sua propriedade legal é mantida dentro do grupo. Sob esta estrutura o seu proprietário legal cobra royalties ou taxas de licenciamento a outros membros do grupo pelo uso da propriedade intelectual, independentemente do tipo de envolvimento do proprietário no processo de I&D. As novas orientações da OCDE vieram pôr um travão a este esquema, impondo a necessidade de a sociedade *holding* à qual foi transferida a propriedade intelectual ter exercido controlo sobre seu o desenvolvimento, melhoria, manutenção, proteção e exploração, isto é, ter suportado custos do ativo intangível. Só nestas circunstâncias poderá a sociedade ser a sua proprietária económica, caso contrário será apenas proprietária legal, sem os direitos económicos que costumam estar associados, ou seja, não tem direitos sobre os rendimentos associados à exploração da propriedade intelectual.

Quando outro membro do grupo, que não o proprietário legal contribua para o valor do ativo intangível, este último apenas terá todos os direitos sobre os lucros associados à sua exploração se compensar integralmente a parte relacionada, numa base de plena concorrência, pelas funções desempenhadas, os ativos contribuídos e os riscos assumidos. De modo a determinar que a compensação foi efetuada numa base de plena concorrência é necessário ter

---

<sup>111</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. VI, par. 6.34, disponível em: <http://www.oecd.org>

em conta o nível e a natureza da atividade desenvolvida, bem como o montante e a forma da compensação paga, tendo como referência os mesmos fatores em operações entre entidades independentes que desempenham funções semelhantes. Na falta de referida compensação a parte relacionada tem direitos sobre uma parte dos lucros associados à exploração do ativo intangível, enquanto seu proprietário económico<sup>112</sup>.

A aplicação a estas situações das orientações da OCDE quanto ao princípio de plena concorrência previstas nos Capítulos I a III das *Guidelines*, pode ser desafiante devido a diversos fatores, desde logo: a falta de comparabilidade entre os ativos intangíveis numa operação vinculada e numa operação não vinculada, a dificuldade em determinar o impacto de um ativo intangível no rendimento de um grupo multinacional, do facto de os membros do grupo multinacional poderem realizar atividades relacionadas com o desenvolvimento, melhoria, manutenção, proteção e exploração de um ativo intangível com um nível de integração que não se verifica entre entidades independentes, de as contribuições dos vários membros do grupo multinacional para o valor do ativo intangível poderem efetuar-se em anos diferentes daqueles em que se realizam os retornos associados, etc<sup>113</sup>.

Serão estas novas orientações aptas a combater a evasão fiscal pelo uso de ativos intangíveis? Procuraremos responder a esta questão oportunamente.

### 3.5.2 – Serviços intragrupo

Por vezes os membros de um grupo multinacional prestam serviços, que podem ser administrativos, de direção ou técnicos a outros membros do grupo, que se designam serviços intragrupo, devendo gerar uma contraprestação de plena concorrência. À semelhança do que se verifica com as operações envolvendo ativos intangíveis, também aos SIG foi dedicado um capítulo à parte, o capítulo VII, que procura auxiliar as Administrações Fiscais e os contribuintes a identificar os SIG e a determinar a distribuição dos custos associados entre os membros de grupo de acordo com o princípio de plena concorrência.

---

<sup>112</sup> MURRAY, Tracey, *OECD changes to the transfer pricing of intangibles*, Shelston ip, 2017, disponível em: <https://www.shelstonip.com/news/oecd-changes-transfer-pricing-intangibles/>

<sup>113</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. VI, par. 6.33, disponível em: <http://www.oecd.org>

Nem sempre é fácil estipular quando estamos perante uma prestação de SIG<sup>114</sup>, ou se esses serviços foram de facto providenciados. De acordo com o estabelecido pela OCDE nas suas *Guidelines* estamos perante um SIG quando existe um valor económico ou comercial para a entidade à qual este foi prestado para melhorar ou manter a sua posição comercial. Tal sucederá quando se considerar que uma empresa independente estaria disposta a pagar a outra empresa independente pela prestação do serviço ou a efetuá-lo ela própria internamente.

Existindo uma necessidade específica da prestação de um serviço por parte de um ou alguns membros do grupo, que seja satisfeita por uma entidade relacionada, não existe qualquer dúvida de que estamos perante uma prestação de SIG. A resposta já não se afigura tão óbvia quando estamos perante uma empresa relacionada que exerce atividades envolvendo vários membros do grupo. Por vezes é devido à qualidade de acionista que um membro do grupo exerce uma atividade em relação a outros membros, pelo que nestas circunstâncias já não estamos perante um SIG. O mesmo acontece quando existe uma mera duplicação de um serviço que um outro membro de um grupo exerça por própria conta ou que seja exercido por um terceiro, mas por conta do referido membro. Outra situação em que se afasta a existência dos SIG reporta às situações em que um serviço prestado respeita apenas a alguns membros de grupo, mas por arrasto traz benefícios para outros membros (a inexistência dos SIG verifica-se apenas quanto a estes últimos). Já as atividades centralizadas na sociedade-mãe ou num centro de serviços do grupo e colocadas à disposição do grupo consideram-se SIG. Em geral tratam-se de serviços administrativos, tais como planeamento, coordenação, faturação, etc.

Relativamente à determinação da realização de um pagamento por uma prestação de serviços, importa saber qual a forma em que este pagamento ocorreria tratando-se de uma operação entre empresas independentes<sup>115</sup>.

Como temos vindo a reiterar, o preço praticado nas operações entre entidades relacionadas tem de ser conforme ao princípio de plena concorrência, e as operações envolvendo SIG não podiam ser exceção.

Para identificar o valor cobrado pelos serviços prestados, as Administrações Fiscais devem começar por identificar os acordos eventualmente celebrados entre as entidades relacionadas de

---

<sup>114</sup> Por exemplo, quando estamos perante contratos de *know-how* que contenham uma componente de serviço pode revelar-se extremamente difícil delinear a fronteira entre aquilo que é uma transferência de ativos intangíveis ou dos direitos sobre eles e uma provisão de serviços. Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. VII, par. 7.3, disponível em: <http://www.oecd.org>

<sup>115</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. VII, pars. 7.6 a 7.15, disponível em: <http://www.oecd.org>

modo a facilitar a faturação das prestações de serviços entre elas. Para determinar o montante cobrado pelos serviços prestados existe a possibilidade de recorrer a dois tipos de métodos: o método de faturação direta e o método de faturação indireta.

O método de faturação direta aplica-se quando estamos perante faturação direta de serviços específicos, sendo o método preferencial pois permite determinar mais facilmente se o montante exigido está conforme ao princípio de plena concorrência. Quando serviços similares aos prestados a empresas relacionadas são igualmente prestados a empresas independentes, os grupos multinacionais têm a possibilidade de adotar um sistema de faturação direta. Se serviços específicos não forem apenas fornecidos a empresas relacionadas, mas também a empresas independentes, em condições comparáveis e em larga escala, poder-se-á presumir que o grupo tem capacidade para justificar o cálculo do pagamento faturado. Por este motivo, os grupos multinacionais são nestes casos encorajados a adotar o método da faturação direta para as suas operações com as empresas relacionadas.

Atendendo à dificuldade de aplicar na prática o método da faturação direta, quando tal não seja possível, dever-se-ão utilizar os métodos de faturação indireta, que recorrem a estimativas ou avaliações que permitam aproximar-me o máximo possível do preço estabelecido pelas empresas independentes em circunstâncias comparáveis. Estes métodos devem ser aceites sempre que tenham suficientemente em conta o valor dos serviços prestados e à medida em que serviços comparáveis sejam prestados entre empresas independentes. Para que se possa aplicar qualquer método de faturação indireta este tem de respeitar os seguintes requisitos: ser sensível às características comerciais de cada caso; compreender cláusulas de salvaguarda contra manipulações, conformes com os princípios de contabilidade e permitir chegar a distribuições de custos correspondentes às vantagens obtidas, ou suscetíveis de serem obtidas pelo beneficiário do serviço<sup>116</sup>.

Resta agora saber como efetuar o cálculo do preço de plena concorrência. Para se levar a cabo esta tarefa devem considerar-se três fatores, nomeadamente, o valor do serviço para o beneficiário; a importância que uma empresa independente comparável estaria disposta a pagar por este serviço em circunstâncias equiparáveis e os custos para o fornecedor do serviço. Quanto ao método a utilizar para determinar o preço de plena concorrência dos SIG, este deve ser determinado em conformidade com os princípios já analisados, sendo que na maioria dos casos

---

<sup>116</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. VII, pars. 7.20 a 7.23, disponível em: <http://www.oecd.org>

a sua aplicação conduzirá ao MPC ou ao MCM.

O MPC deve ser utilizado quando existe um serviço comparável, fornecido entre empresas independentes, no mercado do beneficiário ou quando a entidade relacionada que fornece os serviços fornece, igualmente, serviços similares a uma empresa independente em circunstâncias comparáveis. Por sua vez o MCM revela-se mais adequado quando o MPC não possa ser utilizado e a natureza das atividades em questão, os ativos utilizados e os riscos assumidos são comparáveis, pela sua natureza, aos observados entre empresas independentes.

Antes de se analisarem as circunstâncias de cada caso para determinar o método a aplicar pode ser necessário efetuar um estudo funcional aos membros do grupo para aferir a relação que existe entre as suas atividades, resultados e serviços em questão. Também se recomenda a análise dos resultados a longo prazo da prestação de um serviço<sup>117</sup>.

Levanta-se a questão de saber se é necessário que da prestação dos serviços resulte lucro para o seu fornecedor. Embora em regra uma empresa independente procurasse obter lucro, há certos casos em que esta pode não realizar um lucro unicamente sobre as prestações de serviços, por exemplo, quando o custo (antecipado ou efetivo) deste serviço para o fornecedor exceder o preço de mercado; contudo, ele aceita fornecê-lo de modo a aumentar a sua rentabilidade, completando eventualmente a sua gama de atividades.

Como sabemos, as Administrações Fiscais devem procurar sempre estabelecer o preço de plena concorrência, no entanto, há circunstâncias que podem levá-las a renunciar à avaliação e à tributação de um preço de plena concorrência numa prestação de serviços, autorizando o contribuinte a repercutir simplesmente os custos de prestação destes serviços, quando, por exemplo, a vantagem tributária não se justifiquem atendendo à complexidade do procedimento administrativo<sup>118</sup>.

O capítulo VII trata ainda dos serviços de reduzido valor acrescentado, mas neste caso a finalidade das orientações é o reequilíbrio dos sistemas tributários, e não propriamente o combate à evasão. A decisão empresarial de recorrer a um SIG pode ser justificada, por exemplo, por razões de economia de escala, visando os interesses globais do grupo, mas que pode acabar por distorcer a situação tributária das entidades que o integram. Procura-se garantir que o sistema de repartição

---

<sup>117</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. VII, pars. 7.29 a 7.32, disponível em: <http://www.oecd.org>

<sup>118</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. VII, pars. 7.35 e 7.37, disponível em: <http://www.oecd.org>

de custos assegura um tratamento igualitário entre todas as empresas relacionadas que operam em circunstâncias similares<sup>119</sup>. Estas orientações serão analisadas a propósito do Plano BEPS

### 3.5.3 – Acordos de Repartição de Custos

A OCDE dedicou ainda o capítulo VIII à aplicação do princípio de plena concorrência aos ARC. Neste capítulo a organização procura estabelecer algumas linhas gerais com vista a determinar se as condições estabelecidas entre entidades relacionadas nas transações que envolvem acordos de repartição de custos estão conformes com o referido princípio.

Um ARC é um acordo entre empresas industriais ou comerciais destinado à partilha dos custos e os riscos envolvidos na produção, obtenção ou desenvolvimento de bens, de serviços ou de direitos, sendo expectável que as partes envolvidas vão desfrutar dos benefícios derivados da contribuição de cada uma.

A delimitação da transação implica a divisão dos riscos economicamente relevantes, responsabilidade e benefícios estabelecidos nos acordos contratuais, não existindo assim diferenças em relação ao que acontece noutras situações em que estão em causa acordos contratuais.

Uma das principais características de um ARC é a partilha de contribuições. De acordo com o princípio de plena concorrência a parte de cada participante nas contribuições globais no âmbito de um ARC deve ser proporcional à sua parte nos benefícios que se esperam receber<sup>120</sup>.

Assim, para que as condições previstas num ARC sejam conformes com o princípio de plena concorrência, é preciso que as contribuições, efectuadas por um participante estejam em conformidade com aquelas que uma empresa independente aceitaria pagar, em circunstâncias comparáveis, tendo em consideração as vantagens que se podem razoavelmente esperar do acordo, sendo que as empresas independentes exigiriam que a parte de cada participante no total das contribuições no acordo seja proporcional à sua parte no total das vantagens que conte receber do acordo.

---

<sup>119</sup> Cfr. OECD, *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, 2016, p. 141, disponível em: <http://www.oecd.org>

<sup>120</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. VIII, par. 8.5, disponível em: <http://www.oecd.org>

Atendendo ao exposto, a aplicação do princípio de plena concorrência depende, em primeiro lugar, do estabelecimento que todas as partes do acordo esperam obter uma vantagem; depois deve proceder-se ao cálculo da contribuição relativa (em numerário ou em espécie) de cada participante na atividade conjunta; por fim, é necessário determinar se a repartição das contribuições no ARC é a apropriada.

O requisito fundamental de um ARC é que as contribuições reflitam os benefícios esperados e que todos os seus participantes tenham uma expectativa razoável de beneficiar do acordo estabelecido. Além disso, todos os participantes devem ter controlo sobre os riscos inerentes ao acordo, capacidade financeira para assumir os riscos e um interesse definido no resultado do ARC<sup>121</sup>.

Para se proceder ao cálculo da quota-parte dos benefícios esperados de cada participante é costume recorrer-se ao uso de chaves de repartição. Como por norma os benefícios resultantes das atividades objeto do ARC não se manifestam no ano da ocorrência dos custos, a repartição das contribuições levará em conta as previsões relativas à partilha dos benefícios. Na escolha do método de repartição há alguns fatores a ter em conta, como o facto de um acordo abranger várias atividades<sup>122</sup>.

Vejam agora como se avalia o valor das contribuições de cada participante, que deve ser consistente com o valor que empresas independentes em circunstâncias comparáveis teriam atribuído a cada uma das contribuições. A este propósito a OCDE chama a atenção para a necessidade de distinguir entre *contributions of pre-existing value* e *current contributions*. Estamos perante o primeiro caso quando, por exemplo, um dos participantes no ARC contribui com tecnologia patenteada no desenvolvimento de um ativo intangível. Neste caso, o valor da tecnologia deve ser determinado usando as linhas diretoras previstas nos capítulos I a III e VI das *Guidelines*. Por sua vez, podemos falar em *current contributions* quando estamos perante contribuições contínuas que devem ser avaliadas a valor de mercado e o seu valor deve ser definido usando as linhas diretoras previstas nos capítulos I a III, VI e VII das *Guidelines*<sup>123</sup>.

---

<sup>121</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. VIII, par. 8.12 a 8.15, disponível em: <http://www.oecd.org>

<sup>122</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. VIII, par. 8.19 a 8.21, disponível em: <http://www.oecd.org>

<sup>123</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. VIII, par. 8.25 e 8.26, disponível em: <http://www.oecd.org>

E como proceder quando um ARC não respeita o princípio de plena concorrência<sup>124</sup>? Nestes casos é necessário fazer um ajustamento, através de um pagamento compensatório, que aumentará o valor das contribuições da entidade que efetuou o pagamento, e diminuirá o valor das contribuições de quem o recebeu.

### 3.6 – Acordos Prévios de Preços de Transferência

Com vista a garantir maior segurança jurídica, posta em causa pela faculdade atribuída às Administrações Fiscais de reajustarem os impostos e as taxas aplicadas pelos contribuintes, e auxiliar na resolução dos problemas levantados pelos preços de transferência, surge a figura dos acordos prévios em matéria de preços de transferência. Através de um APPT o contribuinte e a Administração Fiscal podem acordar, previamente à realização das operações vinculadas, os termos e condições a praticar para determinar os respetivos preços de transferência, durante um determinado período de tempo, fixado no próprio acordo. Terminado esse tempo, pode ser possível renegociar o APPT. Aquando a celebração de um APPT é preferível estabelecer o método a utilizar na determinação do preço de plena concorrência ao invés de fixar resultados específicos, garantindo-se assim uma previsão mais fiável.

Neste âmbito podemos distinguir entre APPT unilaterais e bilaterais/multilaterais. Como o próprio nome indica, um APPT unilateral é celebrado entre uma Administração Fiscal e o contribuinte sujeito à sua jurisdição. Já um APPT bilateral/multilateral envolve a celebração de um acordo entre um contribuinte e duas ou mais Administrações Fiscais. A preferência recai sobre os APPTs bilaterais/multilaterais, havendo mesmo países que não admitem os unilaterais, e o principal motivo não é difícil de descortinar, uma vez que com os primeiros a probabilidade de reduzir o risco de dupla tributação é bem maior, face à inexistência de qualquer garantia que as outras Administrações Fiscais envolvidas aceitem o resultado de plena concorrência obtido com base num APPT unilateral. Além disso, oferecem maior certeza aos contribuintes e trazem maiores

---

<sup>124</sup> Nestes casos a contrapartida recebida por pelo menos um dos participantes, pela sua contribuição, será insuficiente e a contrapartida recebida por pelo menos um outro participante, pela sua contribuição, será excessiva se comparada com o que as empresas independentes teriam recebido. Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. VIII, par. 8.34, disponível em: <http://www.oecd.org>

garantias de equidade para as Administrações Fiscais e para os contribuintes envolvidos<sup>125</sup>. A desvantagem que apresentam face aos APPTs unilaterais prende-se com a maior morosidade e dispendiosidade no procedimento, inerente à participação de outras Administrações Fiscais.

Uma vez celebrado um APPT, e desde que o contribuinte respeite as disposições estabelecidas, a Administração Fiscal aceita os resultados fiscais das operações abrangidas pelo acordo como estando conformes com o princípio de plena concorrência. Consequentemente diminui o risco de inspeção, ajustamento fiscal e de litígio entre as partes, com todas as vantagens daí decorrentes, nomeadamente a nível dos custos que as referidas operações acarretam<sup>126</sup>. Outro benefício que podemos retirar dos APPT prende-se com a melhoria a nível de conhecimento, no que respeita ao funcionamento de operações internacionais complexas realizadas pelos grupos multinacionais, como resultado da obrigação de divulgar informações no âmbito de um APPT.

Se estiver em causa um APPT no qual está envolvido um Estado Contratante, este deve ser celebrado ao abrigo do procedimento amigável, previsto no art. 25.º da CMOCDE (não se tratando de um Estado Contratante, é possível recorrer-se, via diplomática, a uma espécie de procedimento amigável). Este artigo releva ainda naquelas situações em que o direito nacional de um determinado país não lhe possibilita celebrar APPT, pois se uma convenção fiscal contiver uma disposição semelhante, as autoridades competentes deveriam ser autorizadas a celebrar um APPT se os problemas suscitados pelos preços de transferência forem suscetíveis de gerar uma dupla tributação ou de criar dificuldades ou dúvidas quanto à interpretação ou à aplicação da Convenção<sup>127</sup>.

Entre as desvantagens apontadas pela OCDE à utilização dos APPT constam as restrições que estes podem implicar para os serviços encarregados da verificação dos preços de transferência, uma vez que as Administrações Fiscais necessitam muitas vezes de recorrer a recursos afetos a outras tarefas; o receio de estes apenas se mostrarem apelativos aos contribuintes que cumprem corretamente as suas obrigações fiscais, acabando por se perder aqui um bocado o propósito desta figura; o facto de os contribuintes nem sempre terem acesso à quantidade de informações necessárias para a manutenção de um APPT; a necessidade de o contribuinte fornecer informações detalhadas às autoridades tributárias nacionais, o que pode

---

<sup>125</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. IV, par. 4.141, disponível em: <http://www.oecd.org>

<sup>126</sup> Cfr. ALMEIDA, Ana Afonso de ... [et al.] ; coord. GAMA, João Taborda, *Cadernos preços de transferência*, Coimbra: Almedina, 2013, p. 204

<sup>127</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. IV, par. 4.152, disponível em: <http://www.oecd.org>

levar não só a que em certos casos estas examinem as operações em causa de forma mais aprofundada do que no caso de verificação de preços de transferência, mas também a uma utilização abusiva dessas informações, nomeadamente para fins diversos dos APPT; e a dispendiosidade e morosidade do procedimento, tornando-o assim inalcançável para grande parte dos pequenos contribuintes<sup>128</sup>. Relativamente a este último aspeto refere-se a possibilidade de as Administrações Fiscais adotarem um procedimento simplificado, aplicável aos pequenos contribuintes<sup>129</sup>.

### 3.7 – O regime dos *safe harbours*

A exigência e a complexidade inerentes à aplicação do princípio de plena concorrência, traduzindo-se muitas vezes em incerteza tanto para os contribuintes como para as Administrações Fiscais, bem como em litígios entre eles, motivaram o surgimento de outra figura destinada a garantir-lhes maior segurança jurídica e a evitar os mencionadas litígios, a figura dos *safe harbours*.

Entende-se como *safe harbour* a disposição pré-estabelecida, aplicável a uma determinada categoria de contribuintes ou de transações, libertando os contribuintes de determinadas obrigações em matéria de preços de transferência impostas pela legislação de um Estado<sup>130</sup>. Ou seja, os *safe harbours*, enquanto regras pré-definidas, permitem a uma determinada categoria de contribuintes verem as suas obrigações fiscais simplificadas. Há semelhança do que se verifica com os APPT, também os *safe harbours* podem ser unilaterais, quando estabelecidos entre uma Administração Fiscal e o contribuinte sujeito à sua jurisdição, ou bilaterais/multilaterais, quando estabelecidos entre um contribuinte e duas ou mais Administrações Fiscais. A OCDE recomenda a celebração de *safe harbours* bilaterais, tal como exposto no *Draft Sample Memoranda of Understanding for Competent Authorities to Establish Bilateral Safe Harbours*, atendendo ao menor risco de dupla tributação ou de não tributação e ao facto de os *safe harbours* unilaterais poderem tender a forçar os contribuintes a reportar níveis maiores de rendimento do que aqueles

---

<sup>128</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. IV, pars. 4.161 a 4.169, disponível em: <http://www.oecd.org>

<sup>129</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. IV, par. 4.174, disponível em: <http://www.oecd.org>

<sup>130</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. IV, par. 4.102, disponível em: <http://www.oecd.org>

que resultariam da aplicação do princípio de plena concorrência.

Na verdade, aquando a adoção das *Guidelines* em 1995, a OCDE, apesar de reconhecer a importância dos *safe harbours* na simplificação dos procedimentos relacionados com os preços de transferência, tinha algumas reservas quanto à sua utilização, designadamente por considerar que estes poderiam não ser compatíveis com a aplicação do princípio de plena concorrência, além do impacto negativo que trariam às receitas fiscais dos Estados que implementassem os *safe harbours* unilaterais. Pelos referidos motivos, não obstante permitir a sua aplicação, a OCDE não a aconselhava.

A necessidade de simplificar os procedimentos relacionados com os preços de transferência falou mais alto, levando a que vários Estados adotassem as regras dos *safe harbours*, aplicando-as geralmente aos pequenos contribuintes e/ou a transações pouco complexas. A propósito da importância crescente desta simplificação, PATRICIA LEWIS refere que “*as transfer pricing enforcement and documentation requirements have metastasized with the globalization of commerce in recent decades, the need to rationalize transfer pricing rules to manageable proportions has become acute. This is not to say transfer pricing rules are not needed – they are, to ensure an appropriate fiscal balance among nations and fair treatment among taxpayers – but rather that simplification is imperative*”<sup>131</sup>.

Foi no âmbito de um projeto criado em 2010, incidente sobre os aspetos administrativos dos preços de transferência, que a OCDE constatou que vários Estados haviam adotados as regras dos *safe harbours*, motivo pelo qual lançou o “esboço” de 6 de Junho de 2012, no qual propôs a revisão da secção destinada aos *safe harbours* no capítulo IV das *Guidelines*.

Nas *Guidelines* podemos encontrar dois exemplos de *safe harbours*, o primeiro refere-se àqueles que exigem aos contribuintes elegíveis que estabeleçam preços de transferência ou que reflitam os resultados de uma forma específica, aplicando um método simplificado de preços de transferência, fornecido pelas Administrações Fiscais, já o segundo diz respeito àqueles que sujeitam os contribuintes à prestação de determinadas informações ou à manutenção de certos registos referentes às suas operações com empresas associadas<sup>132</sup>.

Para além da maior segurança jurídica e diminuição da ocorrência de litígios entre os contribuintes e as Administrações Fiscais, outros benefícios que podemos apontar à utilização dos

---

<sup>131</sup> LEWIS, Patricia Gimbel, *Safe at Last? Transfer Pricing Safe Harbors on the Horizon*, Tax Management International Journal n.º 41, 2012, p.1.

<sup>132</sup> Cfr. FEINSCHREIBER, Robert e Kent, Margaret, *Updating the OECD's safe harbour transfer pricing provisions*, Corporate Business Taxation Monthly, n.º 17, 2010, disponível em: <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/48330739.pdf>

*safe harbours* prendem-se com a simplificação para os contribuintes do cumprimento da regulamentação, para efeitos da aplicação do princípio de plena, além de permitiram às Administrações Fiscais redirecionarem os seus recursos para a análise de transações mais complexas. Estes benefícios trazidos pelos *safe harbours* acabam por compensar as desvantagens que os mesmos implicam, quando estamos perante pequenos contribuintes e transações pouco complexas, daí apenas nestes casos serem permitidos. Claro que a restrição da sua utilização a um determinado tipo de contribuintes e/ou operações acaba por levantar problemas de igualdade, uma vez que se aplicam dois tipos de regras distintas no âmbito dos preços de transferência e apenas os contribuintes que preencham determinados requisitos podem optar. Outra consequência que advém da referida restrição prende-se com a possibilidade de os contribuintes modificarem os preços praticados nas suas operações, de modo a se enquadrarem no âmbito de aplicação dos *safe harbours*, enveredando assim pelo “planeamento fiscal abusivo”<sup>133</sup>.

Contrariamente ao que se verifica a respeito dos APPT, os *safe harbours* ainda não se encontram previstos na legislação nacional. Somos da opinião que, tendo em conta as vantagens associadas a esta figura quando aplicada a pequenos contribuintes e/ou transações pouco complexas, o legislador português deveria ponderar incluí-la no nosso ordenamento jurídico, sendo uma forma de colmatar as dificuldades que a aplicação do princípio de plena concorrência ainda implica.

#### 4 - Os preços de transferência no contexto da UE

Sendo os preços de transferência um tema que levanta inúmeras preocupações a nível internacional, a própria UE não podia deixar de se pronunciar sobre ele, dizendo a este propósito que “*transfer pricing refers to the terms and conditions surrounding transactions within a multinational company. It concerns the prices charged between associated enterprises established in different countries for their inter-company transactions, i.e. transfer of goods and services. Since the prices are set by non independent associates within the multi-national, it may be the prices do*

---

<sup>133</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. IV, par. 4.122, disponível em: <http://www.oecd.org>

*not reflect an independent market price. This is a major concern for tax authorities who worry that multi-national entities may set transfer prices on cross-border transactions to reduce taxable profits in their jurisdiction. This has led to the rise of transfer pricing regulations and enforcement, making transfer pricing a major tax compliance issue*<sup>134</sup>.

Desta forma e uma vez que a problemática fiscal no âmbito dos preços de transferência assume grande relevância no seio do Mercado Interno da UE, esta tem procurado desenvolver ações que versam sobre esta temática.

#### 4.1 – O Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas

Como já havíamos referido, as práticas de concorrência fiscal prejudicial, levadas a cabo pelos países com o intuito de atrair capital societário estrangeiro, têm permitido, entre outros, que os grupos multinacionais se possam servir dos preços de transferência para pagarem menos imposto, levando assim à erosão da base tributária dos países onde se localizam as atividades geradoras dos seus lucros. Se até aos anos 90 este fenómeno da concorrência fiscal não trazia grande transtorno, em 1996 a UE começou a ver esta prática como prejudicial, pelo que a Comissão elaborou uma comunicação fundamentada no estudo sobre a fiscalidade na União Europeia, que visava alcançar um acordo sobre as medidas fiscais prejudiciais. No âmbito de um pacote fiscal apresentado em 1997, foi aprovado em 1 de Dezembro desse ano o Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas, um instrumento resultante de um compromisso político dos Estados-membros, um “*soft law*”, o que significa que em caso de incumprimento não é possível recorrer ao TJUE<sup>135</sup>.

Este Código de Conduta<sup>136</sup> destina-se a eliminar as medidas fiscais prejudiciais, assim entendidas as medidas fiscais que reúnam dois requisitos, de acordo com os seus pontos A e B, designadamente “tenham ou sejam susceptíveis de ter uma incidência sensível na localização das actividades económicas na Comunidade” aqui se incluindo todas as atividades exercidas dentro de um grupo de sociedades e “que prevejam um nível de tributação efectivo, incluindo a taxa zero,

---

<sup>134</sup> Disponível em: [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/business/company-tax/transfer-pricing-eu-context\\_en](https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/transfer-pricing-eu-context_en)

<sup>135</sup> Cfr. AMARAL, Karina Almeida do, *O combate à concorrência fiscal através do Código de Conduta no domínio da fiscalidade das empresas: o caso português*, Revista de Estudios Europeos, n.º 64 Ene./Jun. 2014, ps 131 e 132.

<sup>136</sup> Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A41998X0106>

significativamente inferior ao normalmente aplicado no Estado-membro em causa”, abrangendo as empresas que se deslocam no espaço comunitário, incluindo aquelas que façam parte de um grupo multinacional. Dá-nos ainda cinco indicadores que permitem avaliar se uma determinada medida é prejudicial, dos quais destacamos o ponto B.4. que reconhece os princípios de determinação dos preços de plena concorrência previstos pela OCDE como os princípios a aplicar pelos Estados-membros da UE. Tal vai ao encontro dos trabalhos que têm sido desenvolvidos pela UE no sentido de unificar no domínio comunitário as regras dos preços de transferência de acordo com as estabelecidas pela OCDE.

Relativamente à avaliação das medidas abrangidas pelo âmbito de aplicação do Código de Conduta, ficou estabelecida a obrigação dos Estados-membros se informarem mutuamente das medidas vigentes nos seus ordenamentos jurídicos; a criação do Grupo do Código de Conduta com o objetivo de selecionar e avaliar as medidas fiscais existentes e supervisionar a prestação de informações sobre essas medidas; tendo ainda sido feitos dois convites, um à Comissão no sentido de apoiar o referido Grupo nos trabalhos de preparação e facilitar o fornecimento de informações, e outra a todos os Estados-membros, no sentido de cooperarem nesta luta contra a evasão e fraude fiscal<sup>137</sup>.

No seu âmbito foi assumido o compromisso de que as práticas destinadas à eliminação das medidas fiscais prejudiciais fossem aplicadas também a países terceiros e aos territórios dependentes ou associados dos Estados-membros.

Apesar de não se tratar de um texto vinculativo, a verdade é que este Código se tem revelado eficaz a alcançar o objetivo a que se propõe, o de combater as práticas de concorrência fiscal prejudicial, e vê nos relatórios anuais que compete à Comissão apresentar ao Conselho Europeu um aliado no seu efeito dissuasivo<sup>138</sup>.

A criação do Grupo do Código de Conduta supra referida ocorreu a 9 de Março de 1998, com o Relatório Final de avaliação das medidas suscetíveis de serem abrangidas pelo Código de Conduta (também denominado de Relatório Primarolo) a ser apresentado em Novembro de 1999. Este relatório identificou 66 medidas de Estados-membros e respetivos territórios dependentes

---

<sup>137</sup> Cfr. RODRIGUES, Carlos Augusto e DIAZ, Antonio López, *Globalização, União Europeia e direito tributário: "uma análise sob a perspectiva dos preços de transferência e o princípio da não discriminação na União Europeia"*, Porto: Legis, 2008, p. 58

<sup>138</sup> Cfr. CATARINO, João Ricardo, *Competitividade fiscal em economia aberta*, Working Paper #53, Observatório Político, publicado em 31/05/2015, p. 7 disponível em: [www.observatoriolitico.pt](http://www.observatoriolitico.pt)

como sendo prejudiciais<sup>139</sup><sup>140</sup>. A propósito da temática dos preços de transferência, os seus pontos 33 e 34 colocaram em causa a conformidade das medidas fiscais vigentes nos Estados-membros com o princípio de plena concorrência nas transações vinculadas. Mais uma vez, agora através do Grupo do Código de Conduta, a UE exalta as Guidelines da OCDE, ao “sugerir” que os Estados-membros adaptem a sua legislação fiscal de acordo com elas. Nos pontos 41 e 44 procedeu-se à análise de várias medidas alusivas à determinação dos preços de plena concorrência nas transações intragrupo, medidas essas que foram qualificadas como “potencialmente prejudiciais”, logo passíveis de afetar a localização das atividades económicas na Comunidade, por não serem conformes com o princípio de plena concorrência<sup>141</sup>. O Grupo utilizou assim os princípios e regras da OCDE como indicador para aferir a existência de práticas fiscais prejudiciais, tal como resulta do ponto B.4 do Código de Conduta.

Desde a criação do Grupo em 1998, foram criados vários subgrupos, dos quais destacamos o subgrupo "clarificação do terceiro e do quarto critérios", criado pelo Conselho ECOFIN em 8 de março de 2016. Tendo em conta o tema sobre que versa o presente trabalho, apenas nos iremos focar na clarificação do quarto critério. Este subgrupo foi criado na sequência da ordem dada pelo Conselho ECOFIN ao Grupo do Código de Conduta para desenvolver diretrizes sobre a interpretação do ponto B.4, focando-se na determinação das normas relevantes acordadas internacionalmente e no papel do princípio de plena concorrência na identificação de medidas potencialmente prejudiciais à luz das *Guidelines* da OCDE, conforme emendadas pelas Ações 8 a 10 do Plano BEPS. Assim, no relatório sobre o trabalho do subgrupo e apresentado pelo Grupo em Novembro de 2016, este recomenda que o Conselho da UE aprove as novas orientações relativas aos preços de transferência do BEPS. Além disso, consta do relatório que o subgrupo irá desenvolver mais orientações sobre o uso dos princípios internacionalmente aceites para

---

<sup>139</sup> Cfr. ALMDEIDA, Daniel Freire *et al.*, *Garantias dos Contribuintes no Sistema Tributário – Homenagem a Diogo Leite Campos*, Editora Saraiva, 2013, p. 125

<sup>140</sup> No ordenamento jurídico português apenas as atividades financeiras da Zona Franca da Madeira foram qualificadas como “medida prejudicial”, Cfr. Cfr. ALMDEIDA, Daniel Freire *et al.*, *Garantias dos Contribuintes no Sistema Tributário – Homenagem a Diogo Leite Campos*, Editora Saraiva, 2013, p. 125

<sup>141</sup> Cfr. RODRIGUES, Carlos Augusto e DIAZ, Antonio López, *Globalização, União Europeia e direito tributário: "uma análise sob a perspectiva dos preços de transferência e o princípio da não discriminação na União Europeia"*, Porto: Legis, 2008, p. 60

interpretar o critério quatro, avaliando o comentário à CMOCDE, os princípios da OECD para atribuição de lucros a estabelecimentos permanentes e os padrões mínimos do BEPS<sup>142</sup>.

#### 4.2 – A contribuição do Fórum Conjunto sobre Preços de Transferência

De modo a reduzir os elevados custos resultantes do cumprimento das regras sobre preços de transferência e evitar a dupla tributação, a Comissão Europeia criou, em 2002, o Fórum Conjunto sobre Preços de Transferência (*Joint Transfer Pricing Forum*), que se ocupa, no fundo, de duas áreas: (i) a Convenção de Arbitragem e (ii) outros problemas associados aos preços de transferência identificados pelo FCPT, nomeadamente os relacionados com as obrigações documentais nas operações entre entidades relacionadas e a aplicação dos métodos de determinação do preço de plena concorrência.

O FCPT é composto por um representante da Administração Fiscal de cada Estado-membro e dezoito membros de organizações não-governamentais, sendo presidido por um presidente independente, e o trabalho por este realizado segue a estrutura das *Guidelines* elaboradas pela OCDE e opera com base no consenso, isto porque, não tendo as soluções apresentadas para questões concretas que derivem da prática de preços de transferência na UE força legislativa, não havendo consenso quanto a elas, os Estados-membros não as aplicarão, perdendo-se assim o efeito útil pretendido, o de alcançar uma aplicação uniforme das orientações sobre preços de transferência no domínio comunitário. Abordagens diversas neste domínio podem implicar elevados custos e encargos administrativos, assim como transferências de lucros motivadas pela divergência das regras existentes. Desde a sua criação, o FCPT lançou várias iniciativas a nível da UE para promover procedimentos comuns aplicáveis aos preços de transferência. Neste seguimento, a Comissão Europeia iniciou um conjunto de medidas coordenadas, que versam todas as etapas do procedimento de preços de transferência, desde a determinação do preço de plena concorrência à resolução de litígios.

Com base no trabalho desenvolvido pelo FCPT foi adotado em Junho de 2006 um Código de Conduta sobre documentação de preços de transferência para empresas associadas na União

---

<sup>142</sup> Cfr. ANGHILERI, Davide e MARTIN, Julie, *EU Code of Conduct Group to assess EU tax regimes using modified nexus, adopt BEPS transfer pricing rules*, MNE Tax, 21 Novembro, 2016 disponível em: <https://mnetax.com/eu-code-conduct-group-assess-eu-regimes-using-modified-nexus-adopt-beps-transfer-pricing-rules-18172>

Europeia, que procura harmonizar a documentação relativa aos preços praticados nas transações vinculadas que os grupos multinacionais devem fornecer às Administrações Fiscais. Este código previa dois tipos de documentação, o *Masterfile*, relativo ao grupo e único para todas as empresas pertencentes ao grupo e o *Country Specific* que contempla informações sobre as empresas situadas em cada Estado<sup>143</sup>.

Em 2007, a Comissão adotou uma Comunicação com base no trabalho realizado pelo FCPT no domínio dos procedimentos de resolução de litígios, com uma vertente dirigida à prevenção desses litígios, onde se incluem orientações para a aplicação dos APPT na UE.

A Comunicação 2011/16 versa, entre outros, as orientações propostas pelo FCPT sobre serviços intragrupo de reduzido valor acrescentado, que dão resposta ao problema de os recursos das Administrações Fiscais estarem a ser consumidos pelo que costumava ser um aspeto de rotina das transações intragrupo; contextualizam a natureza de certas transações relacionadas com a prestação de serviços intragrupo e propõe outras abordagens menos consumidoras de recursos para avaliar essas transações à luz do princípio de plena concorrência; abordam áreas mais específicas, como é o caso, por exemplo, dos custos com acionistas.

No período compreendido entre Julho de 2010 e Junho de 2012 o FCPT completou dois relatórios, sobre dois assuntos diferentes. Um deles analisa considerações específicas sobre preços de transferência para pequenas e médias empresas na UE (Relatório sobre Pequenas e Médias Empresas (PMEs) e Preços de Transferência), como por exemplo, as dificuldades em particular que este tipo de empresas enfrentam no que respeita à carga administrativa, sugerindo como abordá-las através de recomendações em diversas áreas e o outro aborda os ARC (Relatório sobre Acordos de Repartição de Custos em Serviços que não criam Propriedade Intangível), descrevendo as maneiras gerais de determinar se o princípio de plena concorrência foi respeitado nos ARC em serviços que não criam propriedade intangível e dando recomendações concretas para alcançar um tratamento uniforme dentro da UE. Estes dois relatórios foram incluídos na Comunicação 2012/516.

Continuando o seu trabalho incansável, entre Julho de 2012 e Janeiro de 2014 o FCPT elaborou três relatórios, todos eles encontrados na Comunicação (2014) 315. O Relatório sobre Ajustamentos Secundários, que aborda a questão no geral, faz várias recomendações no sentido de evitar a dupla tributação neste contexto e resolver litígios. Como nem todos os Estados-

---

<sup>143</sup> Cfr. ALONSO, Lourdes Golmayo, *El Foro de precios de transferencia de la Unión Europea. Trabajos en curso y expectativas. Posición española*, Cuadernos de Formación del Instituto de Estudios Fiscales, Vol. 6/20078 ps. 193-201, p. 199.

membros preveem na sua legislação os ajustamentos secundários como obrigatórios, aqueles que não o fazem são aconselhados a continuar nesse sentido. No Relatório sobre Gestão de Risco nos Preços de Transferência dá-se conta da necessidade de tanto as Administrações Fiscais como os contribuintes repartirem os recursos disponíveis para os preços de transferência eficazmente e fazem-se recomendações sobre a gestão do risco em todas as fases da análise de um arquivo de preços de transferência. O terceiro relatório, sobre ajustamentos compensatórios, fornece orientações para evitar a dupla tributação e a dupla não tributação na aplicação desses ajustamentos, consequências das diferentes práticas adotadas nos Estados-membros a esse respeito, recomendando ainda que os Estados-membros aceitem um ajustamento compensatório iniciado pelo contribuinte quando este preencha determinados requisitos.

Mais recentemente o FCPT lançou o seu Programa de Trabalho para 2015-2019, a propósito da apresentação pela Comissão do seu Plano de Ação para um sistema de tributação sobre as sociedades mais justo, que passa, entre outras medidas, por garantir uma melhoria nos trabalhos desenvolvidos na UE sobre os preços de transferência. Segundo este programa, o FCPT não se limitará a tratar as medidas BEPS, visando ainda assegurar uma cobrança de impostos eficaz e eficiente e o cumprimento das obrigações fiscais sem encargos administrativos excessivos<sup>144</sup>.

Com todo o trabalho que desenvolveu, o FCPT tem-se revelado um poderoso aliado da Comissão, auxiliando-a e aconselhando-a nas questões problemáticas dos preços de transferência, o que lhe tem permitido encontrar soluções e melhorar as práticas de preços de transferência pela UE<sup>145</sup>.

#### **4.2.1 – A Convenção de Arbitragem**

Nas situações em que estamos perante operações vinculadas, cujas partes envolvidas se encontram em ordenamentos jurídicos diferentes, o facto de as respetivas Administrações Fiscais aplicarem um tratamento fiscal diferenciado à mesma operação é provável que origine uma dupla

---

<sup>144</sup> Disponível em: [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/business/company-tax/transfer-pricing-eu-context/joint-transfer-pricing-forum\\_en](https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/transfer-pricing-eu-context/joint-transfer-pricing-forum_en)

<sup>145</sup> Cfr. European Commission, *JTPF Program Of Work 2015-2019 ("Tools For The Rules")*, Brussels, August 2015, p.2 disponível em: [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/company\\_tax/transfer\\_pricing/forum/jtpf0052015programmeofwork.pdf](https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/company_tax/transfer_pricing/forum/jtpf0052015programmeofwork.pdf)

tributação. Por esse motivo, em 1990 todos os Estados-membros da UE adotaram a Convenção de Arbitragem<sup>146</sup>, que só entrou em vigor em 1995, como forma de eliminar situações de dupla tributação. No entanto, era necessário viabilizar a sua implementação prática, aperfeiçoá-la, facto para o qual a Comissão chamou a atenção na sua comunicação intitulada “Para um mercado interno sem obstáculos fiscais – Estratégia destinada a proporcionar às empresas uma matéria coletável consolidada do imposto sobre as sociedades para as suas atividades a nível da UE”, ao dizer que “... A convenção de arbitragem deve ser melhorada e transformada num instrumento de direito comunitário ...”.

Tendo esta Convenção um papel tão importante em matéria de preços de transferência, uma vez criado o FPCT e depois das várias reuniões por ele realizadas, este apresentou o “Código de Conduta respeitante à aplicação da Convenção 90/436/CEE, relativa á eliminação da dupla tributação em caso de correção de lucros entre empresas associadas e a determinadas questões conexas com o procedimento amigável previsto nas convenções de dupla tributação celebradas entre Estados-membros”, que a Comissão integrou na sua Comunicação sobre os “Trabalhos efetuados pelo fórum conjunto de UE em matéria de preços de transferência no domínio da tributação das empresas entre Outubro de 2002 e Dezembro de 2003 e da proposta para um Código de Conduta para efetiva implementação da Convenção de Arbitragem (90/436/CEE, de 23 de Julho de 1990)”<sup>147</sup>. Este Código, criado para implementar a Convenção de Arbitragem, transformando-a num instrumento de direito comunitário e garantido a sua aplicação uniforme pelos Estados-membros da UE, foi o primeiro grande passo do FCPT no sentido de resolver os problemas inerentes aos preços de transferência.

Mais tarde, o FCPT apresentou uma proposta para a revisão do Código de Conduta para a implementação efetiva da Convenção de Arbitragem, que a Comissão integrou na sua Comunicação 2009/472. Esta necessidade de efetuar uma revisão resultou da constatação que o objetivo de três anos que havia sido estabelecido no Código de Conduta para a resolução das disputas seria difícil de alcançar, pelo que, para tal, seria necessário esclarecer algumas disposições específicas da Convenção de Arbitragem, facilitando assim a sua resolução<sup>148</sup>.

---

<sup>146</sup> A base legal da Convenção de Arbitragem é o artigo 293.º EC (que foi eliminada no decurso do TFUE) o que faz dela uma convenção multilateral internacional de direito. Cfr. PLANSKY, Patrick, *The EU Arbitration Convention*, em: LANG, Michael et al., *Introduction to European Tax Law: Direct Taxation*. Third edition. Viena: Spiramus, 2013, p. 241

<sup>147</sup> Cfr. RODRIGUES, Carlos Augusto e DIAZ, Antonio López, *Globalização, União Europeia e direito tributário: "uma análise sob a perspectiva dos preços de transferência e o princípio da não discriminação na União Europeia"*, Porto: Legis, 2008, ps. 65 e 66

<sup>148</sup> Cfr. European Commission, *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee, on the work of the EU Joint Transfer Pricing Forum in the period March 2007 to March 2009 and a related proposal for a revised Code*

Na reunião de Março de 2015 foi lançado o Relatório Final de Aperfeiçoamento do Funcionamento da Convenção de Arbitragem, do qual faz parte o Código de Conduta para a implementação efetiva da Convenção de Arbitragem, revisto. Este relatório fornece vários esclarecimentos, nomeadamente, relativamente à aplicação da Convenção naqueles casos em que não há nenhum pagamento de imposto depois de efetuado um ajustamento, ou casos de alteração do estatuto do contribuinte sujeito a dupla tributação; ao funcionamento da Convenção; às situações em que uma das entidades envolvidas é sujeita a uma “penalidade grave” pela prática das transações que originaram o ajustamento de lucros<sup>149</sup>, etc.

Estabelece o artigo 1.º, n.º 1 da Convenção que esta se aplica “sempre que, para efeitos de tributação, os lucros incluídos nos lucros de uma empresa de um Estado Contratante sejam ou possam vir a ser incluídos igualmente nos lucros de uma empresa de outro Estado Contratante pelo facto de não serem respeitados os princípios enunciados no artigo 4.º (princípio de plena concorrência) e aplicados quer diretamente quer em disposições correspondentes da legislação do Estado em causa”<sup>150</sup> (sublinhado nosso). Ou seja, as Administrações Fiscais apenas podem efetuar ajustes se estes tiverem fundamento na não observância do princípio de plena concorrência.

A nível processual, a primeira fase é a da notificação, prevista no artigo 5.º da Convenção, que determina que o Estado Contratante que pretenda efetuar um ajustamento aos lucros de uma empresa tem de a notificar da sua intenção e dar-lhe oportunidade de notificar a outra empresa associada. Se a correção não for aceite por qualquer uma das empresas, ou pelo outro Estado Contratante, prossegue-se para a fase do procedimento amigável, prevista no artigo 6.º da Convenção, na qual o Estado Contratante ao qual foi submetido o pedido de apreciação, se a reclamação lhe parecer justificada e não conseguir dar uma solução satisfatória ao problema, procurará resolver o caso por acordo amigável com a autoridade competente de qualquer outro Estado Contratante interessado. Não havendo acordo no prazo de dois anos, segue-se para a fase do procedimento arbitral, prevista no artigo 7.º da Convenção, com a constituição de uma comissão consultiva encarregue de emitir parecer sobre a forma de eliminar a dupla tributação em questão.

---

*of Conduct for the effective implementation of the Arbitration Convention (90/436/EEC of 23 July 1990)*, Brussels, 14.9.2009, par. 6 disponível em: <https://ec.europa.eu>

<sup>149</sup> Esta problemática também já havia sido abordada na primeira revisão do Código de Conduta para a implementação efetiva da Convenção de Arbitragem.

<sup>150</sup> Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu>

Como pontos fortes desta Convenção, podemos apontar a obrigação que impende sobre os Estados Contratantes de eliminar a dupla tributação e a delimitação de prazos, oferecendo assim aos contribuintes maior certeza e segurança jurídica.

Em contraste com os seus pontos fortes, existem vários inconvenientes. O primeiro prende-se com o facto de ela apenas se poder aplicar aos Estados-membros da UE. Em segundo lugar, estando a sua interpretação nas mãos dos tribunais nacionais, não se pode assegurar uma interpretação e aplicação uniforme da Convenção. Adicionalmente, assumindo a Convenção um papel importante na integração na área da tributação, o processo de ratificação pode desacelerá-la. Não elimina o pagamento de juros ou penalizações resultantes do litígio. Por fim, sendo o Código de Conduta um instrumento que não goza de força normativa, a sua efetividade na interpretação da Convenção pode ser posta em causa<sup>151</sup>.

#### 4.3 – A Diretiva (UE) 2017/1852 do Conselho

Recentemente foi criada no âmbito da UE outra diretiva que estabelece as regras relativas aos mecanismos de resolução de litígios em matéria fiscal, a Diretiva 2017/1852. Esta diretiva não visa substituir a Convenção de Arbitragem, mas sim fornecer aos contribuintes uma alternativa sem alguns dos problemas inerentes<sup>152</sup>, nomeadamente a incapacidade de garantir uma resolução eficaz dos litígios que resultem da interpretação e aplicação de acordos e convenções que preveem a eliminação da dupla tributação, em tempo útil.

O seu âmbito de aplicação subjetivo abrange todos os contribuintes sujeitos a impostos sobre o rendimento e sobre o capital abrangidos por convenções fiscais bilaterais e pela Convenção de Arbitragem<sup>153</sup>.

Antes de se poder submeter o caso a um procedimento de resolução de litígios é necessário recorrer ao procedimento por mútuo acordo, devendo a questão ficar resolvida no prazo

---

<sup>151</sup> Cfr. PLANSKY, Patrick, *The EU Arbitration Convention*, em: LANG, Michael et al., *Introduction to European Tax Law: Direct Taxation*. Third edition. Viena: Spiramus, 2013, p. 248

<sup>152</sup> Cfr. RIBEIRO, João Sérgio, *New Trends in Tax Treaty Disputes Resolution*, em RIBEIRO, João Sérgio (Ed.), *Preventing and Resolving Tax Treaties and Transfer Pricing Disputes*, Research Centre for Justice and Governance, 2018, ps. 33 a 50.

<sup>153</sup> Cfr. Conselho Europeu, *Diretiva (UE) 2017/1852 do Conselho de 10 de outubro de 2017 relativa aos mecanismos de resolução de litígios em matéria fiscal na União Europeia*, Jornal Oficial da União Europeia L 265/1 de 14.10.2017, par. 7, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/>

de dois anos, com a possibilidade de ser prorrogado por mais um ano<sup>154</sup>. Frustrando-se o procedimento por mútuo acordo, o interessado pode requerer às autoridades competentes dos Estados-membros a constituição de uma Comissão Consultiva que irá dar um parecer sobre a forma de resolver a questão litigiosa. Este parecer pode, em vez, ser dado por uma Comissão de Resolução Alternativa de Litígios, caso as autoridades competentes dos Estados-membros se decidam antes pela sua constituição. Uma vez notificado o parecer da Comissão Consultiva ou da Comissão de Resolução Alternativa de Litígios, as autoridades competentes dispõem de seis meses para chegar a acordo quanto à forma de resolver o litígio, sendo esta decisão definitiva de carácter vinculativo<sup>155</sup>.

O facto de poder ser permitida a comparência ou representação dos contribuintes na Comissão Consultiva ou na Comissão de Resolução Alternativa de Litígios, o que não acontece no âmbito do procedimento previsto na Convenção de Arbitragem, garante uma maior proteção dos seus direitos<sup>156</sup>.

#### 4.4 – Os Auxílios de Estado sob a forma fiscal

Uma vez que iremos abordar os Auxílios de Estado de carácter fiscal quando analisarmos alguns dos mecanismos utilizados pelas empresas para diminuírem a sua carga fiscal através dos preços de transferência, cumpre averiguar o seu regime no âmbito da UE.

Assumindo a concorrência (não prejudicial) entre as empresas um papel fulcral no crescimento económico, outra atitude não seria de esperar que não a sua proteção, evitando-se assim pôr em causa o normal funcionamento do mercado. A proibição da concessão de auxílios pelos Estados foi adotada nesse sentido e encontra-se prevista no TFUE, cujo art.º 107.º, n.º 1 dispõe “salvo disposição em contrário dos Tratados, são incompatíveis com o mercado interno,

---

<sup>154</sup> Cfr. Conselho Europeu, *Diretiva (UE) 2017/1852 do Conselho de 10 de outubro de 2017 relativa aos mecanismos de resolução de litígios em matéria fiscal na União Europeia*, Jornal Oficial da União Europeia L 265/1 de 14.10.2017, par. 6 e art.º 4.º, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/>

<sup>155</sup> Cfr. Conselho Europeu, *Diretiva (UE) 2017/1852 do Conselho de 10 de outubro de 2017 relativa aos mecanismos de resolução de litígios em matéria fiscal na União Europeia*, Jornal Oficial da União Europeia L 265/1 de 14.10.2017, art.º 15.º, n.º1, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/>

<sup>156</sup> Cfr. RIBEIRO, João Sérgio, *New Trends in Tax Treaty Disputes Resolution*, em RIBEIRO, João Sérgio (Ed.), *Preventing and Resolving Tax Treaties and Transfer Pricing Disputes*, Research Centre for Justice and Governance, 2018, ps. 33 a 50.

na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções”.

Foi em 1998 que o Código de Conduta reconheceu a articulação entre as medidas respeitantes à fiscalidade direta das empresas, previstas nesse código, e o regime dos Auxílios de Estado consagrado no TCE (atual TFUE), motivo pelo qual a Comissão ficou incumbida de publicar diretrizes para a aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas previstas sobre a fiscalidade direta das empresas<sup>157</sup>, o que veio a acontecer em Dezembro de 1998, com a Comunicação 98/C 384/03, aplicável aos auxílios de carácter fiscal, que pretendia esclarecer quais as medidas que se poderiam considerar auxílios estatais e as respetivas consequências<sup>158</sup>. Esta Comunicação reforçou no seu ponto 30 que a qualificação de uma medida fiscal como prejudicial nos termos do Código de Conduta não implica que não possa ser igualmente qualificada como Auxílio de Estado. Quando estamos perante esta categoria de auxílios, a avaliação da sua compatibilidade com o mercado interno tem de ser feita tendo em conta o seu efeito e consequências na base tributária dos Estados-membros.

A Comissão elaborou o relatório sobre a implementação desta Comunicação, publicado em 2004, e focou-se essencialmente em três aspetos: (i) a Comunicação como a base para o trabalho da Comissão no domínio dos auxílios fiscais; (ii) a relação entre a monitorização dos auxílios estatais e as medidas para combater a tributação prejudicial e (iii) a questão de saber se os princípios estabelecidos na Comunicação que dizem respeito apenas à tributação direta podem ser aplicados a medidas fiscais indiretas<sup>159</sup>.

Como vemos, a Comissão assume um papel fundamental na preservação do normal funcionamento do mercado interno, sendo a responsável nos termos dos n.ºs 1 e 2 do art.º 108.º do TFUE pelo exame permanente dos regimes de auxílios existentes nos Estados-membros, e verificando-se que um determinado auxílio estatal cai no âmbito do disposto no art.º 107.º, n.º 1 do TFUE, cabe-lhe decidir se o Estado que o concedeu deve suprimi-lo ou modificá-lo dentro do prazo por ela fixado. Isto aplica-se, obviamente, no domínio dos auxílios fiscais, cabendo à Comissão determinar se estamos perante um auxílio legal ou ilegal. Quando a Comissão conclui

---

<sup>157</sup> Cfr. *Código de conduta no domínio da fiscalidade das empresas*, Jornal Oficial n.º C 002 de 06/01/1998, ponto J.

<sup>158</sup> Cfr. RIBEIRO, João Sérgio, *Direito Fiscal da União Europeia: Tributação Direta*, Almedina, 2018, p. 128.

<sup>159</sup> Cfr. European Commission, *Report on the implementation of the Commission notice on the application of the state aid rules to measures relating to direct business taxation*, Brussels, 09.02.2004, par. 4

que um determinado Auxílio de Estado concedido é ilegal, pode ordenar ao Estado a recuperação do montante devido.

## 5 - As regras sobre preços de transferência vigentes em Portugal

Até agora temo-nos debruçado sobre o tratamento das questões relacionadas com preços de transferência a nível das organizações internacionais, onde os princípios da entidade separada e da plena concorrência promovidos pela OCDE parecem ser os que reúnem maior consenso internacional. Passamos agora a averiguar como é que esta matéria é tratada a nível nacional.

Desde 1964, quando o regime dos preços de transferência foi introduzido no ordenamento jurídico português, através do art.º 51-Aº do Código da Contribuição Industrial, que este tem vindo a ser alvo de uma série de modificações. Quando o CIRC entrou em vigor, esta matéria passou a ser regulada no seu art.º 57.º, não se verificando grandes alterações em relação ao previsto no outro código. Mantendo-se uma redação pouco clara e imprecisa, a Administração Tributária continuava a ter um amplo grau de liberdade para efetuar correções ao lucro tributável dos contribuintes<sup>160</sup>, o que não implicava que pudesse interpretar o disposto na norma a seu “bel-prazer”, devendo fazê-lo segundo as orientações da OCDE, e é precisamente nesse sentido que vai o Ac. do Tribunal Central Administrativo do Sul “o citado art. 57º do CIRC, embora considerado, pela doutrina, uma norma de carácter genérico, já que a lei não define o que entende por relações especiais (...), nem indica a metodologia a adoptar para determinação do preço de plena concorrência, conferindo, desse modo, à AF uma certa flexibilidade, não contém, todavia, um “cheque em branco” para a AF usar como bem entenda, nem qualquer inversão do ónus da prova, pelo que, tratando-se de uma norma de incidência, cabe à AF a prova dos pressupostos ali previstos, interpretando-a de acordo com as orientações da OCDE na matéria”<sup>161</sup>. O Decreto-Lei n.º 198/2001 veio atualizar as normas aplicáveis aos preços de transferência, que passaram a constar no art.º 58.º do CIRC, ultrapassando-se assim o problema da ampla discricionariedade da

---

<sup>160</sup> Cfr. FIGUEIREDO, Guilherme, *Das Regras sobre Preços de Transferência em Portugal*, em: TEIXEIRA, Glória, *Preços de transferência: casos práticos*, 1ª Edição, Porto: Vida Económica, 2006, p. 132

<sup>161</sup> Ac. do Tribunal Central Administrativo do Sul, Processo n.º 1572/98, de 3 de Outubro de 2000, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf>

Administração. Nos dias de hoje os preços de transferência estão consagrados numa norma antiabuso especial<sup>162</sup>, o art.º 63.º do CIRC e são regulados pela Portaria n.º 1446-C de 2001, a qual abrange, essencialmente, os métodos de determinação dos preços de transferência (arts.º 4.º a 10.º), o processo de documentação fiscal (arts.º 13.º a 16.º), os ARC e os SIG (arts.º 11.º e 12.º) e os ajustamentos correlativos dos lucros tributáveis (arts.º 17.º a 22.º).

Atendendo ao que temos vindo a reiterar, não representa grande surpresa que o nosso regime de preços de transferência esteja alinhado com as orientações elaboradas pela OCDE. Aliás, nos casos de maior complexidade técnica é a própria Portaria n.º 1446-C/2001 que remete a consulta para os relatórios da OCDE.

É no art.º 63.º n.º1 do CIRC que está plasmado o princípio de plena concorrência, segundo o qual “nas operações comerciais, incluindo, designadamente, operações ou séries de operações sobre bens, direitos ou serviços, bem como nas operações financeiras, efectuadas entre um sujeito passivo e qualquer outra entidade, sujeita ou não a IRC, com a qual esteja em situação de relações especiais, devem ser contratados, aceites e praticados termos ou condições substancialmente idênticos aos que normalmente seriam contratados, aceites e praticados entre entidades independentes em operações comparáveis”. Desrespeitado este princípio, a nossa Administração Fiscal pode proceder à correção do lucro tributável, da qual irá resultar uma liquidação adicional de IRC, onde se inclui o pagamento de juros compensatórios.

Como podemos ver, este regime aplica-se quer às operações vinculadas realizadas entre uma entidade localizada em território português e uma entidade localizada fora do nosso território (operações transfronteiriças), quer às operações vinculadas realizadas entre duas entidades localizadas em território português (operações nacionais). Ao expandir a sua aplicação às transações realizadas entre duas entidades situadas em território nacional, o nosso regime distingue-se das *Guidelines* da OCDE, dado que estas estão vocacionadas apenas para as transações transfronteiriças.

A verdade é que apesar de grande parte dos esquemas de evasão respeitantes aos preços de transferência se desenvolverem a nível internacional, estes também podem ocorrer a nível nacional, bastando para isso que no mesmo ordenamento jurídico se prevejam, por exemplo, taxas de tributação diferentes, dependendo da sua localização. Com isto em mente, o legislador

---

<sup>162</sup> As normas antiabuso funcionam como meios de reacção aos comportamentos evasivos e fraudulentos dos contribuintes e podem classificar-se em: norma geral antiabuso, prevista no art.º 38.º, n.º2 LGT e normas especiais antiabuso, como é o caso do art. 63.º do CIRC. A norma geral antiabuso apenas se aplica nas situações em que o comportamento evasivo não cai no âmbito de aplicação de umas das normas antiabuso especiais. Assim, as questões de “substância sobre a forma” devem ser tratadas ao abrigo desta norma.

português procurou acautelar estas situações. É o que acontece na Zona Franca da Madeira (para as entidades lá licenciadas) e na Região Autónoma dos Açores, que têm taxas de tributação sobre o rendimento mais baixas que o Continente. As empresas que exerçam atividade em territórios do interior gozam de um benefício fiscal, o “benefício fiscal à interioridade”, previsto no art. 41.º-B do EBF para combater a desertificação e desenvolver o interior. Em determinados setores de atividade aplica-se uma isenção (total ou parcial) do imposto sobre os lucros, pelo que também aqui as empresas podem tirar partido para reduzir a sua carga fiscal<sup>163</sup>.

### 5.1 - Os métodos para determinação do preço de plena concorrência

No que respeita aos métodos de determinação do preço de plena concorrência, o nosso regime também segue a metodologia prevista nas *Guidelines*, consagrando os métodos tradicionais baseados nas operações no art.º 63.º, n.º3 al. a) do CIRC e na sua al. b) os métodos baseados no lucro da operação. Esta última prevê ainda a possibilidade de se utilizarem outros métodos, desde que estes se revelem adequados a obter um preço de plena concorrência.

O n.º2 do art.º 63.º do CIRC, através do princípio da comparabilidade<sup>164</sup>, visa estabelecer um regime de recurso obrigatório ao método mais apropriado para cada operação quando nos diz que “o sujeito passivo deve adoptar...o método ou métodos susceptíveis de assegurar o mais elevado grau de comparabilidade entre as operações ou séries de operações que efectua e outras substancialmente idênticas, em situações normais de mercado ou de ausência de relações especiais...”, no entanto, ao contrário do que se verifica nas *Guidelines* da OCDE, que instituem o MPC como o método preferencial, o legislador português não definiu uma hierarquia estrita de aplicação destes métodos, embora manifeste preferência no emprego dos métodos tradicionais baseados nas operações<sup>165</sup> em detrimento dos métodos baseados no lucro da operação, ao estipular que estes últimos devem ser usados quando os primeiros não possam ser aplicados ou,

---

<sup>163</sup> Cfr. NAVE, João Martins, *A legislação Portuguesa de preços de transferência*, Jornal de Negócios, Abril de 2007, p. 2 disponível em: <https://www.pwc.pt/pt/fiscalidade/artigos/imagens/tp/2007/artigo-legislacao-portuguesa-jmn-abr-07.pdf>

<sup>164</sup> Este princípio sugere o confronto do preço praticado entre empresas nas suas operações vinculadas e o preço praticado (ou que seria praticado) entre empresas independentes. Cfr. Decisão Arbitral do CAAD, Processo n.º 300/2013-T, de 29 de Setembro de 2014, disponível em: <https://caad.org.pt/tributario/decisoaes/>

<sup>165</sup> FIGUEIREDO, Guilherme, *Preços de Transferência e activos incorpóreos: que futuro para Portugal?*, em TEIXEIRA, Glória (Coord.), *Preços de transferência - Casos Práticos*, Porto, Vida económica, 2006, ps. 127 a 198

podendo sê-lo, não se mostrem apropriados para determinar os termos e condições que entidades independentes normalmente acordariam entre si.

Estamos perante operações comparáveis quando inexistam diferenças entre elas ou entre as partes suscetíveis de influenciar de forma significativa os termos e condições que se praticariam numa situação normal de mercado, ou existindo essas diferenças, possam ser efetuados ajustamentos suficientemente precisos que eliminem os seus efeitos materiais<sup>166</sup>.

Já tínhamos concluído, no âmbito da nossa abordagem à metodologia promovida pela OCDE que os métodos baseados nas operações exigem a recolha de muita informação sobre entidades independentes, recolha essa que se pode revelar extremamente difícil. Tal motivou o legislador português a atribuir aos contribuintes a possibilidade de confirmarem os valores obtidos com a aplicação de um método, através da aplicação de outros métodos, de forma isolada ou combinada<sup>167</sup>.

O art.º 5.º da Portaria 1446-C/2001 elenca os fatores de comparabilidade, também já desenvolvidos quando tratamos os preços de transferência no contexto da OCDE e que passamos a relembrar: (i) as características dos bens e serviços transacionados; (ii) as funções desempenhadas por cada uma das partes na operação, devendo ser tomados em consideração os riscos assumidos e os ativos utilizados; (iii) os termos e condições contratuais; (iv) as circunstâncias económicas prevaletentes das partes e do mercado no qual as partes operam e (v) as estratégias empresariais. Numa disposição mais genérica, este artigo admite ainda como fator de comparabilidade outras características que possam ser relevantes quanto à operação em causa ou às empresas envolvidas.

## 5.2 - O conceito de relações especiais

O princípio de plena concorrência adotado no n.º1 do art.º 63 do CIRC deve ser observado sempre que um sujeito passivo realize uma operação com uma entidade com a qual esteja em situação de relações especiais. Mas o que se entende, afinal, por “relações especiais”? Dispõe o n.º4 do mesmo artigo que “considera-se que existem relações especiais entre duas entidades nas

---

<sup>166</sup> Cfr. Artigo 4.º, n.º 3 da Portaria n.º 1446-C/2001

<sup>167</sup> Cfr. MARTINS, António, *A tributação e os preços de transferência: estudo de caso de aplicação do método da margem líquida das operações*, Boletim de Ciências Económicas LVIII (2015), Coimbra, p. 20

situações em que uma tem o poder de exercer, directa ou indirectamente, uma influência significativa nas decisões de gestão da outra...”. Por se tratar de uma definição tão abstrata, que certamente acarretaria dificuldades na aplicação deste conceito, o legislador estabeleceu uma presunção legal, num rol exemplificativo, ou seja, verificando-se uma das situações elencadas, presume-se que estamos perante entidades entre as quais existem relações especiais.

Essas situações correspondem, designadamente, a casos de subordinação, de vínculos familiares que se manifestam na estrutura societária (cônjuges, ascendentes e descendentes) e na composição dos órgãos sociais (cônjuges, unidos de facto e parentes em linha reta), de existência de financiamentos, de operações com uma entidade sujeita a um regime fiscal claramente mais favorável, etc. Para se aferir da sua existência torna-se necessário realizar o teste de influência e examinar-se a relação jurídica em causa<sup>168</sup>.

A definição de “relações especiais” do nosso ordenamento jurídico é mais ampla do que aquela que encontramos no art.º 9.º, n.º 1 da CMOCD. Desde logo, enquanto o art. 9.º, n.º 1 al. a) apenas se refere à participação na direção, no controle ou no capital entre empresas, o legislador português procurou esclarecer estes conceitos, correspondendo o conceito de participação a 20% do capital e o conceito de controlo a 20% dos direitos de voto, além de não limitar a sua aplicação a empresas, mas também a pessoas individuais. Em relação à al. b) além de voltar a esclarecer os conceitos de participação e de controle nos mesmos termos acima referidos, clarifica ainda que o conceito de direção abrange as situações em que os órgãos sociais, de administração, direção, gerência ou fiscalização das duas empresas em causa sejam compostos, na sua maioria, pelas mesmas pessoas, ou por pessoas com elas ligadas por casamento, união de facto legalmente reconhecida ou parentesco em linha reta ou em que as entidades estão ligados, por exemplo, por contrato de subordinação<sup>169</sup>.

### 5.3 - Os ajustamentos correlativos

A necessidade de serem efetuados ajustamentos correlativos no lucro tributável de uma determinada entidade situada num Estado Contratante, quando a Administração Fiscal de outro

---

<sup>168</sup> Cfr. RODRIGUES, Abílio et al, *Lexit – Códigos Anotados & Comentados – Rendimento: Tributação e Incentivos, Edição 2018*, O Informador Fiscal (OIF) – Edições Técnicas, Lda., ps. 554 e 555.

<sup>169</sup> Cfr. ALMEIDA, Ana Afonso de et al., coord. João Taborda Gama, *Cadernos preços de transferência*, Coimbra: Almedina, 2013, p. 190

Estado Contratante efetua correções ao lucro tributável de outra entidade relacionada que com ela realizou a operação cujo preço se afasta do de plena concorrência, está prevista no art.º 9.º, n.º 2 da CMOCD. Deste modo, se uma empresa situada em território português efetuar uma operação com uma entidade relacionada situada noutra Estado, e posteriormente essa entidade vir o seu resultado fiscal corrigido, a Direção-Geral dos Impostos pode proceder a um ajustamento correlativo, ao abrigo do n.º 12 do art.º 63.º do CIRC.

Se as entidades relacionadas forem ambas residentes em território português e a Direção-Geral dos Impostos proceder à correção do lucro tributável de uma delas, o correspondente ajustamento correlativo é realizado ao abrigo do n.º 11 do art.º 63.º do CIRC.

Quando o sujeito passivo pretenda que a Administração Fiscal proceda a um ajustamento correlativo ao abrigo do art.º 63.º, n.º 12 do CIRC deve apresentar ao diretor-geral dos Impostos um pedido de revisão da sua situação tributária, pedido esse que deve ser fundamentado com base nas correções ao resultado fiscal de entidades com as quais ele se encontre numa situação de relações especiais. O pedido de revisão não está sujeito a formalidades essenciais e deve ser apresentado nos termos e no prazo previstos na convenção ao caso aplicável<sup>170</sup>.

Deferido o pedido de revisão, se depois de efetuada a revisão e de consultar com as autoridades fiscais competentes do outro Estado Contratante, a Direção-Geral dos Impostos concordar com o ajustamento primário por elas efetuado e decidir que há lugar a um ajustamento correlativo, deve a ele proceder no prazo de 120 dias a contar da data do acordo obtido com as autoridades do outro Estado Contratante<sup>171</sup>.

Tratando-se de um ajustamento correlativo nos termos do art.º 63.º, n.º 11 do CIRC, dispõe o art.º 20.º, n.º 1 da Portaria n.º 1446-C/2001 que a Direção-Geral dos Impostos deve proceder ao ajustamento correlativo no prazo de 180 dias contados a partir da data em que teve conhecimento do trânsito da decisão de efetuar as correções do lucro tributável da outra entidade relacionada.

Concluindo-se (ou não) pela aplicação do ajustamento correlativo, deve o sujeito passivo ser notificado da decisão e aquele deve ser feito no exercício fiscal a que respeita a operação vinculada. Efetuado o ajustamento correlativo, a Direção-Geral dos Impostos dispõe do prazo de 90 dias para reembolsar o sujeito passivo, caso lhe seja devido algum imposto<sup>172</sup>.

---

<sup>170</sup> Cfr. Artigo 18.º da Portaria n.º 1446-C/2001

<sup>171</sup> Cfr. Artigo 20.º, n.º 2 da Portaria n.º 1446-C/2001

<sup>172</sup> Cfr. Artigos 21.º e 22.º da Portaria n.º 1446-C/2001

Aquando a abordagem à OCDE, para além dos ajustamentos primários e correlativos, havíamos também falado dos ajustamentos secundários e compensatórios, no entanto, estes últimos não estão previstos na nossa legislação.

#### 5.4 – Cumprimento das obrigações acessórias

Em matéria de preços de transferência, para além da obrigação de respeitar o princípio de plena concorrência nas suas operações vinculadas, impendem ainda sobre o contribuinte uma série de obrigações acessórias.

Em termos documentais, o art.º 63.º n.º 6 do CIRC impõe aos sujeitos passivos que no exercício anterior tenham obtido um valor de vendas líquidas e outros proveitos igual ou superior a € 3.000.000 a obrigação de “manter organizada, nos termos estatuídos para o processo de documentação fiscal a que se refere o artigo 130.º, a documentação respeitante à política adoptada em matéria de preços de transferência, incluindo as directrizes ou instruções relativas à sua aplicação, os contratos e outros actos jurídicos celebrados com entidades que com ele estão em situação de relações especiais, com as modificações que ocorram e com informação sobre o respectivo cumprimento, a documentação e informação relativa àquelas entidades e bem assim às empresas e aos bens ou serviços usados como termo de comparação, as análises funcionais e financeiras e os dados sectoriais, e demais informação e elementos que tomou em consideração para a determinação dos termos e condições normalmente acordados, aceites ou praticados entre entidades independentes e para a selecção do método ou métodos utilizados.” Esta documentação, que integra o Dossier Fiscal, deve ser preparada até ao 15.º dia do 7.º mês posterior à data do termo do exercício fiscal a que respeitam as operações, mas os sujeitos passivos apenas procederão à sua entrega após serem notificados para o efeito<sup>173</sup>.

De acordo com o art.º 130.º do CIRC, que regula o processo de documentação fiscal, os sujeitos passivos são obrigados a manter por um período de 10 anos a documentação fiscal relativa a cada período de tributação. É esta a regra que se aplica aos elementos que os contribuintes devem obter ou gerar ao abrigo dos arts.º 14.º, 15.º e 16.º da Portaria n.º 1446-

---

<sup>173</sup> Cfr. Artigos 121.º, n.º 3 e 130.º, n.º 4 do CIRC.

C/2001<sup>174</sup>. O art.º 14.º enuncia os elementos informativos que devem constar da documentação respeitante à política adotada na determinação dos preços de transferência. Por seu lado, no art.º 15.º estão elencados os documentos que devem servir de suporte à informação relevante. Do art.º 16.º consta a lista dos elementos informativos que devem estar presentes na documentação relativa aos ARC e aos SIG.

Em termos declarativos, sempre que em operações vinculadas com entidades não residentes o princípio de plena concorrência não seja respeitado, deve o sujeito passivo proceder às necessárias correções positivas na determinação do lucro tributável, pelo montante correspondente aos efeitos fiscais imputáveis a essa inobservância<sup>175</sup>. Cabe-lhe ainda indicar, na declaração anual de informação contabilística e fiscal, se nesse período de tributação se efetuaram ou não operações com entidades relacionadas. Em caso afirmativo, o contribuinte tem ainda de identificar as entidades em causa, identificar o volume dos negócios em causa, e declarar que organizou e mantém a documentação relativa aos preços de transferência estabelecidos<sup>176</sup>.

O *Country-by-Country report*, que iremos analisar no âmbito do Plano BEPS, apenas se aplica às grandes empresas multinacionais e tem como objetivo fornecer várias informações a nível de cada jurisdição. Por esta razão, se um grupo multinacional atingir um total de rendimentos consolidados, no período de tributação anterior, igual ou superior a 750 milhões de euros, a sua empresa-mãe final é obrigada a apresentar declaração de informação financeira e fiscal por país ou jurisdição fiscal relativa às entidades que constituem o grupo. Contudo, ainda que a empresa-mãe não seja residente em território português, há situações em que uma sua entidade constituinte situada no nosso território se pode ver obrigada a apresentar a referida declaração, nomeadamente quando: (i) seja detida direta ou indiretamente por entidades não residentes que não estejam obrigadas à apresentação do *Country-by-Country report*; (ii) não obstante existir um acordo internacional entre Portugal e o Estado onde a empresa-mãe é residente, não vigore um acordo qualificado entre as autoridades competentes no prazo previsto para a apresentação do *Country-by-Country report*; ou (iii) se verifique a existência de uma falha sistémica<sup>177</sup> da jurisdição

---

<sup>174</sup> FIGUEIREDO, Guilherme, *Preços de Transferência e activos incorpóreos: que futuro para Portugal?*, em TEIXEIRA, Glória (Coord.), *Preços de transferência - Casos Práticos*, Porto, Vida económica, 2006, ps. 127 a 198

<sup>175</sup> Cfr. Artigo 63.º, n.º 8 do CIRC.

<sup>176</sup> Cfr. Artigo 63.º, n.º 7 do CIRC.

<sup>177</sup> Considera-se falha sistémica o facto de numa jurisdição vigorar um acordo qualificado com as autoridades competentes, mas de aí ter sido suspensa a troca automática, por razões diferentes das previstas nos termos desse acordo, ou de a jurisdição ter de outro modo deixado de fornecer automaticamente, de forma persistente, declarações por país na sua posse relativas a grupos de empresas multinacionais com entidades

de residência fiscal da empresa-mãe final indicada como declarante à Administração Fiscal<sup>178</sup>. Verificando-se qualquer uma das três referidas situações, se o grupo multinacional tiver designado uma entidade sua constituinte residente noutra Estado-membro da UE para apresentar o *Country-by-Country report*, comunicando à Autoridade Tributária e Aduaneira que essa apresentação se destina a satisfazer o requisito de apresentação de todas as entidades constituintes do grupo que sejam residentes para efeitos fiscais na UE, a entidade residente em Portugal fica dispensada dessa obrigação<sup>179</sup>. Existirá igualmente essa dispensa ocorrendo um dos casos previstos no n.º 9 do art.º 121.º-A do CIRC.

Nos termos dos n.ºs 3 e 4 do referido artigo, esta declaração deve ser apresentada no prazo de 12 meses a contar do último dia do período de relato do grupo multinacional de empresas. Se uma entidade residente em território português for constituinte de um grupo multinacional no qual uma das suas entidades está sujeita à entrega desta declaração, deve comunicar eletronicamente se é ela a entidade declarante, e não o sendo, deve identificar a entidade declarante e a respetiva residência fiscal.

Pelo exposto, o legislador português foi fiel às recomendações do Relatório da Ação 13 (do Plano BEPS) aplicáveis ao *Country-by-Country report*.

Quanto à sanção a aplicar nos casos em que os contribuintes não procedam à entrega da documentação respeitante à política adotada em matéria de preços de transferência nem do *Country-by-Country report* dentro do prazo, o art.º 117.º do RGIT prevê uma coima entre os montantes de 500 e 10.000 euros, à qual acrescem 5 pontos percentuais por cada dia de atraso no cumprimento desta obrigação. Esta é na verdade a única sanção específica aplicável em matéria de preços de transferência, não estando prevista nenhuma penalização naquelas situações em que a Administração Fiscal tem de proceder a correções no lucro tributável do contribuinte, por este não ter praticado nas operações vinculadas que realizou um preço de plena concorrência. A ausência de um regime sancionatório específico para estas situações pode constituir um incentivo à manipulação dos preços de transferência, pelo que entendemos ser oportuna a previsão de sanções aplicáveis àqueles casos em que se conclui que o único objetivo subjacente à estipulação de condições desconformes com o princípio de plena concorrência é a obtenção de vantagens fiscais. A finalidade exclusiva de conseguir uma poupança fiscal é um

---

constituintes residentes em território português ou que exerçam atividades através de estabelecimentos estáveis situados neste território. Cfr. Artigo 121.º-A, n.º 10, al. i) do CIRC.

<sup>178</sup> Cfr. Artigo 121.º-A, n.ºs 1 e 2 do CIRC.

<sup>179</sup> Cfr. Artigo 121.º-A, n.º 8 do CIRC.

pressuposto fundamental para a aplicação de uma sanção, pois, como já constatamos, não só a determinação do preço de plena concorrência pode revelar-se complexa em determinadas situações, como há outros fatores, que não razões fiscais, que podem motivar as empresas a fixar um preço desconforme com o princípio plena concorrência, pelo que nestes casos poderá ser injusta a penalização.

## 5.5 – O ónus da prova

A regra do ónus da prova em Direito Fiscal está prevista no artigo 74º n. º1 da LGT, que estabelece que o ónus da prova dos factos constitutivos dos direitos da administração tributária ou dos contribuintes recai sobre quem os invoque. Ou seja, este ónus cabe a quem alega, existindo um dever de comprovar o facto. Por este motivo, em matéria de preços de transferência, quando se efetuam correções ao lucro tributável dos contribuintes, é à Administração Fiscal que compete demonstrar: (i) a existência de relações especiais; (ii) que os termos e condições das operações realizadas entre as entidades relacionadas não respeitam o princípio de plena concorrência; (iii) que esse afastamento do princípio de plena concorrência se deve à existência das relações especiais; (iv) por se terem acordado condições diferentes das que se verificariam entre entidades independentes, o resultado fiscal também se revelou diferente. Quanto ao contribuinte, como referimos supra a propósito das obrigações declarativas e documentais, este tem de indicar, na declaração anual de informação contabilística e fiscal, se nesse período de tributação existiram ou não operações com entidades com as quais ele se encontra em situação de relações especiais, sendo obrigatório identificar certos elementos no caso de as referidas operações se terem realizado. Compete-lhe também preparar um dossier fiscal respeitante à política adotada em matéria de preços de transferência. Com o incumprimento estas obrigações ocorrerá uma inversão do ónus da prova, o que significa que nestes casos a Administração Fiscal não tem de demonstrar os elementos que indicamos, recaindo sobre o contribuinte a obrigação de demonstrar que nas suas operações vinculadas o princípio de plena concorrência foi respeitado<sup>180</sup>.

---

<sup>180</sup> Cfr. PIRES, Joaquim António R., *Os Preços de Transferência*, Vida Económica – Editorial S.A., 2006, ps. 29 e 30

## 5.6 – O regime aplicável aos APPT

Já abordamos esta temática no âmbito da OCDE, cumpre ver agora como funcionam os APPT a nível nacional.

Após inúmeras críticas por parte da doutrina em relação à inexistência de disposições, na legislação regulamentadora dos preços de transferência, que previssem a possibilidade de celebrar APPT, eis que em 2008 é introduzido no CIRC, através do artigo 128.º -A, regras para a celebração de acordos prévios de preços de transferência, estando esta matéria também regulamentada na Portaria n.º 620-A/2008. A regulamentação desta matéria teve por base as Guidelines da OCDE, que assumem sempre um papel fulcral quando o assunto são os preços de transferência, as Diretrizes da UE de 2007, bem como a experiência de países que não se podiam considerar novatos nesta prática<sup>181</sup>.

Atualmente esta matéria encontra-se regulado no artigo 138.º do CIRC, dispondo o seu n.º1 que “os sujeitos passivos podem solicitar à Direcção-Geral dos Impostos, para efeitos do disposto no artigo 63.º do Código do IRC, a celebração de um acordo que tenha por objeto estabelecer, com carácter prévio, o método ou métodos suscetíveis de assegurar a determinação dos termos e condições que seriam normalmente acordados, aceites ou praticados entre entidades independentes nas operações comerciais e financeiras, incluindo as prestações de serviços intragrupo e os acordos de partilha de custos, efectuadas com entidades com as quais estejam em situação de relações especiais ou em operações realizadas entre a sede e os estabelecimentos estáveis”. A proposta de acordo prévio é dirigida ao diretor-geral dos Impostos devendo ser subscrita pelas entidades intervenientes nas operações abrangidas e conter, entre outros, a descrição das operações abrangidas pela proposta, a duração do acordo, a apresentação dos métodos de determinação dos preços de transferência a utilizar nas operações abrangidas pelo acordo, etc<sup>182</sup>.

O procedimento de negociação e elaboração dos APPT baseia-se nas diretrizes apresentadas pelo Fórum Conjunto da UE sobre Preços de Transferência. Segundo o que consta na Portaria n.º 620-A/2008, são cinco as fases deste processo: preliminar, apresentação da proposta de acordo prévio, apreciação da proposta, negociação com as autoridades competentes

---

<sup>181</sup> Cfr. PALMA, Clotilde, *A introdução dos acordos prévios de preços de transferência na legislação fiscal portuguesa*, Fiscalidade, TOC 103 – Outubro 2008, ps. 51 e 52.

<sup>182</sup> Cfr. Artigo 5.º e Anexo I da Portaria n.º 620-A/2008.

de outros Estados (se estivermos perante um APPT bilateral ou multilateral) e conclusão do acordo prévio.

Na fase preliminar deve ser solicitada ao dirigente da Direcção de Serviços de Inspeção Tributária, por parte dos sujeitos passivos uma avaliação preliminar dos termos e condições em que o acordo pode ser celebrado e sobre os seus efeitos. É nesta fase que se vai avaliar se o acordo é possível e se se revela adequado para o efeito pretendido. É possível levar a cabo o procedimento de negociação e elaboração de um APPT sem a realização desta fase, nomeadamente quando a DGCI não se tenha pronunciado expressamente decorridos 60 dias desde a data de apresentação do pedido de avaliação preliminar<sup>183</sup>.

A fase de apresentação da proposta de acordo prévio é composta pela sua remissão para a Direcção de Serviços de Inspeção Tributária dos Serviços Centrais da DGCI até 180 dias antes do início do primeiro exercício abrangido pelo acordo. Recebida a proposta, os referidos serviços dispõe de um prazo de 60 dias para comunicar ao sujeito passivo a aceitação ou a recusa da proposta, recusa essa que deve ser fundamentada<sup>184</sup>.

Havendo aceitação da proposta segue-se a fase da apreciação da proposta, na qual se procede à análise dos elementos fornecidos pelo sujeito passivo, referidos no Anexo I da Portaria n.º 620-A/2008. Se estivermos perante um APPT unilateral, o prazo para o procedimento de avaliação é de 180 dias a contar da data da aceitação formal da proposta pela DGCI, por sua vez, tratando-se de um APPT bilateral/multilateral, o prazo é o dobro, ou seja, 360 dias<sup>185</sup>.

Como referimos, se o APPT for de natureza bilateral ou multilateral há uma fase destinada à negociação com as autoridades competentes de outros Estados. Nesta fase, o resultado da avaliação efetuada é enviado à Direcção de Serviços das Relações Internacionais, de modo a dar conhecimento às autoridades competentes dos Estados envolvidos. Caso estas não concordem com a proposta, o procedimento amigável é encerrado e o proponente é informado pela DGCI da decisão tomada<sup>186</sup>.

Chegados à fase da conclusão do acordo, tratando-se de um APPT unilateral a Direcção de Serviços de Inspeção Tributária submete o projeto de texto do acordo ao dirigente máximo do serviço. Se este estiver de acordo, a decisão será comunicada ao sujeito passivo, por carta, para que nela seja aposta uma declaração de aceitação do acordo. Se estivermos perante um APPT

---

<sup>183</sup> Cfr. Artigo 4.º da Portaria n.º 620-A/2008.

<sup>184</sup> Cfr. Artigo 5.º da Portaria n.º 620-A/2008.

<sup>185</sup> Cfr. Artigos 7.º e 10.º da Portaria n.º 620-A/2008.

<sup>186</sup> Cfr. Artigo 9.º da Portaria n.º 620-A/2008.

bilateral/multilateral, o projeto de texto de acordo só é submetido ao dirigente máximo do serviço após a DGCI alcançar um acordo com as outras autoridades competentes envolvidas<sup>187</sup>. O acordo entrará em vigor na data nele prevista, retroagindo os seus efeitos àquela data e a sua duração não pode ultrapassar os 3 anos. A lei prevê ainda a possibilidade de o sujeito passivo proceder à renovação do acordo, por um período idêntico, desde que tal seja solicitado nos seis meses antecedentes ao término da sua vigência.

O início do primeiro procedimento de negociação e elaboração de um APPT em Portugal remonta a Fevereiro de 2010 e apesar de ter natureza unilateral, a conclusão do mesmo foi extremamente demorada. Ultrapassada a fase de maior inexperiência, o tempo médio de negociação entre a autoridade tributária e os sujeitos passivos tem sido um pouco inferior a 12 meses. Claro que nem todos os pedidos se veem concluídos, havendo muitos que são rejeitados na fase preliminar, seja por a autoridade competente entender que atendendo à matéria em causa não será possível chegar a um entendimento consensual entre as partes ou por existir uma posição formal e oficial da autoridade tributária e aduaneira sobre a mesma<sup>188</sup>.

A verdade é que Portugal reconhece a importância deste mecanismo, prova disso reside no facto de o Plano Estratégico de Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras 2012-2014 ter estipulado como medida o aumento do número de técnicos afetos à equipa de preços de transferência na unidade que negocia os APPT, e o Plano Estratégico de Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras 2015-2017 ter proposto como medida, no âmbito da promoção o cumprimento voluntário das obrigações declarativas, a intensificação da utilização de Acordos Prévios de Preços de Transferência, de modo a assegurar a previsibilidade no tratamento fiscal dado a determinadas operações no seio dos grupos económicos.

Uma das vantagens que nos trouxe a possibilidade de celebrar APPT prende-se com a captação de investimentos, bem como a sua manutenção, como aconteceu com o setor automóvel. Além desta, passamos a beneficiar de todas as vantagens já enumeradas aquando o tratamento do tema a nível da OCDE.

Quanto às desvantagens, havíamos referido a possibilidade de haver uma utilização abusiva das informações fornecidas pelos sujeitos passivos, no entanto, o nosso ordenamento acautela esse risco, uma vez que o n.º 5 do artigo 138.º do CIRC prevê que “as informações

---

<sup>187</sup> Cfr. Artigo 11.º da Portaria n.º 620-A/2008.

<sup>188</sup> Cfr. ALMEIDA, Ana Afonso de ... [et al.]; coord. GAMA, João Taborada, *Cadernos preços de transferência*, Coimbra: Almedina, 2013, ps. 201 e 210

transmitidas pelo sujeito passivo no processo de negociação estão protegidas pelo dever de sigilo fiscal”.

## **6 – O regime dos preços de transferência noutros ordenamentos jurídicos**

Representando os preços de transferência um problema de dimensão internacional que afeta diversos Estados, principalmente ao nível da erosão das suas receitas tributárias, com todas as consequências que lhes são inerentes, é natural que estes adotem a nível interno disposições que lhes permitam dar conta, pelo menos em parte, deste flagelo, preservando as suas bases tributárias. Tal como verificamos aquando da análise do regime português aplicável aos preços de transferência, muitos são os Estados que se guiaram pelas soluções apresentadas pela OCDE para elaboraram a sua legislação nacional em sede de preços de transferência. Enquanto uns procuram não se afastar muita das orientações da OCDE, outros procuram ir um pouco além delas, mas independentemente da posição adotada, cada regime tem as suas especificidades, pelo que nos pareceu pertinente averiguar algumas das regras em vigor noutros ordenamentos jurídicos, designadamente, o espanhol e o brasileiro, por representarem bem essas duas realidades.

### **6.1 – A regulação dos preços de transferência em Espanha**

Em Espanha, o conceito de operações vinculadas foi introduzido em 1978 no art.º 16.º da LIS, nos termos do qual a valoração das operações entre entidades vinculadas deveria ser realizada em conformidade com os preços de que seriam acordados em condições normais de mercado entre entidades independentes. A valoração das operações era efetuada com base nos métodos indiciários previstos no art.º 169.º do RIS, que resultava muitas vezes desconforme com o princípio de plena concorrência. Outro problema associado a este regime decorria de este prever apenas um ajustamento unilateral para as situações em que se mostrava necessário efetuar correções à matéria tributável das entidades relacionadas. As regras aplicáveis às operações vinculadas surgiram em 1982 pelo art.º 39.º do RIS. Foi em 1995 que entrou em vigor uma nova

LIS, que alterou o art.º 16.º, nomeadamente em relação ao modo de determinar a base tributável do imposto. Quanto aos métodos a utilizar para obter o valor de mercado, o n.º 3 do referido artigo definia que o seu cálculo devia ser feito através da determinação do preço de mercado do bem ou serviço em questão, demonstrando uma clara preferência pelo MPC, e apontando o MCM e o MPRM como métodos suplementares<sup>189</sup>. Além dos métodos de determinação dos preços de transferência, a LIS de 95 incorporou no ordenamento jurídico espanhol os APPT e os ajustamentos bilaterais ou correlativos<sup>190</sup>.

A maior alteração ao art.º 16.º deu-se no seguimento da aprovação da Lei 36/2006, de 29 de Novembro, de Medida para a Prevenção da Fraude Fiscal. O objetivo das alterações efetuadas era o de adotar as medidas que tinham vindo a ganhar aceitação e força no contexto internacional, nomeadamente as *Guidelines* da OCDE e as do Fórum Conjunto sobre Preços de Transferência, do modo a uniformizar a atuação das autoridades fiscais espanholas com as de outros países<sup>191</sup>. De entre as modificações introduzidas por esta reforma, salientamos o impulsionamento dos mecanismos de colaboração dos contribuintes com a Administração Fiscal, através da obrigação que impende sobre os primeiros de documentarem todo o *iter* que lhes possibilitou determinar o preço de plena concorrência aplicável às operações vinculadas em que são partes, dotando este sistema de maior segurança jurídica, uma vez que se crê que a sua falta havia contribuído para o desvio de investimento de grupos multinacionais para outros países<sup>192</sup>; a fixação de três métodos principais para determinar os preços de transferência e dois complementares; a possibilidade de as operações vinculadas poderem ser valoradas pela Administração Fiscal previamente à sua realização e a aplicação de sanções em caso de incumprimento das obrigações de documentação.

Atualmente, na sequência da entrada em vigor da Lei 27/2014, de 27 de Novembro, o regime aplicável aos preços de transferência encontra-se plasmado no art.º 18.º da LIS sob a

---

<sup>189</sup> Cfr. ODRIÓZOLA, Luis Ignacio Fadón e HERVÁS, Manuel Martínez, *Los precios de transferencia y las actas con acuerdo*, Cuadernos de Formación del Instituto de Estudios Fiscales, Vol. 4/2007, ps. 71-93.

<sup>190</sup> A alteração efetuada ao art.º 16.º pela Lei 18/1991 já previa um ajustamento bilateral, no entanto, entendia-se existir no âmbito deste ajustamento um carácter sancionatório, pois o mecanismo de ajuste bilateral só era permitido quando este procedia dos contribuintes e não nas situações de atuação da Administração Fiscal. Cfr. GUTIÉRREZ, Eva Escudero e LOUSA, Manuel Gutiérrez, *Algunas consideraciones sobre la regulación de los precios de transferencia. Especial consideración de los métodos de valoración*, Cuadernos de Formación del Instituto de Estudios Fiscales, Vol. 11/2010, ps. 89-132.

<sup>191</sup> Cfr. ROMEO, Margarita Giménez, *Nuevo artículo 16 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades*, Cuadernos de Formación del Instituto de Estudios Fiscales, Vol. 6/2008, ps. 179-191

<sup>192</sup> Cfr. SOUSA, Helena Evangelista e, *O contributo da OCDE para a disciplina dos Preços de Transferência*, em: TEIXEIRA, Glória (coord.), *Preços de transferência: casos práticos*, 1ª Edição, Porto: Vida Económica, 2006, p. 207

epígrafe “*Operaciones vinculadas*” e nos arts.º 13.º a 36.º da RIS, que regulam as obrigações documentais, as regras de valoração e o procedimento de verificação de operações vinculadas, incluindo as relativas aos ARC, e o procedimento de celebração dos APPT.

A existência de orientação administrativa interna sobre as questões mais importantes relacionadas com a aplicação prática do regime de preços de transferência é bastante escassa, sendo a interpretação das normas que o compõem feita de acordo com as *Guidelines* da OCDE e as recomendações do Fórum Conjunto sobre Preços de Transferência, tal como dispõe a Declaração Explicativa da LIS<sup>193</sup>.

### 6.1.1 – A valoração das operações vinculadas

Uma vez que o atual regime espanhol de preços de transferência foi adotado tendo em vista a sua harmonização com as orientações apresentadas pela OCDE, o princípio de plena concorrência não podia deixar de ser consagrado, o que acontece no n.º 1 do art.º 18.º da LIS ao estipular que “as operações efetuadas entre pessoas ou entidades vinculadas serão valoradas de acordo com o seu valor de mercado. Entender-se-á por valor de mercado aquele que seria acordado por pessoas ou entidades independentes em condições que respeitem o princípio de plena concorrência”. Similarmente ao que acontece com o regime português, também o espanhol se aplica às operações nacionais e às operações transfronteiriças, tendo como sujeitos passivos os contribuintes sujeitos ao imposto sobre o rendimento das sociedades que praticam operações com entidades vinculadas. Caso as condições das transações vinculadas sujeitas ao imposto sobre o rendimento das sociedades, ao imposto sobre o rendimento das pessoas físicas e ao imposto sobre o rendimento dos não residentes, sejam desconformes com o princípio de plena concorrência, a Administração Fiscal espanhola pode efetuar as correções necessárias para chegar ao designado valor de mercado, ao abrigo do n.º 10 do art.º 18.º da LIS, ficando vinculada pela correção efetuada em relação às restantes pessoas ou entidades relacionadas. Reconhece-se assim a obrigação de a Administração Fiscal realizar os tais ajustamentos correlativos, obrigação que é enfatizada pelo segundo parágrafo da referida disposição, ao estabelecer que da

---

<sup>193</sup> Cfr. CALDERÓN, José M., *Transfer Pricing: International Trends & Spanish Perspective*, em RIBEIRO, João Sérgio (Ed.), *Preventing and Resolving Tax Treaties and Transfer Pricing Disputes*, Research Centre for Justice and Governance, 2018, ps. 73 a 104.

correção efetuada não pode resultar uma tributação de um rendimento superior ao efetivamente gerado pela operação para o conjunto das pessoas ou entidades que a realizaram.

Quanto ao conceito de entidades vinculadas, também o legislador espanhol, ao invés de estipular um conceito propriamente dito, procurou fixar nas alíneas n.º 2 do art.º 18.º da LIS uma série de pressupostos, no caso taxativos, para os quais a lei concede a qualificação de entidades vinculadas e que têm na sua génese a existência de uma participação direta ou indireta na direção, controlo ou capital. Assim, consideram-se pessoas ou entidades vinculadas, nomeadamente uma entidade e os seus sócios, participantes, conselheiros ou administradores (de direito e de facto), bem como os respetivos cônjuges, parentes em linha reta ou colateral, consanguíneos ou por afinidade, até ao terceiro grau; entidades pertencentes ao mesmo grupo, entendendo-se como tal quando uma entidade exerça ou possa exercer domínio sobre outra(s) nos termos estabelecidos pelo art.º 42.º do Código de Comércio, independentemente da sua residência e da obrigação de elaborar contas anuais consolidadas; uma entidade residente em território espanhol e os seus estabelecimentos estáveis situados no estrangeiro<sup>194</sup>, etc. Os pressupostos baseados na relação entre uma sociedade e os seus sócios ou participantes exigem, para que exista vinculação, uma participação igual ou superior a 25%.

Ao se incluírem no conceito de entidades vinculadas as relações entre uma entidade e os seus participantes, alarga-se a incidência da norma a outros sujeitos passivos como as associações, fundações, etc. Estabeleceram-se também vínculos familiares alargados, de modo a abranger, por exemplo, as operações realizadas entre uma empresa e um(a) tio/a ou sobrinho/a (e respetivos cônjuges) de um sócio.

Um dos problemas apontados pela doutrina a esta disposição prende-se com o facto de prever um elenco taxativo, o que pode levar a que os sujeitos passivos estruturarem as suas operações de modo a que elas não se enquadrem no âmbito do art.º 18.º da LIS, impossibilitando a Administração Fiscal de proceder a correções na sua matéria tributável. Além disso, não se adapta ao conceito que resulta do art.º 9.º, n.º 1 da CMOEDE, que estabelece parâmetros mais flexíveis em relação ao n.º 2 do art.º 18.º da LIS<sup>195</sup>.

---

<sup>194</sup> Neste pressuposto está em causa a aplicação do art.º 7.º da CMOEDE, devendo no entanto ter-se em conta a obrigação que decorre do seu n.º 2 de tratar o estabelecimento estável como uma empresa separada e distinta da empresa-mãe, situada noutro Estado contratante. Cfr. MORERA, Antonia Anguita, Comercio internacional y los precios de transferencia internacionales, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2012, p. 105

<sup>195</sup> Cfr. TORRES, Manuel Ignacio Fernández González de, *El régimen de las operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades*, Cuadernos de Formación del Instituto de Estudios Fiscales, Vol. 4/2007, ps. 95-128

À semelhança do que se verifica no regime português, também a metodologia adotada pelo legislador espanhol para a determinação do preço de plena concorrência se baseia nas orientações da OCDE, regulando no n.º 4 do art.º 18.º da LIS os cinco métodos que temos vindo a referir, o MPC, o MPRM, o MCM, o MFL e o MMLO. No entanto, e ao contrário do que se verificava no regime anterior, aquando a reforma efetuada pela Lei 36/2006, que classificava o MFL e o MMLO como métodos subsidiários a aplicar apenas quando devido à complexidade das operações ou à informação disponível não se pudessem aplicar adequadamente os outros métodos, o atual regime não estabelece qualquer hierarquia ou preferência entre eles, limitando-se a referir que para determinar o valor de mercado se aplicam qualquer um dos métodos mencionados. A escolha do método a aplicar dependerá, entre outros, da natureza da operação em causa, da disponibilidade de informação fiável e do grau de comparabilidade entre as operações vinculadas e não vinculadas. Na impossibilidade de os aplicar, podem ser utilizados outros métodos, desde que respeitem o princípio de plena concorrência<sup>196</sup>. O n.º 6 do art.º 18 da LIS estabelece os casos nos quais o contribuinte pode considerar que o valor acordado coincide com o valor de mercado.

Relativamente aos fatores a ter em conta para efetuar a análise de comparabilidade, o art.º 17.º, n.º 2 do RIS é semelhante ao nosso art.º 5.º da Portaria 1446-C/2001, pelo que remetemos para a análise feita a este último.

Quanto à dificuldade em recolher informações fiáveis sobre entidades independentes, esta foi ultrapassada pelo legislador espanhol, ao permitir que perante a possibilidade de se determinar um intervalo de valores que obedeça razoavelmente ao princípio de plena concorrência, tendo em conta o processo de seleção de comparáveis e a referida dificuldade, se possam utilizar medidas estatísticas para minimizar o risco de erro causado pela falta de informações comparáveis<sup>197</sup>.

### **6.1.2 – A previsão dos ajustamentos correlativos e secundários**

Já havíamos mencionado que o art.º 18, n.º 10 da LIS impõe à Administração Fiscal o dever de efetuar um ajustamento correlativo ao lucro tributável das entidades que participaram com a entidade sujeita ao ajustamento primário, nas operações nas quais se observaram

---

<sup>196</sup> Cfr. Artigo 18.º, n.º 4, pars. 2 e 3 da LIS.

<sup>197</sup> Cfr. Artigo 17.º, n.º 7 do RIS.

condições desconformes com o princípio de plena concorrência. Esta obrigação é concretizada pelo art.º 19.º, n.º 3 do RIS, que regula o procedimento específico em que ocorre este ajustamento. Por conseguinte, a Administração Fiscal só poderá proceder à regularização da situação tributária das outras entidades relacionadas participantes, contando que estas também são residentes em território espanhol, quando tenha transitado em julgado a liquidação feita ao contribuinte. O ajustamento é feito através de uma liquidação correspondente ao último exercício fiscal cujo prazo de liquidação tenha terminado, incluindo-se juros de mora, calculados desde o termo do prazo estabelecido para a apresentação da declaração de imposto para cada um dos exercícios fiscais em que a transação efetuada pelas entidades relacionadas começou a produzir efeitos ou, se do ajustamento resultou uma devolução e a declaração de imposto foi apresentada após o prazo a partir da data da submissão extemporânea da declaração. O próprio contribuinte também pode aplicar o procedimento de ajustamento correlativo, solicitando a retificação da autoliquidação apresentada.

Se a correção efetuada ao lucro tributável respeitar a outra jurisdição, podendo assim dar lugar a uma dupla tributação, os ajustamentos correlativos devem ser feitos segundo os tratados e convenções internacionais que façam parte do ordenamento jurídico espanhol. Na sua ausência, a referida disposição prevê ainda a possibilidade de as pessoas ou entidades vinculadas afetadas poderem recorrer ao procedimento amigável ou ao procedimento de arbitragem.

A legislação espanhola prevê ainda um outro tipo de ajustamento que não foi adotado pelo nosso legislador, o ajustamento secundário, por meio do qual se pretende efetuar a qualificação dos rendimentos transferidos entre as entidades relacionadas. Este ajustamento configura-se como uma presunção *iuris et de iure*, aplicando-se automaticamente. Se numa determinada transação vinculada se concluir que o valor praticado difere do valor de plena concorrência, à diferença entre os dois valores será dado o tratamento fiscal correspondente à natureza dos rendimentos como consequência da existência dessa diferença. Uma distinção no tratamento é estabelecida para aqueles casos em que a vinculação se baseia na relação entre uma sociedade e os seus sócios ou participantes. Se a diferença favorecer o sócio ou participante, a parte da diferença que corresponda à sua percentagem de participação no capital da entidade considera-se em relação à sociedade como uma remuneração de fundos próprios, e em relação ao sócio ou participante como uma participação nos lucros da sociedade, ou seja, dividendos. A outra parte da diferença é imputada à sociedade como uma retribuição de fundos próprios e ao sócio ou participante como um rendimento recebido de uma entidade pela condição de sócio, acionista,

associado ou participante<sup>198</sup>, o que tem consequências distintas consoante o sócio seja uma pessoa física, e nesse caso a diferença concorrerá para a formação do lucro ao qual será aplicado o imposto sobre o rendimento das pessoas “físicas”, ou uma pessoa jurídica, e nesse caso a diferença também integrará o lucro tributável, mas não será possível a dedução por dupla tributação de dividendos<sup>199</sup>. Caso a diferença favoreça a própria entidade, a parte da diferença que corresponda à percentagem de participação na mesma será considerada como uma contribuição do sócio ou participante nos fundos próprios da entidade, e aumentará o valor de aquisição da participação. O restante é considerado lucro em relação à sociedade e liberalidade, e portanto custo não dedutível, em relação ao sócio ou participante<sup>200</sup>. O alcance internacional deste ajustamento é corroborado pela 2ª parte, da al. b), do n.º 11 do art.º 18.º da LIS que prevê a consideração dos rendimentos como mais-valias no caso dos sujeitos passivos do Imposto sobre o rendimento de Não Residentes sem estabelecimento permanente.

O ónus da prova de que estão preenchidos os pressupostos para a aplicação do ajustamento secundário recai sobre a Administração Fiscal, e é nesse sentido que vai a sentença do Tribunal Supremo “*además, la prueba sobre la existencia de transferencias de rentas en modo distinto al que se ha reflejado contablemente, corresponde a la Administración*”<sup>201</sup>.

Uma das críticas apontadas à norma que regula o ajustamento secundário é a ausência do procedimento, dos trâmites que devem ser seguidos para efetuar este ajustamento, o que levanta dúvidas quanto à sua aplicação, pondo em causa a segurança jurídica. Além disso, não prevê o tratamento fiscal a aplicar àquelas situações em que a vinculação não se baseia na relação entre uma sociedade e os seus sócios ou participantes, o que gera várias dúvidas interpretativas<sup>202</sup>.

### 6.1.3 – As obrigações documentais do contribuinte

---

<sup>198</sup> Cfr. Artigo 18.º, n.º 11, al. a) da LIS

<sup>199</sup> Cfr. COTERO, José de Jesús Gómez, *Los precios de transferencia frente al fenómeno de la Globalización. Análisis de su problemática jurídica y su regulación comparativa en los ordenamientos de México y España*, Tesis Doctoral, Universidad del País Vasco, 2016, p. 345 disponível em: <https://addi.ehu.es/handle/10810/22986>

<sup>200</sup> Cfr. Artigo 18.º, n.º 11, al. b) da LIS

<sup>201</sup> Sentencia de Tribunal Supremo, Recurso n.º 8/2009, de 27 de Mayo de 2014, disponível em: <https://supremo.vlex.es>

<sup>202</sup> Cfr. HERREROS, Juan Reyes, *El ajuste secundario en las operaciones vinculadas*, Actualidad Jurídica Uría Menéndez / 22-2009, p. 65-68, disponível em: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2200/documento/articuloUM.pdf?id=3092>

No que diz respeito às obrigações acessórias inspiradas essencialmente no Código de Conduta sobre documentação de preços de transferência para empresas associadas na União Europeia<sup>203</sup>, com o objetivo de oferecer maior segurança jurídica aos contribuintes e facilitar o trabalho da Administração Fiscal, estabelece-se a obrigação de as pessoas ou entidades relacionadas manterem à disposição desta última a documentação comprovativa de que se observaram as condições de plena concorrência nas operações realizadas<sup>204</sup>, mais concretamente, a documentação relativa às operações vinculadas efetuadas pelo grupo a que pertence o contribuinte, o *master file*, cujos elementos específicos que dela devem constar estão elencados no art.º 15.º, n.º 1 do RIS, e que se agrupam em informação relativa à estrutura e organização do grupo, informação relativa às atividades do grupo, informação relativa aos ativos intangíveis do grupo, informação relativa à sua atividade financeira e informação relativa à situação fiscal e financeira do grupo; e a documentação do contribuinte, o *local file*, que deve compreender os elementos enunciados no art.º 16.º, n.º 1 do RIS, agrupados em informação relativa ao contribuinte, informação das operações vinculadas e informação económico-financeira do contribuinte. No entanto, de modo a evitar que o cumprimento das obrigações documentais dê lugar a custos desproporcionais, tratando-se de pessoas ou entidades relacionadas que tenham obtido um montante líquido do volume de negócios inferior a 45 milhões de euros, a documentação deve ter o conteúdo simplificado exposto no n.º 4 do art.º 16.º do RIS, exceto quando estejam em causa as seguintes operações: (i) as realizadas pelos sujeitos passivos do imposto sobre o rendimento das pessoas “físicas”, no desenvolvimento de uma atividade económica, com entidades cujos fundos próprios ou o capital social seja detido, individualmente ou em conjunto, numa percentagem igual ou superior a 25%, pelos seus cônjuges, ascendentes ou descendentes, às quais se aplica o método objetivo de estimativa; (ii) as de transmissão de negócios; (iii) as que envolvam a transmissão de valores mobiliários ou ações representativas da participação nos fundos próprios de qualquer tipo de entidades que não sejam admitidas à negociação em qualquer dos mercados de valores mobiliários regulados, ou que sejam admitidas à negociação em mercados regulados localizados em países ou territórios classificados como paraísos fiscais; (iv) as de transmissão de imóveis e (v) as realizadas sobre ativos intangíveis<sup>205</sup>.

Quando para determinar o preço de plena concorrência tenha sido utilizado outro método

---

<sup>203</sup> A documentação foi posteriormente adaptada pelo Real Decreto 634/2015, de 10 de Julho às recomendações previstas na Ação 13 do Plano BEPS.

<sup>204</sup> Cfr. Artigo 18.º, n.º 3 da LIS.

<sup>205</sup> Cfr. Artigo 16.º, n.º 5 do RIS.

que não um dos cinco métodos propostos pela OCDE, da documentação deverá constar a descrição detalhada do método, assim como as razões para a sua escolha<sup>206</sup>.

Terminado o prazo voluntário para a apresentação da declaração, esta documentação deve estar à disposição da Administração Fiscal, nos termos do art.º 13.º, n.º 2, 2.º par. do RIS, isto é, a partir de 25 de Julho para as pessoas jurídicas<sup>207</sup>.

A referida documentação não será exigida nos seguintes casos: (i) operações realizadas entre entidades integradas no mesmo grupo de consolidação fiscal; (ii) operações realizadas com os seus membros ou com outras entidades que sejam membros do mesmo grupo de consolidação fiscal pelos agrupamentos de interesse económico e uniões temporárias de empresas; (iii) operações efetuadas no âmbito de ofertas públicas de venda ou de ofertas públicas de aquisição de valores mobiliários e (iv) operações efetuadas com a mesma pessoa ou entidade relacionada, desde que o valor da retribuição do conjunto das operações não exceda os 250.000 euros, de acordo com o valor de mercado<sup>208</sup>.

Além da mencionada documentação específica, se a empresa-mãe de um grupo multinacional que obteve um total de rendimentos consolidados, nos 12 meses anteriores ao início do período de tributação, de pelo menos 750 milhões de euros, for residente em território espanhol e não estiver ao mesmo tempo dependente de outra entidade, é-lhe exigida a apresentação do *Country-by-Country report*, o qual deve conter os elementos enunciados no n.º 2 do art.º 14 do RIS.

A obrigação de apresentar o *Country-by-Country report* recai ainda sobre os estabelecimentos estáveis e entidades residentes em território espanhol detidos por uma empresa-mãe não residente quando estejamos perante uma das seguintes circunstâncias: (i) no país ou território onde a sociedade-mãe é residente não vigore a obrigação de apresentar o *Country-by-Country report* em termos análogos aos previstos na legislação espanhola; (ii) não exista em relação ao *Country-by-Country report* um acordo para troca automática de informações com o país ou território de residência da sociedade-mãe; (iii) apesar de existir em relação ao *Country-by-Country report* um acordo para troca automática de informações com o país ou território de residência da sociedade-mãe, se verifique uma violação sistemática da mesma que foi comunicada pela Administração Fiscal espanhola às entidades dependentes ou aos estabelecimentos estáveis

---

<sup>206</sup> Cfr. Artigo 16.º, n.º 2 do RIS.

<sup>207</sup> Cfr. Artigo 124.º, n.º 1, par. 2.º da LIS

<sup>208</sup> Cfr. Artigo 13.º, n.º 3 do RIS.

residentes no território espanhol dentro do prazo fixado. No entanto, ainda que se encontrem preenchidos estes pressupostos, a obrigação de apresentar o *Country-by-Country report* não existirá se o grupo multinacional tiver incumbido uma sua entidade constituinte residente num Estado-membro da UE de apresentar a referida informação, ou quando esta tenha sido apresentada no seu território de residência fiscal por outra entidade não residente nomeada pelo grupo multinacional como substituta da empresa-mãe para fins dessa apresentação<sup>209</sup>.

Recaindo sobre um grupo multinacional a obrigação de apresentar o *Country-by-Country report*, qualquer uma entidade sua constituinte residente em território espanhol deve comunicar à Administração Fiscal, antes do final do exercício fiscal a que o mesmo diz respeito, qual a entidade obrigada a elaborar o relatório e o seu país de residência<sup>210</sup>.

O art.º 13.º, n.º 1 do RIS estabelece um prazo de 12 meses contados a partir do término do exercício fiscal para apresentar o *Country-by-Country report*, que deverá constar no modelo elaborado para o efeito.

#### 6.1.4 – O regime aplicável aos APPT

A possibilidade de celebração dos APPT foi introduzida pela LIS de 95, embora da Lei 36/2006, de 29 de Novembro, de Medida para a Prevenção da Fraude Fiscal tenham resultado consideráveis alterações ao seu regime. Atualmente encontra-se prevista no n.º 9 do art.º 18.º da LIS e regulamentada nos arts.º 21.º a 36.º do RIS, de onde constam essencialmente os trâmites do procedimento.

De acordo com o 1º parágrafo do referido artigo da LIS “*los contribuyentes podrán solicitar a la Administración tributaria que determine la valoración de las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas con carácter previo a la realización de éstas. Dicha solicitud se acompañará de una propuesta que se fundamentará en el principio de libre competencia*”. O procedimento de celebração dos APPT difere consoante o tipo, uma vez que o ordenamento jurídico espanhol admite tanto os APPT unilaterais, como os bilaterais/multilaterais. Vejamos primeiro a tramitação aplicável aos APPT unilaterais.

---

<sup>209</sup> Cfr. Artigo 13.º, n.º 1, pars. 1.º, 2.º e 3.º do RIS.

<sup>210</sup> Cfr. Artigo 13.º, n.º 1, par. 5.º do RIS.

A iniciativa tem de partir do contribuinte, que poderá optar por apresentar um pedido prévio de onde consta a identificação das pessoas ou entidades que vão realizar as operações vinculadas, a descrição sucinta das operações que pretende ver valoradas no âmbito do APPT e os elementos básicos da proposta de valoração que pretenda formular. Apresentado o pedido prévio, cabe à Administração Fiscal analisá-lo e comunicar às partes interessadas se entende ou não que o acordo é viável<sup>211</sup>, identificar e eliminar os entraves à sua realização e estimar o trabalho que acarretará o arranque do procedimento. O objetivo subjacente a esta fase preliminar de carácter opcional é garantir a efetividade do procedimento, assegurando a sua agilidade e simplicidade<sup>212</sup>. Uma vez encerradas as atuações prévias, cumpre iniciar formalmente o procedimento com a solicitação do contribuinte à Administração Fiscal de um APPT, que tem de vir acompanhada por uma proposta elaborada com base no princípio de plena concorrência, com a descrição da metodologia que pretendem seguir para determinar o preço de plena concorrência, e pela documentação do contribuinte, bem como a relativa às operações vinculadas efetuadas pelo grupo a que pertence o contribuinte, quando a referida documentação seja aplicável à proposta apresentada. Posteriormente, a Administração Fiscal irá examinar a proposta, podendo exigir aos contribuintes outros documentos relacionadas com a proposta, assim como explicações ou esclarecimentos adicionais<sup>213214</sup>, estabelecendo-se aqui um dever de cooperação. Nesta fase discute-se ainda qual a melhor forma de se proceder à negociação e à avaliação da proposta.

A decisão final não admite recurso e cabe à Administração Fiscal, que poderá (i) aprovar a proposta apresentada pelo contribuinte; (ii) aprovar uma proposta diferente da apresentada, desde que com o consentimento do contribuinte; (iii) rejeitar a proposta feita pelo contribuinte, sendo que neste último caso a Administração Fiscal tem de justificar os motivos que conduziram à rejeição<sup>215</sup>.

O art.º 25, n.º 4 do RIS estabelece que o procedimento deve ficar concluído no prazo de

---

<sup>211</sup> Cfr. Artigo 21.º do RIS.

<sup>212</sup> Cfr. FLORES, Israel Santos, *Régimen jurídico de los Acuerdos Previos de Valoración (APAS)*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2018, p. 136

<sup>213</sup> Cfr. Artigos 22.º e 24.º do RIS.

<sup>214</sup> Apesar de a lei não contemplar os parâmetros pelos quais a administração Fiscal deve analisar e avaliar a proposta, entende-se que durante a avaliação, a Administração Fiscal deve procurar determinar se a metodologia proposta é conforme com o princípio de plena concorrência, se as operações objeto do APPT produzirão efeitos a médio e longo prazo para o contribuinte, se o APPT se mostrará adequado a solucionar os problemas decorrentes dos preços de transferência e representa uma poupança de recursos comparativamente com os procedimentos inspetivos, etc. Cfr. FLORES, Israel Santos, *Régimen jurídico de los Acuerdos Previos de Valoración (APAS)*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2018, p. 208

<sup>215</sup> Cfr. Artigo 25.º, n.ºs 1 e 3 do RIS.

seis meses, existindo dispensa tácita se decorrido o prazo o contribuinte não tiver sido notificado da decisão. A validade do acordo dependerá do que nele foi especificado, existindo a possibilidade de prorrogar o prazo mediante solicitação efetuada nos seis meses antecedentes ao término da sua vigência, mas não pode exceder os quatro exercícios fiscais seguintes ao que estava vigente na data da sua conclusão/aprovação. Embora em regra só produza efeitos em relação às operações realizadas posteriormente à data da sua aprovação, pode determinar-se que os seus efeitos incidirão igualmente sobre operações realizadas nos exercícios fiscais anteriores, desde que não tenha prescrito o direito da Administração Fiscal determinar a dívida tributária mediante liquidação, nem tenha transitado em julgado a liquidação feita às operações objeto do acordo<sup>216</sup>.

Caso se alterem significativamente as circunstâncias económicas ou tecnológicas que vigoravam no momento da conclusão do APPT, o art.º 29.º do RIS regula a possibilidade de o mesmo ser modificado, oficiosamente ou por iniciativa do contribuinte, de modo a adaptá-lo às novas circunstâncias.

A necessidade de disponibilização da quantidade de informação envolvida neste processo cria no contribuinte alguma insegurança quanto à possibilidade de utilização abusiva da mesma, pelo que também o legislador espanhol procurou tranquilizá-lo, ao determinar que a documentação disponibilizada será exclusivamente utilizada no procedimento de celebração do APPT e apenas produzirá efeitos em relação a ele. Além disso, em caso de rejeição, caducidade ou desistência da proposta, toda a documentação será devolvida<sup>217</sup>.

Os APPT unilaterais não eliminam o risco de dupla tributação para o contribuinte, motivo pelo qual é preferível a celebração de APPT bilaterais ou multilaterais, cujo procedimento diverge, como não podia deixar de ser, em alguns pontos relativamente ao procedimento de celebração dos APPT unilaterais.

Neste caso, a solicitação do contribuinte tem de incluir que a proposta seja submetida à consideração das Administrações Fiscais dos países onde residam as entidades com ele relacionadas, envolvidas nas operações objeto do acordo. Se a solicitação apresentada pelo contribuinte respeitar a um APPT unilateral e a Administração Fiscal entender que outras Administrações Fiscais devem ser envolvidas no procedimento, deve dar conhecimento ao contribuinte, estando esse envolvimento dependente da sua aceitação<sup>218</sup>. Uma vez dada, passamos

---

<sup>216</sup> Cfr. Artigo 18.º, n.º 9, par. 3.º da LIS.

<sup>217</sup> Cfr. Artigo 23.º, n.ºs 1 e 3 do RIS.

<sup>218</sup> Cfr. Artigo 32.º do RIS.

a estar perante um APPT bilateral/multilateral.

Avaliada a solicitação e concluindo-se pela procedência do início do procedimento, seguem-se as atuações conduzidas pelos representantes das Administrações Fiscais envolvidas, com a finalidade de concluir o acordo. O acordo proposto será levado ao conhecimento das partes envolvidas e só será finalizado mediante a concordância das partes quanto aos seus termos. Existindo concordância, o órgão competente assinará o acordo conjuntamente com as outras Administrações Fiscais. Caso não haja concordância, a proposta submetida pelo contribuinte será rejeitada<sup>219</sup>.

### 6.1.5 – Regime sancionatório

O regime sancionatório espanhol em matéria de preços de transferência mostra-se mais penalizante quando comparado com o nosso.

Este regime encontra-se previsto no art. 18.º, n.º 13 da LIS e faz uma distinção entre as infrações consoante tenham implicado ou não correções ao lucro tributável das entidades relacionadas por parte da Administração Fiscal. No primeiro caso, constituem infrações tributárias graves (i) a não entrega da documentação que os contribuintes devem manter à disposição da Administração Fiscal, assim como a entrega da documentação incompleta ou com dados falsos; (ii) quando o preço de plena concorrência que resulta da documentação a que os contribuintes estão obrigados a manter não coincida com o declarado. Os contribuintes que incorrerem numa destas infrações serão sancionados com uma multa pecuniária proporcional a 15% do valor que resulte das correções efetuadas a cada operação. Se não foram efetuadas correções ao lucro tributável dos sujeitos passivos, a falta de entrega, ou a entrega incompleta ou com dados falsos da documentação que os contribuintes devem manter à disposição da Administração Fiscal será sancionada com uma multa pecuniária fixa de 1.000 euros por cada dado e 10.000 euros por cada conjunto de dados, omitidos ou falsos, referentes a cada uma das obrigações de documentação<sup>220</sup>.

A desconsideração da dimensão da empresa infratora na fixação do montante da multa

---

<sup>219</sup> Cfr. Artigos 33.º e 34.º do RIS.

<sup>220</sup> Cfr. Artigo 18.º, n.º 13, pars. 1.º, al. a) e 2.º da LIS

pecuniária é alvo de crítica, pois pode representar para algumas empresas uma sanção excessiva<sup>221</sup>.

Qualquer uma destas sanções pode ser aplicada juntamente com as previstas no art.º 203.º da LGTr para a resistência, obstrução, escusa ou recusa às ações da Administração Fiscal<sup>222</sup>.

Ao estabelecer uma penalização para os casos em que tenham de ser efetuados ajustamentos primários como consequência de uma documentação inexistente ou incompleta o legislador espanhol introduziu mais um elemento dissuasor à prática de manipulação dos preços de transferência, o que não acontece na nossa legislação.

## 6.2 – A regulação dos preços de transferência no Brasil

Antes da introdução no Brasil de um regime específico de preços de transferência, que remonta ao ano de 1996, o legislador havia já procurado acautelar as situações em que das alienações ou aquisições de bens entre entidades vinculadas resultava um valor divergente do valor de mercado, considerando-as presunções (elidíveis) de distribuição disfarçada de lucro. Para elidir a presunção, o sujeito passivo tinha de demonstrar que a operação em questão foi efetuada no seu interesse e em condições equivalentes às que seriam estabelecidas com terceiros<sup>223</sup>. A partir de 96, aquele regime passou a constar nos arts.º 18.º a 24.º da Lei n.º 9.430/1996, tendo sofrido algumas alterações ao longo dos anos, das quais destacamos as introduzidas pela Lei n.º 10.451/02, que procedeu à ampliação do conceito de pessoa vinculada e pela Lei n.º 11.281/06, que passou a incluir no âmbito subjetivo do regime de preços de transferência o importador e o encomendante. A mais recente alteração a este regime foi introduzida pela Lei nº 12.715, de 2012, sendo de salientar a introdução, para o cálculo do preço parâmetro segundo o MPRL, de percentuais de margem de lucro diversos consoante o setor de atividade económica da pessoa jurídica brasileira sujeita ao controlo de preços de transferência. Além da referida lei, outros instrumentos normativos de revelo são a Instrução Normativa n.º 1.312/12 que regulamentou e consolidou a disciplina de controlo de preços de transferência e a Portaria n.º 222/08 que prevê

---

<sup>221</sup> Cfr. MORERA, Antonia Anguita, Comercio internacional y los precios de transferencia internacionales, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2012, p. 138.

<sup>222</sup> Cfr. Artigo 18.º, n.º 13, par. 4.º da LIS

<sup>223</sup> Cfr. XAVIER, Alberto, *Direito tributário internacional do Brasil*, Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.294.

as regras para o pedido de alteração das margens de lucro estabelecidas<sup>224</sup>.

Uma vez que o Brasil não é membro da OCDE, apesar de já ter solicitado a sua adesão, o seu regime não segue *ipsis verbis* as suas orientações, pelo que o cálculo do preço de mercado é mais complexo. A influência das *Guidelines* da OCDE na adoção das regras aplicáveis aos preços de transferência fica clara no ponto 12 da exposição de motivos da Lei n.º 9.430/96, “As normas contidas nos arts.º 18 a 24 representam significativo avanço da legislação nacional face ao ingente processo de globalização, experimentado pelas economias contemporâneas. No caso específico, em conformidade com regras adotadas nos países integrantes da OCDE, são propostas normas que possibilitam o controlo dos denominados "Preço de Transferência", de forma a evitar a prática, lesiva aos interesses nacionais, de transferências de resultados para o exterior, mediante a manipulação dos Preço pactuados nas importações ou exportações de bens, serviços ou direitos, em operações com pessoas vinculadas, residentes ou domiciliadas no exterior”<sup>225</sup>.

De seguida iremos analisar as regras aplicáveis aos preços de transferência no ordenamento jurídico brasileiro, de modo a aferir as principais diferenças que apresentam em relação às soluções propostas pela OCDE, e se se mostram apropriadas a combater a evasão fiscal motivada pelos preços de transferência.

### 6.2.1 – Âmbito de aplicação objetivo e subjetivo

A Lei n.º 9.430/96 visa impedir que os rendimentos obtidos por uma empresa multinacional residente no Brasil sejam transferidos para outras empresas vinculadas não residentes<sup>226</sup>, através da manipulação dos preços pactuados nas importações e exportações de bens, serviços e direitos, assim como nas operações que envolvem juros e empréstimos. Mais concretamente, o objetivo no caso das importações é impedir que as empresas constituintes de um grupo multinacional localizadas no Brasil sejam sobrecarregadas com custos (dedutíveis)

---

<sup>224</sup> Cfr. MACHADO, Gustavo Pagliuso, *Aspectos Tributários da Importação de Serviços*, São Paulo: Almedina, 2015, disponível (parcialmente) em: <https://books.google.pt>

<sup>225</sup> Cfr. SCHOUERI, Luis Eduardo, *Preços de transferência e norma geral antiabuso*, em: VASCONCELLOS, Roberto, et al. (coord.), *Estudos avançados de direito tributário: tributação internacional*. Rio de Janeiro: Elsevier; 2012, p. 145-163

<sup>226</sup> Apesar de o regime de preços de transferência apenas se aplicar às operações transfronteiriças, isto não significa que as operações nacionais (internas) são livres, pelo que quando uma pessoa jurídica contrata um negócio com a finalidade de distribuir lucro à pessoa ligada, é-lhe aplicado o regime da distribuição disfarçada de lucros, previsto nos arts.º 528.º e ss do RIR.

superiores aos do mercado, e no caso das exportações, impedir que o preço médio de venda de bens, serviços e direitos seja inferior a 90% do preço médio praticado na venda dos mesmos bens, serviços e direitos no mercado brasileiro<sup>227</sup>. Uma diferença significativa no âmbito de aplicação da legislação brasileira sobre preços de transferência em relação à legislação aplicável noutros países membros da OCDE reside no facto de a primeira não ser aplicável aos casos de *royalties*, nem de assistência técnica, científica, administrativa ou assemelhada, sendo-lhes aplicadas as condições de dedutibilidade previstas noutra legislação, de acordo com o previsto no par. 9.º do art.º 18.º da Lei n.º 9.430/96. Apesar de o seu art.º 19.º não apresentar uma disposição semelhante, a doutrina entendia que o mesmo se passava em relação às exportações<sup>228</sup>, o que veio a ser confirmado pela Instrução Normativa n.º 1.312/12, que no seu art.º 55.º refere que as normas sobre preços de transferência nela tratadas, onde se incluem as relativas às exportações, não se aplicam aos casos de pagamentos ao exterior de *royalties* e assistência técnica, científica, administrativa ou assemelhada. Em regra, o âmbito objetivo das regras sobre preços de transferências inclui os rendimentos pagos pela transferência de tecnologia e pelo uso da propriedade intelectual, os royalties, sendo inclusivamente os ativos intangíveis regulados por disposições específicas, por conta das suas características que tornam complexa a tarefa de determinar o seu valor de plena concorrência. Pensamos que foi precisamente essa complexidade que levou o legislador a afastar uma boa parte das operações que envolvem ativos intangíveis da aplicação das regras sobre preços de transferência.

O conceito de pessoa vinculada consta do art.º 23.º da Lei n.º 9.430/96, que é mais detalhista e menos flexível quando comparado com o conceito acolhido pelos países membros da OCDE. Nos termos do referido artigo considera-se vinculada à pessoa jurídica domiciliada no Brasil: (i) a matriz desta, quando domiciliada no exterior; (ii) a sua filial ou sucursal, domiciliada no exterior; (iii) a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, cuja participação societária no seu capital social a caracterize como sua controladora<sup>229</sup> ou coligada<sup>230</sup>; (iv) a pessoa jurídica domiciliada no exterior que seja caracterizada como sua controlada ou coligada; (v) a pessoa jurídica domiciliada no exterior, quando esta e a empresa domiciliada no Brasil estiverem

---

<sup>227</sup> Cfr. NAVE, João, *A legislação brasileira de preços de transferência II*, Jornal de Negócios, Agosto de 2007.

<sup>228</sup> Cfr. SCHOUERI, Luis Eduardo, *Preços de transferência no direito brasileiro*, 2.ª ed., São Paulo: Dialética, 2006, p. 229

<sup>229</sup> Uma sociedade considera-se controladora em relação a outra, quando a primeira seja titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores. Cfr. par. 2.º do art. 243 da Lei n.º 6.404.

<sup>230</sup> Consideram-se coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa. Cfr. par. 1.º do art. 243 da Lei n.º 6.404.

sob controlo societário ou administrativo comum<sup>231</sup> ou quando pelo menos dez por cento do capital social de cada uma pertencer a uma mesma pessoa física ou jurídica; (vi) a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que, em conjunto com a pessoa jurídica domiciliada no Brasil, tiver participação societária no capital social de uma terceira pessoa jurídica, cuja soma as caracterizem como controladoras ou coligadas desta; (vii) a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que seja sua associada, na forma de consórcio ou condomínio, conforme definido na legislação brasileira, em qualquer empreendimento; (viii) a pessoa física residente no exterior que for parente ou afim até o terceiro grau, cônjuge ou companheiro<sup>232</sup> de qualquer de seus diretores ou de seu sócio ou acionista controlador em participação direta ou indireta; (ix) a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que goze de exclusividade<sup>233</sup>, como seu agente, distribuidor ou concessionário, para a compra e venda de bens, serviços ou direitos; (x) a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, em relação à qual a pessoa jurídica domiciliada no Brasil goze de exclusividade, como agente, distribuidora ou concessionária, para a compra e venda de bens, serviços ou direitos.

Este elenco previsto no art.º 23.º é taxativo, razão pela qual o legislador brasileiro parece ter feito um esforço no sentido de estipular todas as situações possíveis de conduzirem a uma relação que permite às partes envolvidas se afastarem das condições de mercado nas operações que realizem. O problema deste elenco deriva de algumas situações, como as que se referem aos consórcios e às coligações de empresas, parecerem extravasar o conceito de influência dominante, responsável pela possibilidade de as partes, nos negócios que realizam entre eles, acordarem precisamente as tais condições de mercado diversas<sup>234</sup>. A este propósito, pensamos ser mais adequada a solução adotada pelo legislador português de estabelecer como parâmetro para aferir da existência de relações especiais o poder de controlo de uma entidade em relação à outra, deixando um elenco exemplificativo e conseqüentemente uma margem discricionária à Administração Fiscal.

---

<sup>231</sup> As duas empresas estarão sob controlo societário comum quando uma mesma pessoa física ou jurídica for titular de direitos de sócio nas duas empresas que lhe assegurem, de modo permanente, predomínio nas suas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos seus administradores. O controlo administrativo comum observar-se-á quando a posição de presidente de conselho de administração e/ou de diretor presidente em cada uma das empresas seja ocupada pela mesma pessoa, ou quando a mesma pessoa exercer o cargo de direção em ambas as empresas. Cfr. Artigo 2, X, par. 1.º da Instrução Normativa n.º 1.312/12

<sup>232</sup> Enquadra-se neste conceito de companheiro a pessoa que com um deles conviva em condições análogas às dos cônjuges. Cfr. Artigo 2, X, par. 3.º da Instrução Normativa n.º 1.312/12

<sup>233</sup> Para se aferir da existência de exclusividade recorrer-se-á à análise do contrato escrito, ou, na sua falta, à prática de operações comerciais efetuadas exclusivamente entre ou por intermédio das duas empresas. Cfr. Artigo 2, X, par. 4.º da Instrução Normativa n.º 1.312/12.

<sup>234</sup> Cfr. XAVIER, Alberto, Direito tributário internacional do Brasil, Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 310.

Nos arts.º 24.º e 24.º-A da Lei nº 9.430/96 foi adotado um critério territorial, pelo que as regras de preços de transferência também se aplicam quando uma pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil efetua operações em regime fiscal privilegiado ou com outra pessoa física ou jurídica residente num país com tributação favorecida, isto é, um “paraíso fiscal”. O art.º 24.º estabelece dois critérios para que um determinado país se considere como tendo tributação favorecida: não tribute o rendimento ou que o tribute a uma taxa máxima inferior a vinte por cento; ou cuja legislação não divulgue informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas, à sua titularidade ou à identificação do beneficiário efetivo de rendimentos atribuídos a não residentes. Posteriormente os países ou territórios considerados como “paraísos fiscais” foram enunciados taxativamente em atos administrativos<sup>235</sup>. Por sua vez o art.º 24.º-A, incluído pela Lei nº 11.727, de 2008, apresenta as características, não cumulativas, que compõem um regime fiscal privilegiado. Além das referidas a propósito dos países com tributação favorecida, inclui vantagens de natureza fiscal ainda que, ou na obrigatoriedade de que, não haja realização de atividade económica substantiva e tributação favorecida dos rendimentos auferidos fora do seu território.

### 6.2.2 – Os métodos de controlo dos preços de transferência

O regime brasileiro para a determinação do preço de mercado, não obstante ter adotado métodos equivalentes aos métodos tradicionais baseados nas operações da OCDE, apresenta diferenças significativas em relação à metodologia que temos analisado até agora, nomeadamente a introdução de métodos distintos consoante estejamos perante importação ou exportações de bens, serviços ou direitos. Note-se ainda que no caso dos juros pagos a pessoa vinculada, a Lei nº 9.430/96 prevê no seu art.º 22.º uma metodologia específica para calcular o montante máximo pelo qual podem ser deduzidos, bem como o montante mínimo a reconhecer como receita financeira correspondente à operação quando a empresa residente no Brasil é a entidade mutuante.

---

<sup>235</sup> Cfr. GREGORIO, Ricardo Marozzi, *Arm's lenght e praticabilidade nos preços de transferência*, Tese de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 115.

### 6.2.2.1 – Métodos aplicáveis às importações

O art.º 18.º da Lei nº 9.430/96 consagra os três métodos específicos para determinar os valores máximos dos custos, despesas e encargos dedutíveis para as importações com entidades relacionadas: o Método dos Preços Independentes Comparados, o Método do Preço de Revenda menos Lucro e o Método do Custo de Produção mais Lucro.

O MPIC é definido como a média aritmética ponderada dos preços de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, apurados no mercado brasileiro ou de outros países, em operações não vinculadas de compra e venda empreendidas pela própria interessada ou por terceiros, em condições de pagamento semelhantes<sup>236</sup>. Para efeitos da aplicação deste método, consideram-se similares os bens que tenham a mesma natureza e função, se possam substituir mutuamente e tenham especificações equivalentes<sup>237</sup>.

São dois os principais problemas que resultam da aplicação deste método, desde logo o facto de não garantir o cálculo do preço de mercado de uma forma completamente imparcial, pois os preços acordados poderão ser superiores ou inferiores à média obtida, consoante as operações em causa e o facto de os preços praticados e os custos incorridos poderem sofrer alterações ao longo de um ano, razão pela qual a exigência deste método no sentido de se considerarem os preços praticados e os custos incorridos durante todo o período de apuração da base de cálculo do imposto pode levar a uma discrepância entre o preço médio obtido e o preço efetivamente praticado à data da operação<sup>238</sup>.

O MPRL, que sofreu mudanças significativas com a Lei 12.715 e com a Instrução Normativa n.º 1.312/12, baseia-se na média aritmética ponderada dos preços de venda, no país, dos bens, direitos ou serviços importados, calculados a partir da utilização do preço líquido de venda, seguido do cálculo do percentual de participação do bem, direito ou serviço importado no custo total<sup>239</sup>. Uma vez encontrado esse percentual, deverá ser calculada a margem de lucro, sendo que a percentagem a aplicar é fixada de acordo com o setor da atividade económica da empresa. O preço parâmetro resulta da diferença entre a margem de lucro obtida e a margem de

---

<sup>236</sup> Cfr. Artigo 18.º, I da Lei nº 9.430/96

<sup>237</sup> Cfr. Artigo 42.º da Instrução Normativa n.º 1.312/12

<sup>238</sup> Cfr. PATEL, Shailan Harsardbhai e VALLE, Mauricio Timm do, *Os métodos de preços de transferência no Brasil*, Revista Jurídica – Unicuritiba, vol. 2, n.º 31 (2013), ps. 341-366.

<sup>239</sup> Cfr. MACHADO, Gustavo Pagliuso, *Aspectos Tributários da Importação de Serviços*, São Paulo: Almedina, 2015, disponível (parcialmente) em: <https://books.google.pt>

participação do bem, direito ou serviço importado no preço líquido da sua venda.

Antes das alterações perpetradas pela referida Lei, uma crítica que se apontava a este método era a de que as margens de lucro predeterminadas não refletiam o lucro bruto da maioria dos setores no país<sup>240</sup>, razão pela qual atualmente as margens variam consoante o setor de atividade.

O MCPL é definido como o custo médio ponderado de produção de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, acrescido dos impostos e taxas cobrados na exportação no país onde tiverem sido originariamente produzidos, e de margem de lucro de vinte por cento, calculada sobre o custo apurado<sup>241</sup>. Com este método pretende-se determinar um custo de aquisição para o importador, que remunere o exportador com uma margem bruta máxima de vinte por cento sobre o custo médio dos bens, serviços ou direitos<sup>242</sup>. A desvantagem que se tem apontado a este método prende-se com a dificuldade em obter documentação relativa à composição do custo de produção da empresa relacionada no exterior. Além disso, a margem de lucro de vinte por cento também não atende a todos os setores de atividade.

Se for utilizado mais do que um método, considera-se dedutível o maior valor apurado. No caso de resultarem da aplicação de qualquer um destes métodos valores superiores aos de aquisição, o valor a deduzir não pode ser superior ao seu montante<sup>243</sup>.

Além dos referidos métodos, o art.º 18.º-A consagra o Método do Preço sob Cotação na Importação, definido como os valores médios diários da cotação de bens ou direitos sujeitos a preços públicos em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas. Nos termos do seu par. 4.º, no caso de não existirem cotações em bolsas internacionalmente reconhecidas os preços dos bens importados poderão ser comparados com os preços obtidos a partir de fontes de dados independentes fornecidas por instituições de pesquisa setoriais internacionalmente reconhecidas. Estando em causa operações vinculadas de importação de *commodities*, cuja definição para efeitos de aplicação do MPCl consta do art.º 16.º, par. 3.º da Instrução Normativa n.º 1.312/12, apenas se pode recorrer a este método, excluindo-se a aplicação dos demais.

---

<sup>240</sup> Cfr. Ernst & Young, *MP 563, convertida na Lei 12.715, altera as regras de Preços de Transferência no Brasil*, Taxalert, Setembro 2012, disponível em: <https://www.ey.com>

<sup>241</sup> Cfr. Artigo 18.º, III da Lei n.º 9.430/96

<sup>242</sup> Cfr. SILVA, Lourivaldo Lopes da, *Preço de transferência no Brasil e os impactos nas demonstrações financeiras*, Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008, p. 94, disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/1700/1/Lourivaldo%20Lopes%20da%20Silva.pdf>

<sup>243</sup> Cfr. Artigo 18.º, pars. 4.º e 5.º da Lei n.º 9.430/96

### 6.2.2.2 – Métodos aplicáveis às exportações

Os quatro métodos destinados a determinar as receitas obtidas nas exportações realizadas com entidades relacionadas estão previstos no art.º 19.º da Lei nº 9.430/96, sendo eles: o Método do Preço de Venda nas Exportações, o Método do Preço de Venda por Atacado no País de Destino, Diminuído do Lucro, o Método do Preço de Venda a Varejo no País de Destino, Diminuído do Lucro e o Método do Custo de Aquisição ou de Produção mais Tributos e Lucro. Há lugar à sua aplicação quando o preço médio de venda de bens, serviços e direitos seja inferior a 90% do preço médio praticado na venda dos mesmos bens, serviços e direitos no mercado brasileiro. Por estar definida uma margem bruta mínima para as exportações, entende-se que esta disposição consagra um *safe harbour*.

O MPVEx baseia-se na média aritmética dos preços de venda nas exportações efetuadas pela própria empresa, para outros clientes não vinculados, ou por outra exportadora nacional de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, durante o mesmo período de apuração da base de cálculo do imposto sobre o rendimento e em condições de pagamento semelhantes<sup>244</sup>.

A limitação deste método resulta do facto de não admitir a demonstração por parte do contribuinte de que o preço praticado nas operações de exportação realizadas com uma empresa vinculada, no exterior, foi o mesmo preço pago por essa empresa por um bem ou serviço, idêntico ou similar, numa transação realizada com uma entidade não relacionada<sup>245</sup>.

O MPVA é definido como a média aritmética dos preços de venda de bens, idênticos ou similares, praticados no mercado atacadista do país importador, em condições de pagamento semelhantes, sem inclusão dos tributos compreendidos no preço, cobrados no referido país, e de margem de lucro de quinze por cento sobre o preço de venda no atacado<sup>246</sup>.

Neste método, a predeterminação de uma margem de lucro é alvo de crítica, pois nada tem a ver com o método sugerido pela OCDE, baseado no preço de revenda<sup>247</sup>.

O MPVV é definido como a média aritmética dos preços de venda de bens, idênticos ou

---

<sup>244</sup> Cfr. Artigo 19.º, par. 3.º, I da Lei nº 9.430/96

<sup>245</sup> Cfr. BARRETO, Paulo Ayres. *Imposto De Renda e Preços De Transferência*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 117.

<sup>246</sup> Cfr. Artigo 19.º, par. 3.º, II da Lei nº 9.430/96

<sup>247</sup> Cfr. PATEL, Shailan Harsardbhai e VALLE, Mauricio Timm do, *Os métodos de preços de transferência no Brasil*, Revista Jurídica – Unicuritiba, vol. 2, n.º 31 (2013), ps. 341-366.

similares, praticados no mercado varejista do país importador, em condições de pagamento semelhantes, sem inclusão dos tributos compreendidos no preço, cobrados no referido país, e de margem de lucro de trinta por cento sobre o preço de venda no varejo<sup>248</sup>. Tanto neste método, como no anterior, a determinação do preço é feita através de informações sobre o mercado do país importador.

O MCAP baseia-se na média aritmética dos custos de aquisição ou de produção dos bens, serviços ou direitos, exportados, acrescidos dos impostos e contribuições cobrados no Brasil e da margem de lucro de quinze por cento sobre a soma dos custos, mais impostos e contribuições<sup>249</sup>. A fixação prévia de uma margem de lucro levanta os problemas já referidos a este propósito.

No caso das exportações, se for utilizado mais do que um método, será considerado o menor dos valores apurados. Se da aplicação de qualquer um destes métodos resultar um valor inferior aos preços de venda constantes dos documentos de exportação, prevalecerá o montante da receita reconhecida conforme esses documentos<sup>250</sup>.

Tal como se verifica no caso das importações de *commodities*, também nas operações vinculadas de exportação de *commodities* sujeitas à cotação em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas existe a obrigatoriedade de se recorrer a um método específico, o do Preço sob Cotação na Exportação, previsto no art.º 19.º-A da Lei nº 9.430/96, semelhante ao MPCl. A Condição de Arbitramento não é aplicável neste caso.

### 6.2.2.3 – Disposições comuns

Note-se que relativamente aos métodos com margens de lucro predeterminadas, tanto nas importações como nas exportações, o 2.º par. do art.º 21.º da Lei nº 9.430/96 admite a possibilidade de se utilizarem margens diversas das estabelecidas, cabendo ao contribuinte, quando se sinta lesado pelas margens fixadas legalmente, devido à margem de lucro da empresa ter um percentual maior ou menor do que a estabelecida, provar que outra margem é adequada à operação em causa. Existe ainda a hipótese de as margens serem alteradas pelo Ministro de Estado da Fazenda, oficiosamente ou mediante requerimento, mais uma vez dependendo da prova

---

<sup>248</sup> Cfr. Artigo 19.º, par. 3.º, III da Lei nº 9.430/96.

<sup>249</sup> Cfr. Artigo 19.º, par. 3.º, IV da Lei nº 9.430/96.

<sup>250</sup> Cfr. Artigo 19.º, pars. 5.º e 6.º da Lei nº 9.430/96.

feito pelo contribuinte, segundo o art.º 20 da Lei nº 9.430/96.

Se aplicados os métodos se verificar uma divergência com uma margem superior a 5% entre o preço praticado e o preço de mercado, será necessário proceder a um ajustamento na base do cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro, sendo esta a única consequência que resulta de tal desconformidade, não se prevendo qualquer penalização. Se a margem de divergência for igual ou inferior a 5%, não há lugar a nenhum ajustamento fiscal.

### 6.2.3 – Obrigações documentais

É sobre o contribuinte que recai o ónus de provar que os preços de transferência por ele praticados estão conformes às regras da legislação brasileira, devendo apresentar documentos nesse sentido.

Na falta de apresentação da documentação dentro do prazo, se esta se mostrar imprestável ou insuficiente para demonstrar a correção do cálculo do preço parâmetro pelo método escolhido ou deixar de oferecer quaisquer elementos úteis à verificação dos cálculos para apuração do preço parâmetro, pelo método escolhido, quando solicitados pela Administração Fiscal, esta última poderá determinar o referido preço com base nos documentos que tiver em seu poder, aplicando qualquer dos métodos previstos para as operações de importação ou exportação<sup>251</sup>.

No contexto do Plano de Ação BEPS, o legislador brasileiro procurou implementar o *Country-by-Country report* através da Instrução Normativa RFB nº 1.681/16, pelo que em matéria de preços de transferência, a sua regulamentação é a que mais se aproxima daquela prevista pela OCDE. Segundo o seu art.º 3.º a obrigação de entrega recai sobre toda entidade integrante residente no Brasil para efeitos fiscais que seja a controladora final de um grupo multinacional, exceto se o total de rendimentos consolidados do grupo multinacional no ano fiscal anterior ao ano fiscal de declaração for inferior a 2 bilhões, 260 milhões de reais. Neste caso o contribuinte deve informar a Administração Fiscal que se enquadra nesta situação de dispensa<sup>252</sup>. Uma entidade integrante residente no Brasil para efeitos fiscais que não seja a controladora final de um grupo

---

<sup>251</sup> Cfr. Artigo 20.º-A, par. 2.º da Lei nº 9.430/96.

<sup>252</sup> Cfr. Artigo 4.º, I e par. único da Instrução Normativa RFB nº 1.681/16.

multinacional também está obrigada à entrega do *Country-by-Country report*, nas mesmas situações previstas na legislação portuguesa e já referidas, pelo que para lá remetemos, exceto se o grupo multinacional tiver nomeado uma entidade substituta para proceder à entrega e estejam preenchidas as seguintes condições: (i) a entidade substituta tenha residência para efeitos fiscais numa jurisdição onde a entrega do *Country-by-Country report* é obrigatória e em termos semelhantes; (ii) a entidade substituta proceda, no prazo máximo de doze meses a contar do último dia do ano fiscal de declaração do grupo multinacional, à entrega do *Country-by-Country report* na jurisdição onde é residente para efeitos fiscais; (iii) a referida jurisdição tenha celebrado com o Brasil um acordo que exija a troca automática dos *Country-by-Country reports* entre eles; (iv) a referida jurisdição não tenha notificado a Administração Fiscal brasileira, nem tenha sido por ela notificada da ocorrência de uma falha sistémica; (v) a entidade substituta tenha informado a jurisdição da sua residência que é a entidade declarante e (v) a Administração Fiscal brasileira tenha sido informada quanto à existência e respetiva identificação da entidade declarante. A entidade integrante residente no Brasil também está dispensada daquela obrigação quando o total de rendimentos consolidados do grupo multinacional no ano fiscal anterior ao ano fiscal de declaração for inferior a 750 milhões de euros<sup>253</sup>.

O *Country-by-Country report* deve ser apresentado anualmente em relação ao ano fiscal encerrado imediatamente anterior até ao último dia útil do mês de julho do ano seguinte ao ano-calendário a que se refira<sup>254</sup>. Não estando dispensada da obrigação de entregar a declaração, se entidade residente no Brasil não proceder à sua entrega, ou procedendo, a mesma contiver incorreções ou omissões, além de ser intimada para cumpri-las ou para prestar esclarecimentos, ser-lhe-á aplicada, no caso de apresentação extemporânea, uma multa de 500 reais por mês-calendário ou fração, se estiver em início de atividade ou que, na última ECF apresentada, tenha apurado lucro presumido, ou de 1500 reais por mês-calendário ou fração, nos restantes casos. Se a penalização respeitar à entrega da declaração com incorreções ou omissões, o montante da multa a pagar corresponderá a 3% do valor omitido, inexato ou incompleto, não inferior a 100 reais<sup>255</sup>.

---

<sup>253</sup> Cfr. Artigos 3.º, par. 4.º e 4.º, II da Instrução Normativa RFB nº 1.681/16.

<sup>254</sup> Cfr. Artigos 5.º e 6.º da Instrução Normativa RFB nº 1.681/16.

<sup>255</sup> Cfr. Artigo 11.º, I e III da Instrução Normativa RFB nº 1.681/16.

#### 6.2.4 – A adoção do princípio de plena concorrência?

O princípio de plena concorrência goza de enorme relevância na temática dos preços de transferência, assumindo o papel de princípio norteador na legislação de vários países, como é o caso de Portugal e Espanha, fruto de um elevado consenso internacional quanto à sua adequação como ponto de partida para solucionar os problemas com eles relacionados.

Apesar de a legislação brasileira ter procurado seguir, em parte, as orientações da OCDE, levantam-se dúvidas quanto à sua adoção do princípio de plena concorrência, havendo autores que defendem que este constava no seu texto legislativo original, outros que defendem que ele está inserido implicitamente no ordenamento jurídico, enquanto outros defendem que na lei não existe qualquer menção expressa deste princípio<sup>256</sup>.

O argumento de que este princípio constava no texto legislativo original decorre principalmente de um trecho do já transcrito ponto 12 da exposição de motivos da Lei n.º 9.430/96, “...no caso específico, em conformidade com regras adotadas nos países integrantes da OCDE, são propostas normas...”. No entanto, não nos parece que este argumento possa colher, uma vez que o trecho não refere expressamente o acolhimento do princípio de plena concorrência, limitando-se a referir que a legislação brasileira procura estar conforme com as orientações da OCDE, algo que nunca foi posto em causa, e que não implica automaticamente a sua introdução neste ordenamento jurídico.

Já havíamos chamado a atenção para o facto de o princípio de plena concorrência permitir concretizar dois princípios, o da igualdade e o da capacidade contributiva, ao garantir a igualdade material entre as empresas relacionadas e as independentes e ao mesmo tempo que as Administrações Fiscais atribuam ao contribuinte o seu rendimento real, através da determinação do preço de mercado, para posteriormente o tributarem, e é com base nestes argumentos que alguma doutrina sustenta a sua inserção implícita no ordenamento jurídico brasileiro.

Entre os autores que defendem a ausência de uma menção expressa do princípio de plena concorrência na Lei n.º 9.430/96, e conseqüentemente o seu não acolhimento por parte desta lei, alguns não deixam de reconhecer a sua consagração em dois casos, mais concretamente, nas convenções para evitar a dupla tributação celebradas pelo Brasil que preveem o disposto no art.º

---

<sup>256</sup> Cfr. MIRSHAWKA, Valéria Zimpeck, *Preços de Transferência: Diferentes Visões*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2012, p. 63.

9.º, n.º 1 da CMOCDE e na legislação relativa à distribuição disfarçada de lucros<sup>257</sup>. A argumentação que defende que o princípio de plena concorrência está positivado no ordenamento jurídico brasileiro por meio das convenções para evitar a dupla tributação é rejeitada por RICARDO GREGORIO. Segundo o entendimento deste autor, o facto de o dispositivo previsto no art.º 9.º, n.º 1 da CMOCDE estar presente nas mencionadas convenções não implica, por si só, a existência do princípio no ordenamento brasileiro. O acordo celebrado não reparte nem autolimita competências, além de que não resulta dele nenhum compromisso, mas apenas a possibilidade de que os lucros possam ser tributados segundo a sua distribuição realizada nos termos do princípio de plena concorrência. O próprio ponto 4 dos Comentários ao art.º 9.º, n.º 1 elucida-nos quanto à interpretação dada por um considerável número de países a este artigo, no sentido de que ele não impossibilita o ajuste de lucros por uma legislação nacional em condições que difiram daquelas por ele estabelecidas. Outro argumento deste autor para sustentar a rejeição daquela posição assenta no facto de os Estados contratantes assumirem um compromisso quando incluem na convenção o n.º 2 do art.º 9.º de que irão proceder ao ajustamento correlativo conquanto o ajustamento primário tenha sido efetuado segundo o princípio de plena concorrência. Isto, precisamente para garantir o objetivo de evitar a dupla tributação. Ora, se um Estado não pretende implementar este princípio no cálculo da determinação do lucro tributável, não há porque se comprometer com o ajustamento correlativo. E é precisamente isso que acontece com o Brasil, visto que nas suas convenções celebradas com outros Estados não está incluído o n.º 2<sup>258</sup>.

Por fim, a própria metodologia prevista para os preços de transferência está na base de algumas posições defendidas sobre o tema.

Como vimos, alguns métodos de determinação de preços de transferência estipulados na legislação brasileira envolvem a aplicação de margens brutas de lucro predeterminadas. Esta determinação de critérios efetuada pelo próprio legislador brasileiro é encarada por alguns autores como um argumento a favor da posição que defende a não receção pela legislação brasileira do princípio de plena concorrência. É o caso de ERIC MORAES, de acordo com o qual o Brasil é um dos poucos países que não adota o princípio de plena concorrência nas suas regras aplicáveis aos preços de transferência, substituindo a comparação inerente ao princípio de plena concorrência

---

<sup>257</sup> Cfr. OLIVEIRA, Ricardo Mariz de, *Preços de Transferência – o Método do Custo mais Lucro – o Conceito de Custo – o Método do Custo mais Lucro e as Industrias de Alta Tecnologia – como conciliar Dispendios Intensivos em Pesquisas e Desenvolvimento com esse Método*, em: SCHOUERI, Luis Eduardo e ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.), *Tributos e preços de transferência*, São Paulo: Dialética, Vol. 2, 1999, p. 303.

<sup>258</sup> Cfr. GREGORIO, Ricardo Marozzi, *Arm's lenght e praticabilidade nos preços de transferência*, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, ps. 180 a 182.

por um lucro fictício arbitrariamente fixado por lei<sup>259</sup>. Esta é também a posição defendida por VALÉRIA MIRSHAWKA. Segundo esta autora, o princípio de plena concorrência não foi adotado na legislação brasileira, pois os métodos de determinação dos preços de transferência não se vinculam a uma apuração do preço segundo este princípio, mas sim a partir de fórmulas pré-estabelecidas, e perante a existência destas, não pode existir uma verdadeira aceção do princípio de plena concorrência. A autora invoca ainda a exclusão por parte da legislação brasileira da aplicação de métodos diversos daqueles por ela estipulados, sendo que a aplicação do princípio de plena concorrência permite a aplicação de outros métodos<sup>260</sup>, tal como já tínhamos referido.

Há no entanto quem defenda que a existência de margens de lucro predeterminadas e a impossibilidade de aplicar métodos diversos dos previstos na lei são manifestações do princípio da praticabilidade<sup>261</sup>, não excluindo a adoção do princípio de plena concorrência do ordenamento jurídico brasileiro, mas limitando a sua aplicação. Nesse sentido vai RICARDO GREGORIO que entende que a opção legislativa brasileira em adotar uma variedade de mecanismos que fomentam a praticabilidade em detrimento do princípio de plena concorrência originou uma colisão de princípios<sup>262</sup>.

### 6.2.5 – Comparação entre a metodologia brasileira e a proposta pela OCDE

Tanto o MPIC com o MPVEx consistem em calcular a média aritmética dos preços dos bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, praticados entre entidades independentes, em condições de pagamento semelhantes, sendo os únicos que exigem um teste de comparabilidade e os que se aproximam do MPC da OCDE. A principal diferença entre eles reside no facto de o MPC não se basear numa média aritmética.

Por determinarem o cálculo de médias aritméticas ponderadas de preços de revenda,

---

<sup>259</sup> SILVA, Eric Moraes de Castro e, *Predetermined Margins in the Brazilian Transfer Pricing Rules and their Compatibility (or not) with the world trade system*, Revista Direito Tributário Atual, 39-2018, disponível em: <http://ibdt.org.br/RDTA/>

<sup>260</sup> MIRSHAWKA, Valéria Zimpeck, *Preços de Transferência: Diferentes Visões*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2012, p. 137

<sup>261</sup> O princípio da praticabilidade, de acordo com Regina Helena Costa, corresponde ao conjunto de técnicas que tem como objetivo viabilizar a adequada execução do ordenamento jurídico, utilizando-se, notadamente, de meios eficazes e com menor custo. Cfr. COSTA, Regina Helena, *Praticabilidade e Justiça Tributária*, São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 53

<sup>262</sup> GREGORIO, Ricardo Marozzi, *Arm's lenght e praticabilidade nos preços de transferência*, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 244.

como é o caso do MPRL, MPVA e MPVV, ou de custos, como é o caso do MCPL e do MCAP<sup>263</sup>, estes são inspirados, respetivamente, no MPRM e no MCM. No entanto, ao estabelecerem margens de lucro brutas predeterminadas sobre o preço de venda ou sobre os custos incorridos nas transações, divergem fortemente dos métodos previstos pela OCDE, uma vez que estas margens muitas vezes não permitem refletir a realidade económica, não considerando as condições de mercado.

Daqui se depreende que o legislador brasileiro rejeitou os métodos baseados no lucro da operação, que se revelam os mais indicados quando estamos perante operações que envolvem ativos intangíveis, pelo que a legislação está longe de ser adequada à determinação do preço de mercado nestas operações, até porque não oferece qualquer alternativa.

Segundo as *Guidelines* da OCDE, os contribuintes devem adotar o método mais adequado ao caso concreto, após uma análise às características de cada um e tendo em conta, nomeadamente, a disponibilidade de informações fiáveis e a existência de transações não vinculadas comparáveis, não existindo um método aplicável em qualquer situação. A legislação brasileira, por sua vez, dá liberdade de escolha ao contribuinte quanto ao método a aplicar, exceto nos casos do MPCl e do MPCE, não acolhendo qualquer hierarquia entre eles<sup>264</sup>, mas uma vez escolhido um método para o ano-calendário, após o início do procedimento fiscal o contribuinte não poderá alterá-lo, salvo quando o método ou algum de seus critérios de cálculo venha a ser desqualificado pela fiscalização<sup>265</sup>. Esta liberdade de escolha combinada com as margens predeterminadas abre portas ao planeamento fiscal e mesmo à evasão fiscal, visto que a ausência de cooperação por parte dos “paraísos fiscais” na troca de informação permite contornar as regras aplicáveis no caso do MPVA e do MPVV de que os preços de revenda sejam apurados em conformidade com o mercado do país importador e no caso do MCPL de que os custos de produção dos bens importados sejam apurados no país da sua produção<sup>266</sup>. No entanto, o legislador brasileiro não admitiu a escolha de outros métodos que não os previstos na lei, ao

---

<sup>263</sup> Cfr. GREGORIO, Ricardo Marozzi, *Arm's lenght e praticabilidade nos preços de transferência*, Tese de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 120.

<sup>264</sup> Esta ideia é reforçada pelo art.º 4.º da Instrução Normativa n.º 1.312/12 “para efeito de apuração do preço a ser utilizado como parâmetro, nas importações de pessoa jurídica vinculada, não-residente, de bens, serviços ou direitos, a pessoa jurídica importadora poderá, observado o disposto no art. 40, optar por quaisquer dos métodos de que tratam os arts. 8º a 16, exceto na hipótese de importação de commodities, conforme o §1º do art. 16”.

<sup>265</sup> Cfr. Artigo 20.º-A da Lei n.º 9.430/96.

<sup>266</sup> Cfr. GREGORIO, Ricardo Marozzi, *Arm's lenght e praticabilidade nos preços de transferência*, Tese de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 299.

contrário da OCDE, que admite a possibilidade de se utilizarem outros métodos, desde que se mostrem adequados a obter um preço de plena concorrência.

Outra diferença que marca o regime brasileiro em relação ao regime incentivado pela OCDE é a exclusão dos *royalties* e da transferência de tecnologia, já abordada.

A faculdade de celebração de um APPT também não está prevista no ordenamento jurídico brasileiro, nem a possibilidade de serem efetuados ajustamentos correlativos ou secundários, ao contrário do que acontece no ordenamento jurídico espanhol.

São evidentes, portanto, significativas diferenças entre o regime brasileiro e o regime da OCDE, um trajeto onde nem o ordenamento jurídico chinês se atreveu a enveredar, procurando antes estabelecer um regime semelhante ao da OCDE<sup>267</sup>.

Para finalizar, após a análise deste regime *sui generis*, temos de concordar com RICARDO GREGORIO quando defende que as regras aplicáveis aos preços de transferência no Brasil não são eficazes a ponto de impedir a prática da transferência de resultados para o exterior<sup>268</sup>. No entanto, apesar de repudiarmos o regime brasileiro em si, como a resposta aos problemas dos preços de transferência, não é de rejeitar a ideia que lhe está subjacente, de que o atual regime internacional também não é indicado para esse fim.

## 7 – Práticas utilizadas como mecanismo de evasão fiscal – exemplos práticos

As diferenças apresentadas pelos vários sistemas de tributação oferecem às empresas multinacionais oportunidades para obterem uma redução da sua carga fiscal, através da transferência de lucros gerados principalmente por atividades móveis para regiões que oferecem um tratamento fiscal mais favorável, ou mesmo através da repartição dos lucros ou prejuízos entre empresas localizadas no mesmo território, aproveitando-se do facto de uma delas gozar de benefícios fiscais, por exemplo. Bem cientes desta possibilidade, tem-se verificado uma crescente

---

<sup>267</sup> Para mais desenvolvimentos consultar YANG, Xiaoqiang e WANG, Jian, *China's Reforming of Transfer Pricing Rules in the Post-BEPS Era*, em RIBEIRO, João Sérgio (Ed.), *Preventing and Resolving Tax Treaties and Transfer Pricing Disputes*, Research Centre for Justice and Governance, 2018, ps. 135 a 154.

<sup>268</sup> Cfr. GREGORIO, Ricardo Marozzi, *Arm's lenght e praticabilidade nos preços de transferência*, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 321.

cisão entre as jurisdições nas quais as empresas desenvolvem e exercem efetivamente a sua atividade e aquelas onde os lucros são declarados para efeitos fiscais.

De seguida iremos apresentar alguns esquemas elaborados com base em jurisprudência, na divulgação feita ao abrigo art.º 15.º do Decreto-Lei n.º 29/2008 e outras fontes de bibliografia, através dos quais os grupos empresariais podem utilizar os preços de transferência para obterem vantagens fiscais e iremos dar conta dos métodos aplicados, à luz da legislação portuguesa, em alguns dos casos para determinar o preço de plena concorrência, e das possíveis diferenças que existiriam no caso de lhes ser aplicada a legislação espanhola e brasileira.

## **7.1 – Esquemas de âmbito jurisprudencial**

### **7.1.1 – Caso 1**

O primeiro esquema respeita à manipulação de preços na venda de bens e na prestação de serviços, e é-nos relatado pelo Supremo Tribunal Administrativo no seu Ac. de 29/11/2006 (Processo n.º 0401/06)<sup>269</sup>.

A empresa A detém uma participação de 20% no capital social da cooperativa B, pelo que a participação da cooperativa fica em percentagem superior a 70% no capital da empresa A, integrando o mesmo grupo económico, no qual o controlo e a direção efetiva pertencem à B. Estamos assim perante duas empresas que se encontram numa situação de relações especiais. Para que a A possa satisfazer as suas necessidades de serviços agrícolas e administrativos, matérias primas, etc. tem de recorrer à B, que lhe cobrou, tanto pela prestação de serviços, como pela venda de bens, preços sobrefaturados. Resultou assim do relatório da inspeção feita à B, que esta na venda de mercadorias aos cooperantes praticava margens brutas de comercialização que variam entre os 17% e os 41%, o que não se coaduna com a função social das sociedades cooperativas, como é o caso da B, mas sim com fins lucrativos, existindo inclusivamente situações em que a margem era superior à corrente no mercado. Tal comportamento advém do facto de a cooperativa estar isenta de IRC e as cooperantes sujeitas. Resultou também deste relatório, a

---

<sup>269</sup> Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf>

propósito da prestação dos serviços administrativos, que a partilha dos custos entre as empresas era feita de modo a sobrecarregar as sujeitas a IRC e a aliviar as isentas.

Ao sobrevalorizar os preços cobrados à A (e outras cooperantes), bem como ao sobrecarregá-la com os custos dos serviços administrativos, a matéria tributável da A diminui, pois tratam-se de custos fiscalmente dedutíveis, diminuindo assim o imposto a pagar. Por sua vez a matéria tributável da B aumenta, mas sendo esta isenta, não paga imposto.

Face ao descrito, deverá a Administração Fiscal efetuar uma correção aritmética à matéria tributável. É o nosso art. 63.º, n.º1 CIRC que legitima as correções ao lucro tributável quando estamos perante operações entre entidades relacionadas cujos termos se afastam daqueles que seriam praticados entre entidades independentes em circunstâncias comparáveis. Uma vez que no caso concreto se verificaram estas circunstâncias, cabe agora determinar qual o método adequado a aplicar, isto é, aquele que assegura o mais elevado grau de comparabilidade entre as operações que efetua e outras substancialmente idênticas, praticadas em situações normais de mercado. Já sabemos que o nosso legislador dá preferência aos métodos tradicionais baseados nas operações em detrimento dos métodos baseados no lucro da operação, pelo que sendo possível a sua aplicação, terá de se optar por um deles.

Neste caso, para a determinação do preço praticado na venda de bens e do preço dos SIG foi utilizado o MCM, provavelmente pela dificuldade em encontrar operações com um elevado grau de comparabilidade, apurando-se o preço de custo dos bens e serviços acrescido duma margem para cobertura de gastos administrativos e de venda. Da sua aplicação resultou uma correção no valor de 68 224,00€.

Atendendo à similitude que a legislação espanhola sobre preços de transferência apresenta em relação à nossa, não nos parece que neste caso a escolha fosse recair sobre um método diferente do MCM. À luz da legislação brasileira, uma vez estamos perante duas entidades residentes, o regime de preços de transferência não teria aplicação, sendo antes aplicado o regime da distribuição disfarçada de lucros (ver nota de rodapé 226).

### 7.1.2 – Caso 2

No esquema que se segue também está em causa a manipulação de preços na compra/venda de produtos, mas ao contrário do anterior, envolve a transferência de lucros para outra jurisdição. É-nos descrito pela Decisão Arbitral do CAAD de 2/5/2016 (Processo n.º 609/2015-T)<sup>270</sup>.

A empresa C exerce a atividade de produção e comercialização de rolhas de cortiça naturais, comercializando também rolhas técnicas, estas últimas produzidas por terceiros, e integra um grupo de empresas a nível mundial, todas operantes no setor dos vedantes para a indústria dos vinhos. Por sua vez a empresa D, sociedade registada na Irlanda, opera como um distribuidor exclusivo dos produtos da C para os mercados dos EUA, Austrália e África do Sul, onde atuam as suas congéneres, respetivamente E, F e G. Entre estas duas empresas existem relações especiais, em virtude de a sociedade-mãe do Grupo AA deter indiretamente a sociedade C e deter diretamente a totalidade do capital social da sociedade D.

No entanto, a função de distribuição exercida pela D era fictícia, pois o que se verificava na realidade era a expedição dos produtos a partir das instalações da C diretamente para os Estados Unidos, Austrália ou África do Sul. Neste caso, os produtos fabricados pela C eram vendidos às suas congéneres mas faturados à D por preços inferiores aos praticados em condições normais de mercado, que posteriormente os vendia por preços bastantes superiores em relação àqueles pelos quais adquiriu os produtos à C. Essa diferença no preço praticado não encontra qualquer justificação, uma vez que o valor acrescentado pela D é nulo, sendo todos os riscos das operações intermediadas pela D assumidos pela C.

Como vemos, o circuito de faturação é C – D – E, mas o circuito físico das mercadorias é C – E, funcionando a D como intermediário meramente instrumental. Daqui se conclui que a D não possui qualquer substância económica nem justificação comercial.

Pelo exposto, a empresa D era utilizada para desviar lucros de Portugal para a Irlanda, que constitui uma jurisdição fiscalmente atrativa na Europa.

Ao praticar preços inferiores aos que se verificariam caso estivessem em causa operações similares realizadas entre entidades independentes, a matéria tributável da C diminui, pelo que esta paga menos imposto. Por sua vez a matéria tributável da D aumenta, não só porque o valor dos custos dedutíveis é menor, mas também porque esta procede à venda dos produtos por um preço bem mais elevado. Contudo, o sistema tributário da Irlanda prevê uma baixa taxa de imposto sobre o rendimento das sociedades, mais concretamente de 12,5%, pelo que o imposto a pagar

---

<sup>270</sup> Disponível em: <https://caad.org.pt/tributario/decisoes>

será substancialmente menor. Desta forma o grupo consegue obter uma poupança fiscal, traduzindo-se num aumento do rendimento que será posteriormente distribuído pelos sócios.

Quanto ao método adequado à determinação do preço de plena concorrência no caso concreto, o escolhido pela C foi o MMLO, com o qual a Administração Fiscal concordou. A discórdia incidiu sobre a escolha do valor representativo do indicador de plena concorrência. O referencial de mercado de margem líquida da operação situava-se entre -2.19% e 9,48%, tendo a C calculado o preço de plena concorrência baseando-se no valor 2,91% como margem líquida da operação nas vendas realizadas à D, por se situar dentro do intervalo de plena concorrência. Acontece que nem todos os valores compreendidos nesse intervalo se podem considerar adequados a refletir a relação de mercado entre custos e resultados operacionais, sendo necessário determinar qual o ponto dentro do intervalo que melhor traduz a relação de mercado estabelecida entre entidades independentes. Atendendo ao exposto, não se justifica uma margem sobre os custos operacionais de 2,91%, tendo por outro lado a D uma margem de comercialização de 12,4%, uma vez que a substância da operação era assumida pela C.

A Administração Fiscal considerou que a margem líquida operacional de mercado de 5,76% era a aplicável ao caso, o que originou uma correção ao lucro tributável da C no valor de 337 493,97€.

Também aqui a legislação espanhola não introduziria diferenças, mas como estamos perante uma exportação, a legislação brasileira já seria aplicável a este caso, escolhendo-se um dos quatro métodos previstos para as exportações. Uma vez que o MPVEx exige um teste de comparabilidade, parece-nos que pelo menos a sua aplicação seria de excluir.

### 7.1.3 – Caso 3

O exemplo que se segue, baseado no Ac. do Tribunal Central Administrativo do Sul de 27/4/2006 (Processo n.º 04902/01)<sup>271</sup>, mostra-nos como os grupos de empresas podem reduzir a matéria tributável sujeita a IRC a zero, recorrendo à permuta formal de ativos financeiros.

A empresa H, que tem como objeto social a atividade de gestão de participações sociais de outras empresas, detinha 75,35% do capital da I e 99,98% do capital da J, esta última que por

---

<sup>271</sup> Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf>

sua vez detinha 100% do capital da K. Em 1995 a H comprou à N 100% do capital da K e em contrapartida cedeu à K a sua participação de 99,98% na J. Com esta operação a H não deixou de deter o controlo da J, mas agora de forma indireta, através da K, pelo que se mantém a situação de relações especiais.

Acontece que esta venda de ações foi feita pelo mesmo preço a que elas foram adquiridas em 1992, pelo que esta operação permitiu determinar menos valias fiscais que anularam os resultados positivos da H, ficando esta ainda com uma reserva de prejuízos a reportar para os anos seguintes e que deste modo a libertariam do pagamento de IRC. Uma vez que não se verificou realmente uma alteração na estrutura dos investimentos financeiros da empresa, está claro que o objetivo era o de apenas obter vantagens fiscais.

A realização desta transação nos referidos termos apenas se justifica pelo facto de estarmos perante entidades relacionadas, visto que dificilmente empresas independentes a celebrariam nas mesmas circunstâncias.

Além dos métodos tradicionais baseados nas operações e dos métodos baseados no lucro da operação, o uso de outros métodos que se mostrem adequados a obter um preço de plena concorrência são permitidos pela OCDE, e assim, dada a similitude que o nosso regime apresenta em relação às suas Guidelines, pelo nosso legislador. Uma vez que a Administração Fiscal apenas pretendia corrigir os efeitos da inflação, optou pela utilização de outro método, considerado adequado ao caso, baseado na aplicação dos coeficientes de desvalorização monetária. Da aplicação deste método resultou uma correção à matéria coletável de 342 335,15€.

Ainda que a legislação brasileira sobre preços de transferência pudesse ser aplicada a este caso, a escolha de um método nos moldes do escolhido pela nossa Administração Fiscal não seria permitida, visto que está vedada a escolha de outros métodos que não os previstos pela Lei n.º 9.430/96, o mesmo não acontecendo com o regime espanhol, que também prevê a possibilidade de serem aplicados outros métodos.

#### **7.1.4 – Caso 4**

O próximo caso, retirado da Decisão Arbitral do CAAD de 24/01/2017 (Processo n.º 347/2016-T)<sup>272</sup>, respeita a uma empresa, L, sociedade desportiva que agrega a atividade de futebol profissional masculino do M, entidade com a qual se encontra numa situação de relações especiais, uma vez que o M é detentor de uma participação de 36% no capital social da L e são comuns as pessoas que compõem as administrações de ambas as entidades.

No decorrer de uma ação de inspeção verificou-se que na contabilidade da L existia a seguinte conta “Acionistas/sócios, outras operações ativas” que apresentava saldo devedor. Na análise dos movimentos desta conta evidenciaram-se, além das transações suportadas pelo “Protocolo” celebrado com o M, cujos valores a L não chegou a receber, diversos valores respeitantes a dívidas do M a outras entidades das quais a L era credora, as quais foram liquidadas, por acordo tripartido, pela L, passando o M a constituir-se devedor da L. Há também registos de movimentos bancários efetuados para a conta do M, mas que não correspondem a qualquer venda de bens ou prestação de serviços. Conclui-se assim que estas operações configuram empréstimos entre as duas empresas, para os quais não se acordaram nem praticaram qualquer remuneração, isto é, juros.

Ora, se estivessemos perante uma operação de empréstimo entre entidades independentes, dificilmente a empresa que procede ao empréstimo aceitaria não receber juros, pois tal operação não se afigurar-lhe-ia compensatória. Pelo que se conclui que as condições acordadas na operação entre a L e a M são motivadas pela existência de relações especiais, afastando-se do que teria sido estabelecido numa operação não vinculada, e portanto, desconformes com o princípio de plena concorrência.

O objetivo das referidas operações era financiar a atividade do clube, tendo o M apurado resultados líquidos de forma constante, enquanto a L via o seu saldo devedor a aumentar.

Face ao exposto, a matéria coletável da L era subvalorizada, o que significa que esta pagava menos impostos do que aqueles que seriam devidos se ao longo dos anos tivessem sido praticadas condições de plena concorrência. Já o resultado fiscal do M estava sobrevalorizado, no entanto o M gozava de uma isenção relativa às atividades culturais, recreativas e desportivas, não pagando imposto.

A existência de comparáveis internos, nomeadamente o custo de financiamento suportado pela L por fundos, de montantes e prazos semelhantes aos concedidos ao M, permitiu à Administração Fiscal aplicar o MPC, resultando um lucro tributável de 219 597,41€.

---

<sup>272</sup> Disponível em: <https://caad.org.pt/tributario/decisoes>

Por estarem em causa operações entre duas entidades residentes, mais uma vez o regime brasileiro sobre preços de transferência não teria aplicação, regime este que prevê uma metodologia específica para os juros pagos ou creditados a uma entidade vinculada, aplicando-se neste caso o regime da distribuição disfarçada de lucros.

## **7.2 – Esquemas divulgados ao abrigo do art.º 15.º do Decreto-Lei n.º 29/2008**

Segundo o art.º 15.º do Decreto-Lei n.º 29/2008, de 25 de Fevereiro, o diretor-geral dos Impostos deve proceder à divulgação pública de que certo esquema ou atuação de planeamento fiscal, descrito em termos gerais e abstratos, é considerado abusivo. No seguimento deste artigo foram divulgados treze esquemas de planeamento fiscal abusivo, de entre os quais três podem reconduzir-se a uma violação do princípio de plena concorrência.

### **7.2.1 – Esquema D4**

O esquema D4, intitulado “criação de uma estrutura de financiamento intra-grupo recorrendo a veículos constituídos para o efeito”, está relacionado com a utilização, no âmbito de um grupo de sociedades, cuja empresa-mãe está sediada em Portugal, de uma sociedade instrumental situada num Estado-membro da UE onde vigora um regime de tributação dos rendimentos financeiros mais favorável comparativamente com o regime nacional, para a obtenção de recursos financeiros, junto do(s) acionista(s), designadamente por via de instrumentos não remunerados, e/ou com recurso ao mercado, havendo neste caso garantia, direta ou indireta, prestada pelo(s) acionista(s). Isto é, a tal sociedade instrumental obtém da empresa-mãe recursos financeiros, que posteriormente serão disponibilizados a outras entidades do grupo, com remuneração (pagamento de juros), permitindo-lhes gerar lucros que podem ser distribuídos à sociedade mãe em Portugal, beneficiando dos mecanismos de eliminação de dupla tributação económica, o que significa que os referidos lucros não são tidos em consideração na determinação da matéria coletável.

Pelo exposto, não há outro motivo diverso da obtenção de vantagens fiscais, mais

concretamente a não tributação em território nacional dos proveitos obtidos pelo acionista, sob a forma de lucros distribuídos, que justifiquem o financiamento indireto das entidades do grupo pela sociedade-mãe.

Na ausência de tal justificação, entidades independentes em situações comparáveis não praticaria uma operação nestes termos, optando uma das entidades pelo financiamento direto, mediante o pagamento de juros.

### **7.2.2 – Esquema D5**

O segundo esquema, D5, versa sobre a prestação de garantias através de sucursal financeira exterior constituída na Zona Franca da Madeira.

Consiste, no fundo, na prestação de garantias por parte de uma empresa residente em Portugal, a empresas não residentes sem estabelecimento estável em território português através de sucursal financeira internacional ou de sucursal financeira exterior de instituição de crédito residente em território nacional, beneficiárias de um regime de tributação mais favorável (porque se encontram licenciadas na Zona Franca da Madeira, que apresenta um nível de tributação mais baixo).

Tratam-se de operações motivadas exclusivamente por razões fiscais, pois têm como único objetivo a não tributação dos rendimentos gerados na esfera da sede da sucursal, através da afetação das referidas operações a essa sucursal, quando esta não se encontre dotada com fundos próprios adequados à avaliação prévia dos riscos assumidos.

Em suma, sendo a prestação de garantias realizada pela sucursal constituída na Zona Franca da Madeira e não diretamente pela empresa residente em Portugal, as respetivas comissões são pagas à primeira, beneficiando do tal regime de tributação mais favorável, o que não aconteceria se as comissões fossem pagas à segunda.

### **7.2.3 – Esquema D7**

Finalmente, o esquema D7 diz respeito à alienação de bens seguida da celebração de contrato de locação com o vendedor.

A descrição do esquema refere uma empresa residente para efeitos fiscais em Portugal que vende um bem, utilizado na sua atividade, a uma empresa localizada na UE, com a qual tem relações especiais. Com esta operação apura uma mais valia fiscal que não é tributada pela utilização de prejuízos fiscais reportáveis. Após a venda, a empresa que transferiu o bem celebra um contrato de locação que tem este por objeto, na qualidade de arrendatária, procurando afastar a classificação do contrato de locação como locação financeira e conseqüentemente o regime previsto no n.º 2 do art.º 25.º do CIRC, que estabelece que não há lugar ao apuramento de qualquer resultado fiscal de uma venda de bens, se esta for seguida de locação financeira desses mesmos bens, pelo vendedor, desde que fizessem parte dos inventários do vendedor. Nesta situação os bens são valorizados para efeitos fiscais ao custo inicial de aquisição ou de produção, sendo este o valor a considerar para efeitos da respetiva depreciação. No caso de os bens vendidos não integrarem os inventários de vendedor, também não há lugar ao apuramento de qualquer resultado para efeitos fiscais, sendo o bem depreciado ou amortizado para efeitos fiscais pelo locatário.

As vantagens fiscais associadas a estas operações resultam da conjugação do aproveitamento da dedução dos prejuízos fiscais e da potenciação de maiores deduções, tanto na esfera da entidade vendedora (rendas) como da entidade adquirente e locadora (depreciações calculadas eventualmente sobre um valor do bem aumentado).

Neste caso verifica-se um incumprimento do princípio de plena concorrência se as cláusulas em vigor no contrato de locação se afastarem das que teriam sido acordadas entre entidades independentes, em situações comparáveis, como por exemplo, uma sobrevalorização do valor das rendas a pagar.

### **7.3 – Esquemas envolvendo a utilização de ativos intangíveis**

A propriedade intelectual, vulgo, ativos intangíveis, podem ser facilmente licenciados e transferidos entre empresas, sendo igualmente fáceis de desconectar das restantes unidades de produção, o que leva a que estes bens sejam frequentemente utilizados como um meio para evitar o pagamento de impostos. Se aliarmos estas características à dificuldade em valorar um ativo

intangível de acordo com o preço de mercado, temos a receita perfeita para que os grupos multinacionais possam recorrer aos preços de transferência de modo a obterem vantagens fiscais. Uma vez que as operações que envolvem estes ativos têm assumido um papel central a nível internacional, decidimos tratá-las à parte.

### 7.3.1 – Exemplo 1

A empresa A, sociedade-mãe de um grupo multinacional, está estabelecida numa jurisdição de alta tributação e dedica-se à atividade de desenvolvimento de tecnologia e ativos intangíveis. Com o intuito de desviar os seus lucros para um local com um regime fiscalmente mais atrativo, a A estabelece uma filial, B, numa jurisdição de baixa tributação. O esquema passa por transferir os seus direitos de propriedade intelectual à B, através de um ARC. Este acordo estabelece que a empresa B irá fazer um pagamento de entrada, pagamento esse que será feito a um preço bastante baixo, em comparação com aquele que seria praticado em condições normais de mercado. Como a empresa A tem de pagar impostos pela transferência dos seus direitos, o preço praticado vai manter o seu lucro tributável reduzido. As empresas irão ainda compartilhar os custos envolvidos na otimização da tecnologia cujos direitos lhe foram transferidos, o que significa que alguns dos custos incorridos pela B vão ser atribuídos à empresa A, de modo a que ela os possa deduzir ao seu lucro.

A sociedade-mãe vai ainda estabelecer uma outra filial, a C, localizada em Portugal. A empresa B vai celebrar com a C um contrato de licenciamento sobre os direitos de propriedade intelectual inicialmente transferidos pela A, pelo que a empresa C terá de proceder ao pagamento de royalties e será tributada pelo rendimento obtido com as vendas e o uso da propriedade intelectual. Estando aqui também em causa duas entidades relacionadas, podem estabelecer entre elas um preço que não seja de plena concorrência, pelo que o pagamento dos royalties é feito por um preço inflacionado em relação ao que é habitualmente acordado entre empresas independentes em condições similares. A sobrevalorização dos royalties vai permitir à C aumentar os seus encargos dedutíveis, pelo que a matéria tributável será reduzida. Por sua vez, o rendimento do pagamento dos royalties é transferido para a B, que como se encontra localizada numa jurisdição de baixa tributação, não verá o seu lucro tributado, ou, a sê-lo, estará sujeito a uma taxa diminuída.

Já havíamos referido as dificuldades que apresentam os métodos tradicionais baseados nas operações quando as mesmas envolvem ativos intangíveis, dada a falta de comparáveis no mercado aberto, pelo que nestes casos o MFL costuma ser o método elegido pelos contribuintes e pelas Administrações Fiscais. O ordenamento jurídico brasileiro representa uma exceção, uma vez que não só não acolheu os métodos baseados no lucro da operação, como afastou as operações com royalties da aplicação do regime de preços de transferência, não sendo, portanto, este o regime a aplicar ao caso, mas sim as condições de dedutibilidade previstas na legislação vigente.

### 7.3.2 – Exemplo 2: *Double Irish e Dutch Sandwich*

Os grupos multinacionais podem conjugar a prática de preços de transferência com as vantagens retiradas das idiossincrasias entre os sistemas fiscais, de maneira a reduzirem o valor dos impostos a pagar. Vejamos agora duas conhecidas estratégias de evasão fiscal que implicam a criação de esquemas de licenciamento de propriedade intelectual, mais concretamente a *Double Irish* e a *Dutch Sandwich*. Note-se que as empresas que utilizam estas estratégias só poderão continuar a fazê-lo até 2020, uma vez que já foram aprovadas medidas para fechar as lacunas fiscais que as permitiam.

A *Double Irish* envolve a formação de um par de empresas irlandesas com o objetivo de transformar os pagamentos efetuados sobre propriedade intelectual em pagamentos de *royalties* dedutíveis de impostos. A empresa-mãe situada nos EUA estabelece uma subsidiária na Irlanda, pois a lei irlandesa permite que uma empresa situada no exterior se registre como uma empresa irlandesa, e celebra com ela um contrato no qual lhe transfere os direitos europeus de propriedade intelectual. Em retorno, a subsidiária irlandesa concorda em comercializar e promover os produtos na Europa. Com a celebração deste contrato, o rendimento obtido na Europa, e que seria tributado nos EUA, vai ser tributado na Irlanda, que como já vimos constitui uma jurisdição fiscalmente atrativa. Seguidamente, a subsidiária Irlandesa altera a sua residência para efeitos fiscais para as Bermudas, por exemplo, um território que é considerado um “paraíso fiscal”, apresentando um nível de tributação nulo. Esta alteração é (era) possível pois a legislação irlandesa prevê (previa) que uma subsidiária não seja considerada residente na Irlanda para efeitos fiscais, apesar de lá estar incorporada, bastando para tal que exerça comércio na Irlanda e se classifique como uma

empresa relevante, o que se verifica se ela for controlada por uma empresa residente num país que tem um tratado de dupla tributação com a Irlanda, como é o caso dos EUA<sup>273</sup>. O que é que isto significa? Não se pagam impostos nos EUA, pois apenas estão sujeitas a imposto as empresas incorporadas na sua jurisdição, nem na Irlanda, nem nas Bermudas. Por fim, a sociedade-mãe estabelece uma segunda subsidiária na Irlanda, onde será considerada residente para efeitos fiscais, que opta por ser desconsiderada pela legislação fiscal dos EUA, pois esta permite que as empresas americanas escolham se as suas filiais são tributadas nos EUA ou na jurisdição onde estão localizadas. É o chamado *check-the-box*.

Agora a subsidiária localizada nas Bermudas licencia a propriedade intelectual à subsidiária irlandesa em troca do pagamento de royalties. Destarte, em vez de o lucro ser tributado a uma taxa de 35%, que corresponde à taxa aplicável ao rendimento nos EUA, será tributado a uma taxa de 12,5% na Irlanda. Uma vez que os *royalties* pagos à subsidiária nas Bermudas são dedutíveis, o imposto a pagar será ainda menor<sup>274</sup>. A empresa-mãe nos EUA só será tributada pelo rendimento obtido com as vendas e o uso da propriedade intelectual na sua jurisdição.

A *Dutch Sandwich* apresenta apenas duas diferenças em relação à *Double Irish*. A primeira é que esta estratégia implica ainda a formação de uma terceira subsidiária localizada na Holanda e que é uma “empresa fantasma”, ou seja, só existe no papel. A segunda refere-se ao pagamento dos royalties, que são transferidos primeiro para a subsidiária holandesa e só depois para aquela que se encontra localizada nas Bermudas. Segundo a Diretiva 2003/49 os pagamentos de juros e royalties efetuados por uma empresa de um Estado-membro da UE para uma subsidiária localizada noutro Estado-membro da UE não serão tributados, desde que o beneficiário efetivo do pagamento seja uma empresa ou um estabelecimento estável noutro Estado-membro<sup>275</sup>.

Em ambos os casos as empresas relacionadas podem aproveitar a prática de preços de transferência para obterem uma poupança fiscal ainda maior. Para isso basta que a empresa-mãe venda os direitos de propriedade intelectual à primeira subsidiária por um preço subvalorizado, diminuindo assim o seu lucro tributável. O pagamento de *royalties* por parte da subsidiária

---

<sup>273</sup> Cfr. THORNE, Danielle, *The Double Irish and Dutch Sandwich Tax Strategies: Could a General Anti-Avoidance Rule Counteract the Problems Caused by Utilisation of these Structures?*, LLM Research Paper, Laes 516: Taxation, Domestic and International, University of Wellington, Faculty of Law, 2013, ps. 8 e 9.

<sup>274</sup> Cfr. WOOD, Robert W., *How Google Saved \$3.6 Billion Taxes From Paper 'Dutch Sandwich'*, Forbes, 22 de Dezembro de 2016, disponível em: <https://www.forbes.com/sites/robertwood/2016/12/22/how-google-saved-3-6-billion-taxes-from-paper-dutch-sandwich/#617b9b1f1c19>

<sup>275</sup> Cfr. THORNE, Danielle, *The Double Irish and Dutch Sandwich Tax Strategies: Could a General Anti-Avoidance Rule Counteract the Problems Caused by Utilisation of these Structures?*, LLM Research Paper, Laes 516: Taxation, Domestic and International, University of Wellington, Faculty of Law, 2013, p. 13.

Irlandesa (ou holandesa) à subsidiária das Bermudas por um preço superior ao preço de plena concorrência aumentará os seus valores dedutíveis, pelo que também aqui o lucro tributável diminui. Por sua vez, o lucro da sociedade nas Bermudas aumenta, mas nesta jurisdição não está sujeito a imposto.

#### **7.4 – Os preços de transferência no âmbito dos Auxílios de Estado**

Os grupos multinacionais também podem servir-se da concessão de Auxílios de Estado para transferirem os seus lucros e estabelecerem outras condições e preços que não os de plena concorrência.

Antes de mais, cumpre definir Auxílio de Estado como a atribuição de uma vantagem por parte do Estado ou proveniente de recursos estatais a uma entidade privada, concedida de forma seletiva e que favoreça a entidade beneficiária em detrimento dos seus concorrentes, afetando a concorrência e as trocas comerciais entre os Estados-membros. Estando em causa um ato de poder discricionário que distorce o normal funcionamento do mercado, estes auxílios são geralmente proibidos.

Os Auxílios de Estado podem assumir diversas formas, mas atendendo ao tema em análise, vamos apenas focar-nos no modo como podem os grupos multinacionais maximizar o seu lucro com a obtenção de uma poupança fiscal através de um APPT.

Em Junho de 2014 a Comissão deu início a investigações com o intuito de apurar se as decisões tomadas pelas Administrações Fiscais no Luxemburgo, Holanda e Irlanda relativamente ao imposto devido, respetivamente, pela Fiat, Starbucks e Apple, estavam alinhadas com as regras da UE em matéria de auxílios estatais. As investigações feitas a vários Estados-membros vieram no seguimento do caso *Lux Leaks*, um escândalo financeiro revelado por uma investigação jornalística conduzida pelo Consórcio Internacional de Jornalismo de Investigação, no qual se alegou que algumas empresas haviam beneficiado de reduções de impostos em virtude de decisões fiscais emitidas pelas autoridades fiscais nacionais. Estes acordos fiscais concederam vantagens fiscais seletivas a determinadas entidades, pois validaram os termos consagrados em APPT que estabeleciam regras de cálculo que permitem a fixação de preços de transferência desconformes com o princípio de plena concorrência. Esta aceitação revela um tratamento

favorável em relação a determinada empresa, pelo que pode consistir num Auxílio de Estado<sup>276</sup>.

Passemos a examinar estes casos mais detalhadamente.

#### 7.4.1 – Fiat

O primeiro caso reporta-se a um APPT celebrado em 2012, relativamente ao qual as autoridades fiscais luxemburguesas emitiram uma decisão fiscal, que no entender da Comissão concedia uma vantagem seletiva à FFT. A FFT, que faz parte do grupo Fiat, sediada no Luxemburgo, presta serviços financeiros, onde se incluem os empréstimos intragrupo, às empresas do grupo sediadas maioritariamente na Europa (excluindo as sediadas em Itália).

A decisão fiscal em questão permitia à FFT determinar o imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas devido no Luxemburgo numa base anual e aprovava o MMLO como o método apropriado para calcular a fatia dos lucros que cabia à FFT, tendo em conta as funções por ela desempenhadas e os riscos suportados. Uma das dúvidas levantadas pela Comissão respeitava à adequação deste método, por entender que o MPC é preferível naqueles casos em que existem transações comparáveis entre entidades independentes, o que se verificava. Posteriormente a Fiat e o Luxemburgo apresentaram alegações a favor da escolha do MMLO que foram aceites pela Comissão, no entanto não houve concordância quanto ao modo de aplicação do método, afirmando que se tratava de uma metodologia extremamente complexa que reduzia artificialmente os impostos a pagar pela FFT, estimando uma base de capital muito inferior ao capital real da empresa e uma remuneração aplicada para fins fiscais à referida base também muito inferior às taxas de mercado, não refletindo, portanto, as condições normais de mercado<sup>277</sup>. Por exemplo, a metodologia prevista no APPT usou como indicador do nível de lucro o capital regulamentar, quando deveria ter usado o capital contabilístico da FFT.

Pelo exposto, os termos aceites conduzem a um resultado incompatível com o princípio de plena concorrência, pois o valor do imposto devido pela FFT ao abrigo da legislação tributária

---

<sup>276</sup> Cfr. European Commission, *State aid: Commission investigates transfer pricing arrangements on corporate taxation of Apple (Ireland) Starbucks (Netherlands) and Fiat Finance and Trade (Luxembourg)*, Press Release, Brussels, 11 June 2014, disponível em: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-663\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-663_en.htm)

<sup>277</sup> Cfr. Comissão Europeia, *A Comissão conclui que as vantagens fiscais seletivas concedidas à Fiat no Luxemburgo e à Starbucks nos Países Baixos são ilegais nos termos das regras da UE sobre auxílios estatais*, Comunicado de Imprensa, Bruxelas, 21 de outubro de 2015, disponível em: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-5880\\_pt.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5880_pt.htm)

vigente no Luxemburgo é diminuto em comparação ao valor devido, ao abrigo da mesma legislação, por entidades independentes que operam em condições de mercado, pelo que o acordo fiscal confere efetivamente uma vantagem seletiva à FFT, que apenas pagava impostos por uma pequena parte dos seus lucros<sup>278</sup>. Terminada a investigação, apurou-se um montante compreendido entre 20 a 30 milhões de euros a ser pagos pelo Fiat às autoridades fiscais do Luxemburgo.

#### 7.4.2 – Starbucks

Como mencionámos, também a Holanda foi alvo de investigações na sequência de um APPT celebrado em 2008 entre a Administração Fiscal holandesa e a Starbucks MBV, a única subsidiária de torrefação de café do grupo Starbucks na Europa, encarregue da venda e distribuição de café torrado e produtos conexos aos pontos de venda da Starbucks na Europa, no Médio Oriente e em África<sup>279</sup>.

Estavam aqui em causa essencialmente duas operações, a primeira envolvia o licenciamento de propriedade intelectual, mais concretamente o *know-how* da Alki, também pertencente ao grupo Starbucks, mas localizada no Reino Unido, no domínio da torrefação de café, pelo qual a Starbucks MBV pagava, em contrapartida, *royalties*. O principal componente da matéria-prima do processo de torrefação era o café verde, o que nos leva à segunda operação que envolvia uma transmissão de bens, a Starbucks MBV adquiria o café verde por um determinado preço à Starbucks CT, estabelecida na Suíça.

O APPT previa que a remuneração devida pelo fornecimento de serviços de torrefação e pelas atividades da cadeia de fornecimentos que lhe estão associadas consistia numa margem de lucro compreendida entre 9% a 12% dos custos operativos da Starbucks MBV. A diferença entre esta margem de lucro e o lucro operacional antes das despesas com os *royalties*, ou seja, o lucro excedente, era usada para determinar no final de cada ano o montante dos *royalties* a pagar à

---

<sup>278</sup> Cfr. European Commission, *Commission Decision of 21.10.2015 on State Aid SA.38375 (2014/C ex 2014/NN) which Luxembourg granted to Fiat*, Brussels, 21.10.2015, par. 341 disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/253203/253203\\_1757564\\_318\\_2.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/253203/253203_1757564_318_2.pdf)

<sup>279</sup> Cfr. Comissão Europeia, *A Comissão conclui que as vantagens fiscais seletivas concedidas à Fiat no Luxemburgo e à Starbucks nos Países Baixos são ilegais nos termos das regras da UE sobre auxílios estatais*, Comunicado de Imprensa, Bruxelas, 21 de outubro de 2015, disponível em: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-5880\\_pt.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5880_pt.htm)

Alki, pela licença concedida para torrar grãos de café. Além disso, os *royalties* pagos eram considerados custos dedutíveis para efeitos de cálculo do imposto (sobre as pessoas coletivas) a pagar e não estavam sujeitos a retenção na fonte na Holanda<sup>280</sup>.

Contudo, a Comissão demonstrou que o valor dos *royalties* pagos pela licença concedida pela Alki para uso da sua propriedade intelectual não era conforme com o princípio de plena concorrência. Para além da Starbucks MBV, verificou-se que outras empresas pertencentes ao grupo Starbucks, bem como empresas de torrefação independentes utilizavam o *know-how* da Alki em situações idênticas, mas apenas a Starbucks MBV procedia ao pagamento de uma remuneração. Face a isto, concluiu-se que a referida licença deveria ter sido valorada em zero, pelo que não eram devidos *royalties* pela propriedade intelectual de torrefação. A intenção subjacente ao pagamento dos *royalties* era desviar grande parte dos lucros gerados pela venda dos seus produtos para a Alki, que não estava sujeita ao pagamento de imposto sobre as pessoas coletivas no Reino Unido nem na Holanda<sup>281</sup>. Por serem considerados custos dedutíveis, contribuíam ainda para diminuir a matéria coletável.

Para o cálculo da remuneração supra referida o APPT previa a aplicação do MMLO, que a Comissão considerou não ser o método correto a aplicar, mas antes o MPC.

Também o preço cobrado à Starbucks MBV pelo café verde era sobrevalorizado, tendo o preço aumentado para mais do triplo a partir do ano de 2011, sem que existisse qualquer justificação a nível de mercado para esse aumento substancial. A única justificação encontrada prende-se com motivações fiscais, nomeadamente reduzir o seu lucro tributável.

Ao aceitar como conformes com o princípio de plena concorrência os termos estabelecidos para determinar a remuneração devida à Starbucks MBV pelas funções realizadas, o valor dos *royalties* a pagar à Alki e o valor a pagar à Starbucks CT pelo café verde, a Administração Holandesa concedeu à Starbucks MBV uma vantagem seletiva que lhe permitiu diminuir a sua carga fiscal em comparação com outras entidades não relacionadas. Tal como a Fiat, também a Starbucks terá de pagar um montante compreendido entre 20 a 30 milhões de euros às autoridades fiscais holandesas.

---

<sup>280</sup> Cfr. European Commission, *Commission Decision of 21.10.2015 on State Aid SA.38374 (2014/C ex 2014/NN) implemented by the Netherlands to Starbucks, Brussels, 21.10.2015*, par. 44, disponível em:

[http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/253201/253201\\_1762441\\_575\\_2.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/253201/253201_1762441_575_2.pdf)

<sup>281</sup> Cfr. Comissão Europeia, *A Comissão conclui que as vantagens fiscais seletivas concedidas à Fiat no Luxemburgo e à Starbucks nos Países Baixos são ilegais nos termos das regras da UE sobre auxílios estatais*, Comunicado de Imprensa, Bruxelas, 21 de outubro de 2015, disponível em: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-5880\\_pt.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5880_pt.htm)

### 7.4.3 – Apple

A Apple projeta, fabrica e comercializa dispositivos móveis de comunicação e mídia, computadores pessoais e leitores de música portáteis digitais. A empresa-mãe do grupo Apple é a Apple Inc., sediada nos EUA. As investigações levadas a cabo pela Comissão para apurar a concessão de vantagens seletivas pela Irlanda à Apple dizem respeito, especificamente, a duas decisões fiscais emitidas em relação à ASI e à AOE, que determinam os seus lucros tributáveis. A primeira decisão foi emitida em 1991 e a segunda, em substituição da primeira, em 2007.

Tanto a ASI como a AOE são duas empresas constituídas na Irlanda, que lá operam através de sucursais, mas não eram consideradas residentes para efeitos fiscais na Irlanda. Como já havíamos referido aquando a explicação do esquema *Double Irish*, a lei irlandesa previa duas exceções à regra que estipulava que uma empresa constituída na Irlanda é considerada residente para efeitos fiscais na Irlanda. Assim, uma empresa incorporada na Irlanda não era considerada residente para efeitos fiscais quando sob a aplicação de um tratado de dupla tributação fosse considerada residente fiscal noutro país ou quando exercesse comércio na Irlanda e se classifique-se como uma empresa relevante, não se exigindo neste caso que ela fosse considerada residente para efeitos fiscais noutra jurisdição. Uma empresa é considerada relevante se ela for controlada por outra empresa residente num Estado-membro ou num país que tem um tratado de dupla tributação com a Irlanda, como é o caso dos EUA. A ASI e a AOE enquadravam-se nesta segunda exceção, pois são ambas controladas pela Apple Inc. Estamos perante duas empresas que não eram consideradas residentes para efeitos fiscais em nenhuma jurisdição, visto que cada uma operava através de uma única sucursal na Irlanda. Quanto às suas “sedes sociais”, estas não tinham instalações próprias nem funcionários e não estavam baseadas em qualquer jurisdição. Ou seja, no fundo podiam ser descritas como “apátridas” para fins de residência fiscal<sup>282</sup>.

Os direitos de utilização da propriedade intelectual da Apple para vender e fabricar os seus produtos na Europa, Média Oriente, África e Índia foram cedidos pela Apple Inc. à ASI e à AOE através de um ARC. Enquanto a ASI era responsável pela compra de produtos pertencentes à

---

<sup>282</sup> Cfr. European Commission, *Commission Decision of 30.8.2016 on State Aid SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) implemented by Ireland to Apple*, Brussels, 30.8.2016, pars. 48 a 52 disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/253200/253200\\_1851004\\_674\\_2.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/253200/253200_1851004_674_2.pdf)

Apple a fabricantes de equipamento em todo o mundo e pela venda desses produtos fora da América do Sul e do Norte, a AOE dedicava-se ao fabrico de determinadas linhas de computadores para o grupo Apple.

De forma a que os lucros provenientes da venda dos produtos da Apple ficassem todos concentrados na Irlanda, as operações de venda na Europa foram estruturadas com o objetivo de levar os clientes a comprarem contratualmente os produtos das empresas estabelecidas na Irlanda em vez de o fazerem nas lojas físicas<sup>283</sup>.

O regime fiscal concedido às duas empresas pelas decisões fiscais de 1991 e 2007 respeitava à afetação interna destes lucros e era similar. De ambos os APPT resultava uma afetação de grande parte dos lucros às “sedes sociais” das empresas irlandesas, como remuneração pelo uso da propriedade intelectual. Ou seja, apenas uma fração dos lucros eram atribuídos às sucursais irlandesas e tributados na Irlanda. Os lucros afetos às “sedes sociais” estavam isentos de imposto, ao abrigo das regras do direito fiscal irlandês supra mencionadas<sup>284</sup>. A Comissão considerou que a aceitação do pressuposto infundado de que as licenças de propriedade intelectual detidas pela ASI e pela AOE deviam ser atribuídas fora da Irlanda viola o princípio de plena concorrência. Se a Administração Fiscal irlandesa tivesse procurado avaliar se as licenças de propriedade intelectual deveriam ter sido efetivamente atribuídas fora da Irlanda, tomando em consideração os ativos usados, as funções desempenhadas e os riscos assumidos pelas sucursais irlandesas e pelas respetivas “sedes sociais”, teria concluído que a inobservância de atividades relacionadas com a licença de propriedade intelectual da Apple a nível das “sedes sociais”, que apenas existiam no papel, significava que essas licenças deveriam ser atribuídas às sucursais irlandesas<sup>285</sup>. Isto significa que nenhum lucro deveria ter sido distribuído às “sedes sociais”.

Ainda que se pudesse aceitar esse pressuposto, no APPT acordado em 1991 o montante do lucro a atribuir às empresas irlandesas foi negociado ao invés de lhe ser aplicada a metodologia dos preços de transferência, uma das razões pelas quais a Comissão o criticou. Por sua vez, o APPT de 2007 estipulava o método da MMLO para determinar os lucros a atribuir, em relação ao

---

<sup>283</sup> Cfr. Comissão Europeia, *Auxílios estatais: Irlanda concedeu vantagens fiscais ilegais à Apple que podem atingir 13 mil milhões de EUR*, Comunicado de Imprensa, Lisboa, 30 de agosto de 2016.

<sup>284</sup> Cfr. Comissão Europeia, *Auxílios estatais: Irlanda concedeu vantagens fiscais ilegais à Apple que podem atingir 13 mil milhões de EUR*, Comunicado de Imprensa, Lisboa, 30 de agosto de 2016.

<sup>285</sup> Cfr. European Commission, *Commission Decision of 30.8.2016 on State Aid SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) implemented by Ireland to Apple*, Brussels, 30.8.2016, par. 280 disponível em:

[http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/253200/253200\\_1851004\\_674\\_2.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/253200/253200_1851004_674_2.pdf)

qual a Comissão também demonstrou a sua discordância, não só pela escolha do próprio método que não se revelava o mais adequado, mas também quanto ao modo de aplicação, mais concretamente a escolha dos custos operacionais como indicador do nível de lucro e a aceitação de níveis de retorno demasiado baixos. Em ambos os casos a Comissão entendeu que a remuneração determinada segundo os termos acordados não reflete a que resultaria se estivéssemos perante empresas independentes em condições similares, pondo assim em causa o princípio de plena concorrência.

As disposições previstas nos APPT diminuía os lucros tributáveis da ASI e da AOE em comparação com empresas independentes, cujo lucro tributável era determinado de acordo com as regras fiscais vigentes na Irlanda, aliás, quase todos os lucros gerados pela venda dos produtos da Apple na UE não sofreram tributação, pelo que também neste caso estamos perante a atribuição de uma vantagem seletiva. O valor a recuperar pela Irlanda estipulado pela Comissão ascende os 13 mil milhões de euros.

#### **7.4.4 – Regime aplicável**

Uma vez que estamos perante esquemas que conjugam matéria de preços de transferência com Auxílios de Estado, ambos os seus regimes têm aplicação na resolução dos casos.

Por ter chegado à conclusão preliminar que as decisões fiscais emitidas pelas Administrações Fiscais no Luxemburgo, Holanda e Irlanda, em relação, respetivamente, à Fiat, Starbucks e Apple concediam Auxílios Fiscais na aceção do art.º 107.º, n.º1 do TFUE, e, portanto, incompatíveis com o mercado interno, a Comissão deu início ao procedimento formal, ao abrigo do art.º 108.º, n.º1 do TFUE. No âmbito deste procedimento pretende-se determinar se estão preenchidos ou não os requisitos para que um Auxílio de Estado seja incompatível com o mercado interno, e são eles: (i) que o auxílio tenham sido concedido pelo Estado ou proveniente de recursos estatais; (ii) que essa concessão afete as trocas comerciais entre os Estados-Membros; (iii) que conceda uma vantagem seletiva a uma empresa ou produção e (iv) que falseie ou ameace falsear a concorrência.

É precisamente no domínio do terceiro requisito, a concessão de uma vantagem seletiva, que o regime de preços de transferência encontra a sua aplicação, visto que essa vantagem resulta

de um desvio dos termos estipulados nos APPT em relação ao princípio de plena concorrência. Assim, a Comissão precisou averiguar se a metodologia aceite pelas Administrações Fiscais se afasta de uma metodologia que conduz a um resultado de mercado.

Como os três casos preenchem os requisitos previstos no art.º 107.º, n.º1 TFUE, ao abrigo do regime dos Auxílios de Estado, a Comissão ordenou aos Estados a recuperação do montante em falta.



### **CAPÍTULO III – Novas perspectivas em matéria de preços de transferência como instrumento de combate à evasão fiscal**

O fenômeno da globalização, que facilita às várias empresas constituintes de um grupo o exercício das suas atividades em vários Estados, parece ter-se acentuado nos últimos anos através de uma rápida integração das economias e mercados nacionais, o que tem intensificado o problema dos preços de transferência.

A preocupação com a perda das receitas provenientes dos impostos sobre as sociedades motivou os Estados na busca de uma solução que impeça a transferência de lucros entre jurisdições com base na manipulação dos preços praticados em operações vinculadas. Tratando-se de um problema de dimensão internacional, motivado pela interação das várias legislações tributárias, a sua abordagem individual dificilmente permitiria chegar a um resultado satisfatório, levando a uma dupla tributação e pondo em causa a segurança jurídica, pelo que a cooperação internacional assume aqui um papel importante. Por este motivo a OCDE procurou desenvolver instruções aplicáveis aos preços de transferência no sentido de proporcionar aos Estados meios para evitar que estes sejam utilizados pelos grupos multinacionais como mecanismo de evasão fiscal, ou para reequilibrar os sistemas tributários, naqueles casos em que outras considerações que não as fiscais estão por trás dos preços praticados. Apesar de existir uma grande aceitação internacional do princípio de plena concorrência e de a maioria dos Estados procurar seguir as Guidelines, não apresentando nas suas legislações nacionais alterações significativas em relação àquelas, as adversidades persistem. Um dos problemas ao qual a OCDE não conseguiu dar resposta diz respeito precisamente à utilização das lacunas e discrepâncias que existem na interação dos sistemas tributários e que facilitam as práticas evasivas, o que indica que o regime em vigor não é capaz de lidar com as alterações que vão surgindo globalmente a nível empresarial, além de criar oportunidades à concorrência fiscal prejudicial, como aconteceu com os APPT, que nos trouxeram os problemas dos Auxílios de Estado. Com o intuito de alcançar uma melhoria a certos níveis, nomeadamente na prevenção da dupla não tributação ou da baixa tributação alcançada pela transferência de lucros da região onde foram gerados, surgiu o Plano BEPS, que almeja garantir a coerência da tributação dos lucros das empresas a nível internacional<sup>286</sup>.

---

<sup>286</sup> Cfr. OECD, *Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros*, 2014, p. 13, disponível em: <https://read.oecd-ilibrary.org>

Atualmente, este Plano ainda está a ser implementado pelos Estados.

Também a UE, descrente nas regras em vigor, avançou com uma proposta que pretende pôr em vigor uma tributação unitária, promovendo, ao contrário do que se verificou com o Plano BEPS, um afastamento total do regime atual.

## 1 – O Plano de Ação BEPS

Ora, alarmados pela utilização recorrente das práticas fiscais abusivas, pela crise económica de 2008 e pela perceção de que o sistema de tributação internacional não funcionava corretamente, a OCDE conjuntamente com o G-20<sup>287</sup> elaborou o referido Plano de Ação BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), lançado em 2013, destinado a combater estes comportamentos evasivos, através da harmonização dos sistemas tributários dos países, obrigando assim as empresas a alterar as suas práticas fiscais. A nível de conteúdo, este plano de ação identifica as ações necessárias para enfrentar a erosão da base tributária e a transferência de lucros; estabelece prazos para a implementação dessas ações; e identifica os recursos necessários e a metodologia adequada para implementar as ações<sup>288</sup>.

Uma vez que as medidas sugeridas não gozam de força normativa, a sua adoção está inteiramente dependente da vontade de cada Estado em implementar as recomendações nos seus ordenamentos jurídicos. O que se verifica é que a ausência de coesão entre as administrações fiscais e o poder de barganha das empresas multinacionais dificulta a adoção dessas medidas, mantendo-se o atual paradigma na tributação internacional<sup>289</sup>.

O Plano BEPS contempla 15 ações a serem implementadas pelos Estados-membros da OCDE e do G-20, a saber:

*Ação 1 – Abordar os desafios fiscais da economia digital;*

---

<sup>287</sup> O G-20, ou Grupo dos 20, é um fórum internacional criado em 1999 e é composto por 19 países (Argentina, Austrália, Brasil, Canadá, França, Alemanha, Índia, Indonésia, Itália, Japão, México Rússia, Arábia Saudita, Coreia do Sul, Turquia, Reino Unido, EUA, China e África do Sul), sendo o seu 20º membro a União Europeia, representado pela Comissão Europeia, a presidência do Conselho da União Europeia e o Banco Central Europeu. O seu objetivo passa por promover um desenvolvimento económico equilibrado e sustentável, a fim de reduzir os desequilíbrios do desenvolvimento e reduzir a pobreza.

<sup>288</sup> Cfr. OECD, *Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros*, 2014, p. 11, disponível em: <https://read.oecd-ilibrary.org/>

<sup>289</sup> Cfr. RINCÓN, Ana María e HADDAD, Samira, *Evaluación del Plan de Acción sobre BEPS elaborado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico*, Colegio de Estudios Superiores de Administración CESA, 2015, p. 7

*Ação 2 – Neutralizar os efeitos dos instrumentos híbridos;*

*Ação 3 – Reforçar as normas relativas às SEC (sociedades estrangeiras controladas);*

*Ação 4 – Limitar a erosão da base tributária através da dedução de juros e outras compensações financeiras;*

*Ação 5 – Combater de modo mais eficaz as práticas tributárias prejudiciais, tendo em conta a transparência e a substância;*

*Ação 6 – Prevenir a utilização abusiva do convênio;*

*Ação 7 – Prevenir que o status de EP seja artificialmente evitado;*

*Ações 8, 9 e 10 – Garantir que os resultados dos preços de transferência estejam alinhados com a criação de valor;*

*Ação 11 – Estabelecer metodologias para coletar e analisar os dados sobre os fenômenos económicos da erosão da base tributária e da transferência de lucros e as ações para remediá-los;*

*Ação 12 – Exigir que os contribuintes revelem os seus esquemas de planeamento tributário agressivo;*

*Ação 13 – Reexaminar a documentação de preços de transferência;*

*Ação 14 – Tornar mais efetivos os instrumentos de resolução das disputas;*

*Ação 15 – Desenvolver um instrumento multilateral.*

Os três pilares em que assentam estas ações são: (i) introduzir coerência na tributação dos rendimentos das pessoas jurídicas a nível internacional; (ii) reforçar os requisitos de substância nos padrões internacionais, para assegurar o alinhamento entre a tributação, o local da atividade econômica e a criação de valor; (iii) aumentar a transparência, assim como a segurança e previsibilidade para o setor privado. Com as ações 2 a 5 procura-se prevenir e corrigir assimetrias entre os sistemas tributários dos ordenamentos jurídicos. Através das ações 6 a 10 pretende-se preservar as ações bilaterais que foram estabelecidas nos padrões de direito tributário internacional. Por sua vez, as ações 11 a 14, com base na prestação de informações com vista a identificar o local de realização e de tributação das atividades económicas, visam a transparência nas estruturas internacionais utilizadas pelas multinacionais. As ações 1 e 15 possuem objetivos particulares, sendo eles, respetivamente, identificar as principais dificuldades à aplicação das normas e padrões internacionais vigentes no setor e analisar as principais considerações de direito tributário e de direito internacional estabelecidas quanto ao desenvolvimento de um instrumento

multilateral para a implementação das medidas propostas nos tratados internacionais<sup>290</sup>.

Uma vez que o presente trabalho versa sobre a temática dos preços de transferência, é sobre as ações 8 a 10 e 13 que nos iremos debruçar.

### 1.1 – As ações 8 a 10

O regime elaborado para os preços de transferência, não obstante as constantes atualizações a que foi sendo sujeito, demonstra limitações que criam oportunidades para a erosão das bases tributárias e a transferência de lucros, ao permitir que os contribuintes o apliquem de modo a que a repartição de lucros não esteja alinhada com a atividade econômica que os gerou. Por este motivo, como já havíamos referido, as ações 8, 9 e 10 previstas no Plano BEPS destinam-se a garantir que os resultados dos preços de transferência estejam alinhados com a criação de valor.

As regras presentes nas *Guidelines* foram dando grande ênfase à repartição contratual das funções realizadas, ativos utilizados e riscos assumidos pelas partes para determinar a repartição de lucros, o que as torna mais suscetíveis à manipulação, pois criam um incentivo à deslocalização, principalmente, dos riscos e dos ativos, dada a sua natureza mais amovível, para jurisdições onde o seu retorno beneficie de um regime de tributação mais favorável. Além disso, uma vez que as regras de preços de transferência relativas à atribuição de riscos e ativos dentro de um grupo são aplicadas entidade por entidade, facilita-se o isolamento dos riscos num determinado membro do grupo.

Esta questão apresenta maior controvérsia quando se trata de repartição contratual dos riscos relacionados ao desenvolvimento e uso dos intangíveis em operações comerciais. Em regra o regime de preços de transferência aceita as repartições de risco efetuadas por entidades relacionadas, no entanto, as repartições dos lucros que daí advêm podem levantar problemas, nomeadamente quanto à questão de saber se o cessionário dos intangíveis, situado numa jurisdição de baixa tributação, assumiu realmente riscos significativos no seu uso e desenvolvimento. Questiona-se ainda se as regras aplicáveis aos preços de transferência deveriam

---

<sup>290</sup> Cfr. FERRARI, Bruna Camargo, *Negócios híbridos e normas CFC: impactos para as multinacionais brasileiras da incorporação do projeto BEPS no direito brasileiro*, Tese de Doutorado, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2016, ps 17 a 19.

tão facilmente aceitar repartições contratuais de risco e qual o nível de substância económica exigido para respeitar essas repartições<sup>291</sup>.

Dadas as suas várias insuficiências, o Plano BEPS procurou abordar as áreas dos preços de transferência cujas regras conduzem a resultados indesejados.

A ação 8 trata a temática dos ativos intangíveis e tem como escopo a criação de regras para combater a erosão da base tributária e a transferência de lucros através da transferência desses ativos entre os membros do mesmo grupo nacional, objetivo que só considera poder ser alcançado depois de concretizadas quatro medidas, nomeadamente, a adoção de uma definição abrangente e delineada de ativos intangíveis; assegurar que a alocação dos lucros gerados pela transferência e uso de ativos intangíveis é feita em função da criação de valor; elaborar disposições que regulem as transferências de ativos intangíveis de difícil valorização e proceder à atualização das instruções relativas aos ARC<sup>292</sup>.

Ao passo que em 2010 as Guidelines apenas enumeravam uma lista de exemplos de ativos intangíveis “*such as patents, trademarks, trade names, designs or models, literary and artistic property rights, and know-how and trade secrets*”<sup>293</sup>, a atualização publicada em 2017 já nos dá uma definição mais abrangente e delineada, conforme uma das medidas previstas. Assim, tal como já referido aquando a abordagem aos ativos intangíveis, a expressão “intangíveis” é utilizada para designar algo que não é nem um ativo físico nem um ativo financeiro, que pode ser detido ou controlado para ser usado em atividades comerciais e cujo uso ou transferência seria remunerado caso ocorresse numa operação entre entidades independentes em circunstâncias comparáveis.

Relativamente à necessidade de assegurar que a alocação dos lucros gerados pela transferência e uso de ativos intangíveis é feita em função da criação de valor, a solução adotada passa pelo reconhecimento dos direitos económicos ao membro do grupo ao qual foi transferida a propriedade intelectual apenas quando este tenha exercido controlo sobre seu o desenvolvimento, melhoria, manutenção, proteção e exploração. Nas *Guidelines* de 2010 era feita referência à necessidade de se ter em linha de conta tanto a perspetiva de quem transfere a propriedade, no sentido de saber a que preço uma empresa independente comparável estaria disposta a transferir a propriedade do intangível, como a perspetiva da parte a quem a propriedade

---

<sup>291</sup> Cfr. OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, 2013, p. 42, disponível em: <http://www.oecd.org>

<sup>292</sup> Cfr. OECD, *Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros*, 2014, p. 21, disponível em: <http://www.oecd.org>

<sup>293</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2010, Cap. VI, par. 6.2, disponível em: <http://www.oecd.org>

foi transferida, na mesma lógica, no sentido de saber o preço que uma entidade compradora estaria disposta a oferecer, em circunstâncias comparáveis, de acordo com o valor e a utilidade daquele bem em concreto, no âmbito da atividade que desenvolve.

No subcapítulo “*arm’s length pricing of transactions involving intangibles for which valuation is highly uncertain at the time of the transaction*” a OCDE ocupa-se da questão da fixação do preço de plena concorrência quando estão em causa ativos intangíveis de difícil valorização. Começando por reconhecer que há uma variedade de mecanismos que as empresas independentes podem adotar para lidar com as incertezas na avaliação do intangível no momento da transação, também têm em consideração que as dificuldades com que se defrontam as administrações fiscais para avaliar a fiabilidade das informações com base nas quais os contribuintes fixam o preço da transação, derivam das assimetrias de informação. É no subcapítulo “*hard-to-value intangibles (HTVI)*” que procura dar resposta a estas questões, através de uma abordagem que permite aos contribuintes demonstrarem que o preço estabelecido foi obtido após uma meticulosa análise de preços de transferência e que representa um resultado de plena concorrência; e ao mesmo tempo protege as Administrações Fiscais dos efeitos negativos resultantes das assimetrias de informação<sup>294</sup>. Na valoração destes ativos é possível, se necessário, um afastamento do padrão de plena concorrência<sup>295</sup>.

Quanto à última medida estabelecida na ação 8, as atualizações feitas ao capítulo VIII incidiram, desde logo, nas orientações que versam a determinação dos participantes num ARC, com a adição de critérios que permitem estipular se uma determinada parte é ou não participante no ARC. Ao longo das orientações que pautam este capítulo são ainda abordadas as oportunidades que surgem como consequência do uso de ARC para a erosão de bases tributárias e transferência de lucros por parte dos grupos multinacionais.

As orientações asseguram ainda que os ARC não podem ser utilizados para contornar a aplicação do princípio de plena concorrência em relação a transações que envolvem a suposição de riscos ou ativos intangíveis<sup>296</sup>.

Destinada a impedir a erosão da base tributária e a transferência de lucros através da transferência de riscos, entendidos como o efeito de incerteza sobre os objetivos do negócio, entre

---

<sup>294</sup> Cfr. OECD, *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, 2016, p. 64, disponível em: <http://www.oecd.org>

<sup>295</sup> Cfr. BRAUNER, Yariv., *Transfer Pricing in BEPS: First Round - Business Interests Win (But, Not in Knock-Out)*, Intertax, Vol. 43, Issue 1, 2015, ps. 72-84

<sup>296</sup> Cfr. OECD, *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, 2016, p. 161.

membros de um mesmo grupo, ou da atribuição de uma fração excessiva do capital entre eles, surge a ação 9, que resultou numa reformulação da secção D do capítulo I das *Guidelines*, propondo, para que se possam criar regras que cumpram este objetivo, a adoção de disposições que impossibilitem uma entidade de acumular retornos inapropriados (retornos estes que devem ser proporcionais à criação de valor), apenas por ter assumido riscos contratualmente, ou porque injetou capital<sup>297</sup>. Assim, as orientações atualizadas de acordo com o Plano BEPS procuram garantir que as transações efetivamente realizadas por empresas associadas são identificadas e que os preços de transferência praticados nessas transações não se baseiam em acordos que não refletem a realidade económica; as repartições contratuais dos riscos são respeitadas, mas apenas quando essas repartições vão ao encontro de decisões efetivamente tomadas; o capital que careça de funcionalidade não gera mais do que um rendimento livre de riscos, assegurando que não se atribua nenhum rendimento *premium* às entidades que atuem como *cash boxes*<sup>298</sup> e careçam de atividade substancial; as Administrações Fiscais possam desconsiderar certas transações quando se verificam circunstâncias excecionais de irracionalidade comercial, isto é, caso a transação não faça sentido ou se entidades independentes, em circunstâncias comparáveis, não tivessem acordado termos e condições semelhantes. Pretende-se com estes critérios afastar a possibilidade de uma transação vinculada não ser reconhecida unicamente porque entidades independentes não realizam uma transação igual.

Graças ao proposto no âmbito desta ação, as *Guidelines* sublinham a importância de se proceder, sempre que necessário, a uma comparação dos termos estabelecidos no contrato com a conduta das partes, no sentido de verificar se há divergências ou se de facto o comportamento adotado pelas partes se coaduna com o disposto no contrato. Foram ainda adicionadas orientações direcionadas à identificação dos riscos específicos e o seu impacto, e que proporcionam um marco analítico para determinar que empresa associada assume riscos para efeitos de preços de transferência (para tal, essa empresa necessita de controlar os riscos e ter capacidade financeira para assumir os riscos). Outra alteração verificada nas *Guidelines* refere-se ao auxílio dado na determinação das contribuições feitas por uma empresa associada que apenas providencia capital. Nestes casos, se a empresa não exerce qualquer controlo sobre os riscos que podem gerar retorno *premium*, então não pode esperar mais do que um rendimento livre de

---

<sup>297</sup> Cfr. OECD, *Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros*, 2014, p. 22, disponível em: <https://read.oecd-ilibrary.org>

<sup>298</sup> A OCDE define como *cash box* uma entidade rica em capital com uma funcionalidade baixa ou inexistente. Cfr. OECD, *Transfer Pricing Status Update*, July 2015, disponível em: <https://www.oecd.org>

riscos<sup>299</sup>.

*Last but not least*, a ação 10 incide sobre as transações nas quais sociedades independentes nunca, ou raramente participariam, inviabilizando a aplicação do princípio de plena concorrência, visto que não existem comparáveis no mercado. Para que se possam desenvolver as regras que evitem o BEPS através destas transações, são necessárias regras para esclarecer as circunstâncias nas quais as transações podem ser requalificadas (já abordadas a propósito da ação 9); esclarecer a aplicação de métodos de preços de transferência, em particular o método do fracionamento do lucro, no contexto das cadeias de valor mundial<sup>300</sup> e proteger-se contra os tipos mais comuns de pagamentos que têm por efeito a erosão da base tributária<sup>301</sup>, como por exemplo, os pagamentos efetuados aos *head offices* e as taxas de gestão.

Começemos por abordar a necessidade de se criarem regras que garantam proteção contra os tipos mais comuns de pagamentos que implicam BEPS, e que levou a que ao capítulo VII das *Guidelines*, que aborda os serviços intra-grupo, fosse adicionada a secção D sobre serviços de reduzido valor acrescentado, assim entendidos como os serviços prestados por um dos membros de um grupo multinacional a outro(s) membro(s) do grupo, com natureza de suporte não associados ao *core business*, que não envolvem riscos nem a utilização de ativos intangíveis ou de ativos únicos. Esta secção procura delinear uma forma simplificada (e optativa) de determinar os valores de plena concorrência a serem cobrados pela prestação destes serviços, que passa por especificar uma ampla categoria de serviços intragrupo que representam uma margem de lucro limitada, 5%, atendendo aos custos correspondentes; aplicar um critério de repartição uniforme a todos os beneficiários dos serviços de reduzido valor acrescentado; proporcionar maior transparência ao estabelecer requisitos específicos para prestação de informações, incluindo documentação que mostra a determinação da base de custos. A aplicação desta abordagem simplificada e optativa permite às Administrações Fiscais redirecionarem os seus recursos para os casos mais complexos de BEPS envolvendo preços de transferência, uma vez que substitui o método normalmente utilizado para determinar o preço de plena concorrência nos

---

<sup>299</sup> Cfr. OECD, *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, 2016, ps. 13 e 14, disponível em: <http://www.oecd.org>

<sup>300</sup> O termo “cadeia de valor mundial” descreve todas as atividades de uma empresa em relação a um produto ou serviço. Cfr. OECD, Discussion Draft on the Use of Profit Splits in the Context of Global Value Chains, 16 December 2014 - 6 February 2015, par. 6, disponível em: <https://www.oecd.org>

<sup>301</sup> Cfr. OECD, *Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros*, 2014, p. 22, disponível em: <https://read.oecd-ilibrary.org>

serviços intragrupo<sup>302</sup>.

Por sua vez o Capítulo II passou a incluir novas orientações que se aplicam às operações com *commodities*<sup>303</sup>, elegendo como método mais apropriado para determinar o preço de plena concorrência neste tipo de operações o método do preço comparável de mercado, no âmbito do qual pode ser utilizado o preço cotado. A necessidade de efetuar ajustamentos, quando tal se justifique, para que o MPC possa ser aplicado, também se verifica nas operações com *commodities*<sup>304</sup>.

Foi essencialmente com a consulta pública efetuada nos dias 19 e 20 de Março de 2015 que se deu conta dos problemas que ansiavam uma resolução a nível da aplicação dos métodos de preços de transferência. O problema que iremos aqui abordar prende-se com o facto de as situações em que a aplicação do método do fracionamento de lucro se revela mais apropriado em relação aos outros não estarem clarificadas, pelo que era necessário fazê-lo, assim como descrever as abordagens a adotar para repartir os lucros de forma fiável. Assim, a 21 de Junho de 2018 foi publicado o relatório *Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method - BEPS Action 10*, cujas orientações apontam o MFL como a solução a aplicar naqueles casos em que ambas as partes envolvidas na transação fazem contribuições únicas e valiosas, assim como nas situações onde há um elevado grau de incerteza para cada uma das partes em relação a uma transação, como é o caso das transações que envolvem a assunção partilhada por todas as partes de riscos economicamente significativos. Tal como constava nas *Guidelines* de 2017, este método pode também ser a solução quando estamos perante operações altamente integradas, nos casos em que um método unilateral não é apropriado<sup>305</sup>. Ao longo da secção C.2.2 do *Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method - BEPS Action 10* os referidos tipos de transações são escrutinados.

Quanto às abordagens a adotar na repartição de lucros, é a secção C.5. que se ocupa desta temática.

---

<sup>302</sup> Cfr. OECD, *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, 2016, ps. 141 e 142, disponível em: <http://www.oecd.org>

<sup>303</sup> Os *commodities* englobam produtos físicos para os quais um preço cotado é usado como referência por partes independentes de um setor para definir preços nas transações não controladas. Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. II, par. 2.18, disponível em: <http://www.oecd.org>

<sup>304</sup> Cfr. GOMES, Edgar Santos *et al.*, *Tributação Internacional – Base Erosion and Profit Shifting – “Estudo de Casos”*, Gramma Editora, 2018, p. 207

<sup>305</sup> Cfr. OECD, *Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method - BEPS Action 10*, 2018, pars. 2.119 a 2.121, disponível em: <http://www.oecd.org>

## 1.2 – A ação 13

Para que as Administrações Fiscais possam tratar corretamente e com rigor os processos que envolvem preços de transferência, os contribuintes têm de fornecer documentação de modo a muni-las com as informações necessárias. Ademais, assegura que os contribuintes têm em consideração a regulamentação dos preços de transferência na altura de fixar os preços nas transações vinculadas. Este importante papel da documentação em matéria de preços de transferência levou as *Guidelines* a dedicar-lhe o capítulo V, o qual orienta as Administrações Fiscais na criação de regras e procedimentos relativos à documentação a ser exigida aos contribuintes.

A ação 13 do Plano BEPS, direcionada a reexaminar a documentação de preços de transferência, chamou a atenção para a necessidade de desenvolver regras sobre esta, de modo a reforçar a transparência para a administração tributária, tendo em consideração os custos de conformidade para o setor privado. Para que tal fosse possível, as normas a desenvolver deveriam incluir o requisito de que todas as multinacionais proporcionem aos governos informação relevante necessária sobre a repartição global dos lucros, sobre a sua atividade económica e os impostos pagos nos vários países, de acordo com um modelo comum<sup>306</sup>.

Neste contexto, as orientações do capítulo V passaram a contemplar três tipos de documentos, o *master file*, o *local file* e o *Country-by-Country report*. Assim, quanto ao primeiro, as orientações preveem a necessidade de os grupos multinacionais fornecerem, num *master file*, às Administrações Fiscais, informações relativas às suas operações globais e às suas políticas gerais em matéria de preços de transferência. No *local file*, específico para cada país, deve constar a documentação adicional sobre preços de transferência, onde se identifiquem as operações entre entidades relacionadas, os montantes envolvidos, e a análise efetuada pelas empresas para determinar os preços de transferência das referidas operações, fornecendo assim informações mais detalhadas relativas a transações específicas entre empresas. Já o *Country-by-Country report* apenas se aplica às grandes empresas multinacionais, de modo a evitar a carga excessiva que o contrário representaria tanto para os contribuintes como para as Administrações Fiscais, e visa

---

<sup>306</sup> Cfr. OECD, *Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros, 2014*, p. 25, disponível em: <https://read.oecd-ilibrary.org>

providenciar informações a nível de cada jurisdição sobre o montante das receitas, o lucro antes da tributação, a quantia de imposto sobre as sociedades pago e acumulado, assim como certos indicadores de localização das atividades económicas nas jurisdições em que opera o grupo multinacional<sup>307</sup>. Ao proporcionar este tipo de informações, o *Country-by-Country report* é um valioso aliado das Administrações Fiscais no que respeita a determinar quais as empresas que devem ser objeto de investigação e auditoria fiscal. Na secção D abordam-se os denominados “problemas de conformidade”, começando por se referir àquelas situações em que os contribuintes demonstram que têm de incorrer em custos desproporcionalmente elevados relativamente aos montantes em causa, para obterem dados que lhes permitam estabelecer os preços de plena concorrência ou que tais dados inexistem. Nestes casos não deve ser exigido aos contribuintes que suportem essa carga administrativa e custos desproporcionais.

A divergência de país para país das regras de elaboração da documentação suscita certas dificuldades aos contribuintes, desde logo em estabelecerem prioridades e fornecerem às Administrações Fiscais as informações necessárias no momento oportuno. Segundo as *Guidelines*, a solução passa por exigir que o *local file* seja finalizado até à data fixada para a apresentação da declaração de impostos do exercício fiscal correspondente, o *master file* seja revisto e, se necessário, atualizado antes da data limite fixada para a empresa-mãe do grupo multinacional apresentar a declaração de impostos. Quanto ao *Country-by-Country report*, reconhece-se que em alguns casos as demonstrações financeiras estatutárias e outras informações financeiras que poderão ser relevantes para os dados do *Country-by-Country* descritos no Anexo III ao capítulo V, poderão não estar finalizadas antes de terminado o prazo estabelecido em alguns países para apresentar as declarações de imposto do exercício fiscal correspondente. Por este motivo, em certas circunstâncias, o prazo para concluir este relatório poderá ser prorrogado até um ano, contado desde o último dia do exercício fiscal da empresa-mãe do grupo multinacional.

Relativamente à informação pedida no que diz respeito ao *local file*, há que ter em atenção que nem todas as transações vinculadas são suficientemente importantes para serem integralmente documentadas. Para evitar que as empresas multinacionais sejam sobrecarregadas com aspetos documentais menos relevantes, cada país deve estabelecer critérios para determinar a relevância dos diferentes tipos de documentação, para efeitos do *local file*<sup>308</sup>.

---

<sup>307</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, Action 13 - 2015 Final Report*, 2016, p. 9, disponível em: <http://www.oecd.org>

<sup>308</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. V, par. 5.27 a 5.32, disponível em: <http://www.oecd.org>

Outro problema que se levanta respeita à conservação da documentação, que não deve ser exigida para além de um período de tempo razoável, consistente com o exigido na legislação interna. Uma vez que se costuma revelar difícil para as sociedades localizar documentos de anos fiscais anteriores, aconselha-se às Administrações Fiscais que apenas os requeiram quando tenham fundadas razões para tal.

Com o objetivo de determinar se as análises funcional e económica continuam precisas e relevantes, e confirmar a validade dos métodos de preços de transferência aplicados, o *local file*, o *master file* e o *Country-by-Country report* devem ser revistos e atualizados anualmente. Ora, esta exigência implica uma grande carga para os contribuintes, pelo que as Administrações Fiscais podem permitir, desde que se mantenham inalteradas as condições operativas, que as pesquisas nas bases de dados por comparáveis que suportam parte do *local file* apenas sejam atualizadas a cada três anos.

A necessidade de fornecer documentos no idioma local pode levantar problemas no cumprimento das regras impostos sobre preços de transferência, pois a sua tradução requer tempo e custos consideráveis. Com isto em mente, as *Guidelines* sugerem que os países permitam que a documentação sobre preços de transferência seja apresentada num idioma comum, mas apenas quando tal não ponha em causa a utilidade dos documentos.

Em regra, quando pretendemos assegurar que certas regras/imposições sejam cumpridas, preveem-se sanções em caso de incumprimento. Com as obrigações de documentação sobre preços de transferência a técnica não se revela diferente, pelo que muitos países têm previstas sanções para aqueles contribuintes que pretendem escapar-se delas. O senão? A divergência entre os regimes sancionadores dos países pode levar a que as práticas de cumprimento normativo dos contribuintes favoreçam um país em detrimento de outro.

Há determinadas situações em que não devem ser aplicadas sanções aos contribuintes, nomeadamente quando estes não apresentam documentação à qual o grupo multinacional não tem acesso. Claro que isso não significa que não possam ser feitos ajustamentos quando os preços estabelecidos não são de plena concorrência.

Como forma de encorajar os contribuintes a cumprirem as obrigações de documentação sobre preços de transferência, as *Guidelines* falam em implementar incentivos ao seu cumprimento, como por exemplo, a inversão do ónus da prova.

Por fim, uma das principais preocupações das empresas quanto à entrega de documentação contendo vastas informações sobre as suas transações, prende-se com a

possibilidade de informações confidenciais se tornarem públicas. Nesse sentido, as Administrações Fiscais devem assegurar que a informação presente na documentação sobre preços de transferência a que tiveram acesso permanece confidencial<sup>309</sup>.

Das quinze ações desenvolvidas no Plano de ação BEPS, foi a ação 13 que contou com maior adesão a nível internacional, especialmente por parte dos EUA, o que se deve a ter criado uma abordagem comum para o cumprimento das regras relativas à documentação sobre preços de transferência.

### 1.2.1 – Intercâmbio internacional dos *Country-by-Country reports*

Além da imposição pelas normas internas dos vários Estados da entrega do *Country-by-Country report*, são ainda necessários mecanismos que garantam o seu intercâmbio. Nesse sentido, com base no art.º 6.º da Convenção sobre Assistência Administrativa Mútua em Matéria Fiscal, que exige que as autoridades competentes das partes na Convenção acordem mutuamente no alcance do intercâmbio automático de informações e no procedimento respetivo, surgiu o Acordo entre Autoridades Competentes para o Intercâmbio dos *Country-by-Country reports*<sup>310</sup>.

O referido Acordo considera-se assinado desde que tenha sido feita uma declaração intencional de assinar a Convenção sobre Assistência Administrativa Mútua em Matéria Fiscal, mas só entrará em vigor entre duas autoridades competentes se nas suas jurisdições a Convenção também estiver em vigor e a produzir efeitos. Verificados estes requisitos, cada jurisdição tem de informar que dispõe na sua legislação de normas que garantam não só a apresentação do *Country-by-Country report*, mas também a confidencialidade da informação entregue. O prazo para o intercâmbio é de 15 meses após o fim do exercício fiscal respetivo<sup>311</sup>.

---

<sup>309</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. V, par. 5.34 a 5.44, disponível em: <http://www.oecd.org>

<sup>310</sup> Cfr. OCDE, *Country-by-Country reporting*, disponível em: <http://www.oecd.org>

<sup>311</sup> Cfr. ASENSIO, María del Mar Barreno, *La documentación de las operaciones intragrupo: el country by country reporting (Acción 13)*, em: CID, José Manuel Almudí, *et. al.* (coord.), *El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS): G-20, OCDE y Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2017, ps. 375-387.

## 2 – Uma tributação unitária na UE: criação da matéria comum consolidada de imposto

A tributação dos grupos de sociedades desde há muito tempo que levanta problemas a nível internacional, motivados em grande parte pela interação de diversos regimes fiscais, cada um com normas de tributação e obrigações diferentes, o que apesar de implicar elevados encargos para os grupos, consumindo-lhes tempo e recursos económicos, também lhes abre portas a diversas práticas de evasão/fraude fiscal, incluindo através da utilização de preços de transferência. Além disso, estes regimes fiscais próprios para a tributação de sociedades em sede de imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas representam, a nível da UE, um sério obstáculo ao estabelecimento e funcionamento do mercado interno<sup>312</sup>.

Ciente da necessidade de ultrapassar os obstáculos fiscais ao desenvolvimento das atividades transfronteiriças, a Comissão tem procurado desenvolver diversos trabalhos sobre a harmonização direta, de modo a promover a integração do mercado comunitário e o seu crescimento sustentável. Desde o Relatório Neumark de 1962, que procurava harmonizar as retenções na fonte sobre juros e dividendos, assim como o imposto sobre as sociedades, passando por diversas Diretivas (e propostas), como a Diretiva “Fusões” e a Diretiva “Sociedades-Mães e Afiliadas” e outros trabalhos, eis que em 2001 surge a Comunicação “Para um mercado interno sem obstáculos fiscais – Estratégia destinada a proporcionar às empresas uma matéria coletável consolidada do imposto sobre as sociedades para as suas atividades a nível da UE”, já referida a propósito da Convenção de Arbitragem. Esta Comunicação prevê dois tipos de propostas de natureza diversa: no primeiro tipo enquadram-se as medidas destinadas a remover os obstáculos fiscais existentes nas relações entre empresas da UE, onde se incluem as que visam o aperfeiçoamento da Convenção de Arbitragem e no segundo tipo encontramos uma série de soluções destinadas a proporcionar aos grupos de sociedades que operem em mais de um Estado-membro uma matéria comum consolidada de imposto<sup>313</sup>. São estas últimas que iremos tratar de seguida.

Assim, foram propostas e discutidas as seguintes abordagens individuais: o Imposto Europeu sobre o Rendimento das Empresas; a Tributação com base na Lei da Residência; a Base Fiscal Única Harmonizada e Obrigatória e a Base Comum Consolidada. Todas estas soluções

---

<sup>312</sup> Cfr. RIBEIRO, João Sérgio, *Estudos de Direito Fiscal da União Europeia*, ELSA UMINHO, 3ª Edição, Abril de 2017, p. 94

<sup>313</sup> Cfr. SANTIAGO, Bruno Vinga, *O Futuro da Tributação Direta dos grupos de Sociedades na União Europeia*, 14 de Setembro de 2003, ps. 6 e 7 disponível em: <https://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/343.pdf>

requerem um sistema de repartição, enquadrando-se nos métodos baseados no do fracionamento global segundo uma fórmula, o que demonstra que ao contrário do que se verifica com a OCDE, a UE está recetiva à sua implementação.

Relativamente à primeira solução, esta apresenta não só uma única base de imposto, mas também uma única taxa a aplicar. Tratando-se de um imposto europeu, as suas receitas seriam essencialmente um rendimento da UE, repartindo-se o remanescente pelos Estados-membros, de acordo com uma fórmula. No entanto, a aplicação desta solução implica perda de soberania fiscal por parte dos Estados-membros, consequência que estes certamente não veem com bons olhos.

A solução da “Tributação com base na Lei da Residência” altera o modo de determinação da base tributável das filiais ou sucursais que operam em Estados-membros distintos daquele onde opera a sociedade-mãe, sujeitando-as a um único sistema tributário, mais concretamente o sistema vigente no Estado de residência da sociedade-mãe, simplificando o procedimento atualmente implementado. Uma vez determinado o lucro do grupo de sociedades, prossegue-se à sua distribuição pelos Estados-membros onde o grupo exerce atividade, com base numa fórmula de repartição. Depois de repartido, cada Estado aplica ao rendimento a taxa de imposto de acordo com a sua legislação nacional. Como desvantagens desta proposta alguns autores apontam: não obstante a determinação do rendimento das sociedades se reger apenas pelo regime fiscal de um Estado-membro, simplificando o processo, a verdade é que ainda existem 28 sistemas fiscais diferentes, ficando as Administrações Fiscais dos Estados-membros do grupo numa posição difícil; pode suceder que sociedades diferentes, que comercializem os mesmos produtos e se situem no mesmo local não se rejam pelas mesmas regras de tributação; maior competição entre os Estados-membros, de modo a atraírem as sociedades-mãe<sup>314</sup>.

Com a proposta de se consagrar uma base tributável única para tributar o lucro das sociedades, a “Base Fiscal Única Harmonizada e Obrigatória” pretende “eliminar” nesta matéria os diferentes sistemas fiscais existentes na UE. A administração continuaria nas mãos dos Governos dos Estados-membros. Também aqui os Estados teriam de abdicar da sua soberania fiscal, algo que não estão dispostos a fazer.

Finalmente, a “Base Comum Consolidada” foi apresentada como um instrumento optativo que assenta na criação de uma base tributável comum consolidada. Neste âmbito, à semelhança do que se verifica na “Tributação com base na Lei da Residência”, também o rendimento do grupo de sociedades é determinado de forma global, só que neste caso segundo a base tributável

---

<sup>314</sup> Cfr. RIBEIRO, João Sérgio, *Estudos de Direito Fiscal da União Europeia*, ELSA UMINHO, 3ª Edição, Abril de 2017, ps. 96 a 100

comum, sendo posteriormente distribuído pelos Estados-membros onde o grupo exerce atividade, com base numa fórmula de repartição. Depois de distribuído, cada Estado aplica ao rendimento a taxa de imposto de acordo com a sua legislação nacional, mantendo assim o seu direito de definir a taxa de imposto aplicável ao rendimento das pessoas coletivas. Ao contrário da proposta anterior, esta não substitui os sistemas fiscais existentes, continuando estes a existir em paralelo. De entre todas as soluções, esta parece ser a mais exequível, apesar de apresentar também desvantagens, desde logo porque persiste uma violação do princípio da não discriminação e da igualdade de tratamento, precisamente pela aplicação de regras distintas consoante estejamos perante uma empresa que atue a nível nacional ou internacional<sup>315</sup>. Além disso, a determinação da base de imposto está longe de ser uma tarefa simples, visto que não é fácil obter a unanimidade dos Estados-membros nesta decisão<sup>316</sup>.

Constatando-se que a solução da “Base Comum Consolidada” se revelava a preferida e após análises e estudos à aplicação deste método, a Comissão apresentou uma proposta de diretiva a 16 de Março de 2011 relativa a uma matéria coletável comum consolidada do imposto sobre as sociedades. Com esta proposta procurava-se “permitir às sociedades tratar a União como um mercado único para efeitos de impostos sobre as sociedades e, assim, facilitar as suas atividades transfronteiras e promover o comércio e o investimento”<sup>317</sup>. Porém, esta proposta não obteve aprovação no Conselho.

Chegando-se à conclusão que a consolidação da matéria coletável comum do imposto sobre as sociedades só deveria ser feita depois de esta estar estabelecida, reestruturou-se a proposta de diretiva apresentada em 2011, dividindo-se em duas propostas, publicadas a 25 de Outubro de 2016. Assim, passamos a ter uma diretiva “relativa a uma matéria coletável comum do imposto sobre as sociedades”, cingindo-se às regras para o cálculo da matéria coletável das sociedades e uma diretiva “relativa a uma matéria coletável comum consolidada do imposto sobre as sociedades”<sup>318</sup>, que estabelece um sistema para a consolidação da matéria coletável, esta última que não irá para frente até se conseguir alcançar um acordo quanto aos elementos da matéria coletável comum.

---

<sup>315</sup> Cfr. SANTIAGO, Bruno Vinga, *O Futuro da Tributação Direta dos grupos de Sociedades na União Europeia*, 14 de Setembro de 2003, p. 10 disponível em: <https://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/343.pdf>

<sup>316</sup> Cfr. RIBEIRO, João Sérgio, *Estudos de Direito Fiscal da União Europeia*, ELSA UMINHO, 3ª Edição, Abril de 2017, p. 102

<sup>317</sup> Cfr. Comissão Europeia, *Proposta de Diretiva do Conselho relativa a uma matéria coletável comum consolidada do imposto sobre as sociedades (MCCCIS)*, Estrasburgo, 25.10.2016, p. 2 disponível em: <https://eur-lex.europa.eu>

<sup>318</sup> Cfr. Conselho Europeu, *Matéria coletável comum consolidada do imposto sobre as sociedades*, Consilium Disponível em: <http://www.consilium.europa.eu/pt/policies/ccctb/>

Tendo esta PDMCCCIS sido adotada ao abrigo de art. 115.º do TFUE, ela tem incidência direta no estabelecimento ou no funcionamento do mercado interno.

Muitas das disposições que constam nesta PDMCCCIS não sofreram quaisquer alterações em relação à proposta de diretiva apresentada em 2011. Vejamos algumas, como o caso da definição de grupo, consagrada no art. 5.º da PDMCCCIS 2016 (art. 54.º da PDMCCCIS 2011), que estabelece que pertencem ao grupo as filiais imediatas e subfiliais quando a sociedade-mãe detém: (i) controlo (mais de 50 % dos direitos de voto) e ii) propriedade (mais de 75 % do capital próprio) ou nos direitos a participação nos lucros (mais de 75 % dos direitos de participação nos lucros). O mesmo se verifica com as disposições que tratam as perdas e ganhos de capital não realizados na altura da entrada e saída do grupo.

Sobre a retenção na fonte dos impostos incidentes sobre juros e *royalties*, consta em ambas as propostas que esta deve ser repartida entre os Estados-membros segundo a fórmula do exercício fiscal em questão.

Também a fórmula de repartição de matéria coletável consolidada permanece inalterada. Esta fórmula baseia-se em três fatores de igual ponderação, ativos, mão de obra e vendas. Para além de estes fatores combinados permitirem uma distribuição equilibrada dos lucros tributáveis entre os Estados-membros do grupo, tornam mais difíceis as práticas evasivas do que os métodos generalizados de determinação de preços de transferência. Quanto à constituição de cada fator, o fator ativos deve ser constituído pelo valor médio de todos os ativos fixos corpóreos quer sejam detidos, arrendados ou alocados. O fator mão de obra deve ser dividido na proporção 50-50 em massa salarial e número de trabalhadores, o que possibilita considerar as diferenças salariais existentes na União. Por sua vez, o fator vendas é constituído pelo total das vendas. Uma vez que instrumento não possibilita ter em linha de conta as especificidades de certos setores, a solução encontrada passa por estabelecer regras sobre fórmulas ajustadas, previstas nos arts. 40.º a 43.º da PDMCCCIS.

Uma das alterações que se verificou de uma proposta de diretiva para outra diz respeito ao seu âmbito de aplicação. A atual proposta é obrigatória para os grupos de sociedades de dimensões consideráveis, isto é, segundo o seu art. 2.º, n.º1, al. c), os grupos consolidados que apresentem uma receita total consolidada do grupo superior a 750 milhões de euros durante o exercício financeiro anterior ao exercício financeiro em questão, que possuam um estabelecimento estável regido pelo direito de um Estado-membro da UE e pertençam a um contribuinte residente para efeitos fiscais na UE.

A nível dos procedimentos administrativos, ao contrário do que se verificava na proposta anterior, as regras administrativas comuns abrangem apenas o grupo consolidado<sup>319</sup>.

Vemos aqui uma abordagem bem diferente daquela que tem sido adotada pela OCDE, que utiliza o critério da entidade separada, tributando cada membro do grupo individualmente pelos rendimentos por ele obtidos

Atendendo às suas características, a aplicação deste mecanismo de matéria comum consolidada de imposto a nível de UE conseguiria eliminar as situações de dupla tributação e de dupla não tributação, que surgem como consequência das disparidades nos conceitos jurídicos de entidades ou pagamentos.

Outra virtude a apontar à sua aplicação consiste na redução dos custos de conformidade fiscal, pois com este sistema de “balcão único” os contribuintes não teriam de cumprir tantas obrigações acessórias quanto o número de Estados-membros onde o grupo exerce a sua atividade.

Como os Estados-membros não permitem deduzir as perdas ao nível transfronteiras (assim entendidas como as perdas de uma filial de outro Estado-membro), a MCCCIS, ao permitir a consolidação dos lucros e das perdas do grupo a nível da UE, reduz a sua carga fiscal.

No âmbito dos preços de transferência, com este sistema os grupos multinacionais não têm tanta facilidade em utiliza-los como mecanismo de evasão fiscal. Além disso, a determinação dos preços de transferência deixa de ser tão complexa, pois esta já não terá de ser feita segundo a legislação fiscal de cada Estado-membro onde os membros de grupo exercem atividade e as Administrações Fiscais não necessitarão de despender tantos recursos nas questões associadas aos preços de transferência, uma vez que competirá aos Estado-membro da sociedade-mãe debruçar-se sobre os assuntos fiscais do grupo<sup>320</sup>.

O Parlamento Europeu, na sua resolução legislativa sobre a PDMCCCIS de 15 de Março de 2018, convidou a Comissão a alterar a sua proposta de diretiva. Algumas das alterações propostas pelo Parlamento estão relacionadas com a intenção de se vir a integrar as disposições constantes na proposta de diretiva relativa à presença digital na PDMCCCIS<sup>321</sup>.

De entre as alterações, destacamos as propostas relativamente à sua entrada em vigor,

---

<sup>319</sup> Cfr. Comissão Europeia, *Proposta de Diretiva do Conselho relativa a uma matéria coletável comum consolidada do imposto sobre as sociedades (MCCCIS)*, Estrasburgo, 25.10.2016, ps. 10 a 12 disponível em: <https://eur-lex.europa.eu>

<sup>320</sup> Cfr. Comissão Europeia, *Proposta de Diretiva do Conselho relativa a uma matéria coletável comum consolidada do imposto sobre as sociedades (MCCCIS)*, Estrasburgo, 25.10.2016, ps. 6 a 8 disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:ff337b5c-9b7d-11e6-868c-01aa75ed71a1.0020.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:ff337b5c-9b7d-11e6-868c-01aa75ed71a1.0020.02/DOC_1&format=PDF)

<sup>321</sup> Cfr. Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, *Chegou o momento de estabelecer uma norma de tributação moderna, justa e eficiente para a economia digital*, Bruxelas, 21.3.2018, p. 8

pois ao contrário do que estabelece a proposta de diretiva, o Parlamento entende que esta deve entrar em vigor simultaneamente à Diretiva MCCIS. Quanto ao seu âmbito de aplicação, propõe-se que o caráter vinculativo aplicado ao limiar de 750 milhões se reduza a zero num período de sete anos, a partir do qual a aplicação deste sistema deve ser obrigatoriamente aplicado por todos os grupos multinacionais na UE. Já a fórmula de repartição, ao invés de três fatores, deve incluir quatro: a mão de obra, os ativos, as vendas por destino e a recolha e utilização de dados pessoais dos utilizadores de plataformas e serviços em linha<sup>322</sup>.

A PDMCCCIS encontra-se agora nas mãos do Conselho, pelo que nos resta esperar pela sua possível aprovação.

### **3 – Medidas que se perspetivam: estamos no bom caminho?**

Apresentadas as evoluções mais recentes dentro da temática dos preços de transferência, cumpre analisar se estas serão adequadas para alcançar os seus objetivos, ou se pelo contrário devemos procurar outro regime.

Começemos por abordar os aspetos que mais têm chamado a atenção dentro do Plano BEPS.

#### **3.1 – Novas regras aplicáveis aos intangíveis: algumas considerações**

A grande margem para evasão fiscal que existe a nível dos ativos intangíveis é uma das principais preocupações dos Estados, motivo pelo qual não só se preveem regras específicas que impeçam a erosão da base tributária e a transferência de lucros através de operações vinculadas com ativos intangíveis, como estas são frequentemente alteradas, por não conseguirem dar uma resposta aceitável ao problema a que se propõem resolver. Já expusemos as mais recentes

---

<sup>322</sup> Cfr. Parlamento Europeu, *Resolução legislativa do Parlamento Europeu, de 15 de março de 2018, sobre a proposta de diretiva do Conselho relativa a uma matéria coletável comum consolidada do imposto sobre as sociedades (MCCCIS)*, disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2018-0087+0+DOC+PDF+VO//PT>

alterações que foram introduzidas pela Ação 8 do Plano BEPS, resta analisar se as medidas serão idóneas para atingir o resultado desejado.

Neste contexto as medidas têm de permitir determinar corretamente: as entidades do grupo multinacional que têm direito a receber os rendimentos que resultam da exploração dos intangíveis e o valor de plena concorrência desses rendimentos. Assim, o Plano BEPS propõe que a propriedade económica da propriedade intelectual transferida fique dependente das funções realizadas, mais concretamente do facto de a sociedade adquirente ter exercido controlo sobre o seu desenvolvimento, melhoria, manutenção, proteção e exploração, criando valor. Além disso, outras sociedades constituintes do grupo que tenham contribuído para o desenvolvimento do ativo intangível devem ser recompensadas por isso. Esta abordagem é denominada “substância em detrimento da forma”, relegando para segundo plano a análise das transações com base nos contratos celebrados entre as partes. A maioria das jurisdições ainda não prevê disposições específicas que apliquem esta abordagem nos preços de transferência, no entanto algumas, como é o caso de Portugal e Espanha, estão a pensar introduzir estas alterações feitas às *Guidelines*<sup>323</sup>.

Alguns autores são da opinião que do ponto de vista económico, a distribuição dos lucros conexos com um ativo intangível com base na contribuição das entidades para a sua criação de valor mostra-se acertada e coerente com o princípio de plena concorrência. Ao dar ênfase às funções realizadas, aos ativos utilizados, aos riscos assumidos e aos intangíveis de que cada empresa é proprietária, as novas regras representam uma abordagem equilibrada e razoável. No entanto, apontam para a questão da sua complexidade na valoração dos intangíveis para alcançar o resultado de plena concorrência<sup>324</sup>. Quando não existam operações não vinculadas comparáveis é necessário recorrer a técnicas de valoração para determinar o preço de plena concorrência pela transferência de intangíveis entre entidades relacionadas, havendo uma certa preferência pelas técnicas baseadas no rendimento, em particular as técnicas de valoração baseadas no cálculo do valor descontado de fluxos de rendimento futuros projetados ou fluxos de caixa derivados da exploração do intangível a ser valorado<sup>325</sup>. A aplicação dos métodos baseados no rendimento implica que os pressupostos usados sejam diligentemente avaliados e consistentes com os factos existentes. Desde logo, os autores referem que quando um analista aplica um método de fluxo de

---

<sup>323</sup> ROCHA, Sérgio André, *The future of transfer pricing*, IFA Cahiers de Droit Fiscal International, Vol. 102B, 2017, p. 215

<sup>324</sup> Cfr. WRIGHT, Deloris R., *The BEPS Action 8 Final Report: Comments from Economists*, International Transfer Pricing Journal, April 2016, ps. 99 a 108, disponível em: <https://www.ibfd.org>

<sup>325</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. VI, par. 6.153, disponível em: <http://www.oecd.org>

caixa descontado, algumas suposições, como as que se referem, por exemplo, a taxas de crescimento, tendem a estar muito próximas, não tendo em conta outros fatores, como a indústria, e alterar esse sistema seria penoso. A escolha pelo analista das taxas de crescimento, taxas de desconto, etc., de forma imparcial também não se afigura fácil, levando provavelmente a valorações que beneficiam a empresa. Por fim, dá-se conta da dificuldade em determinar a forma de dividir o valor de um intangível entre as entidades envolvidas no processo de criação de valor, apontando-se a possibilidade de se determinar a repartição que entidades não relacionadas acordariam entre si.

Mas a complexidade das técnicas de valoração não é a única fragilidade que apontam. Outro exemplo refere-se ao facto de nem sempre as entidades não relacionadas conseguirem celebrar um bom negócio em consequência da imprevisibilidade das forças económicas, e que não é tido em conta pelas novas regras. Ao partir-se do pressuposto que as partes relacionadas chegariam sempre a um acordo vantajoso acaba por pôr em causa a finalidade de todo o processo, chegar a um resultado de plena concorrência.

Levanta-se ainda um problema quanto à sua praticabilidade em determinados aspetos. É o caso da determinação dos riscos associados ao desenvolvimento futuro de intangíveis que se mostra bastante difícil para as Administrações Fiscais. É também preciso ter em conta que nem sempre as atividades de marketing e de I&D criam ou acrescentam valor aos intangíveis, pelo que para determinar se estamos ou não perante um destes casos é necessário realizar uma minuciosa análise funcional e industrial. E pode ainda dar-se o caso de um ativo intangível não resultar em lucros ou preços mais elevados comparativamente com os seus concorrentes, sendo estes muitas vezes proprietários de intangíveis similares, reservando-se-lhe apenas a vantagem de manter a empresa competitiva<sup>326</sup>.

Concluindo, na sua opinião o sucesso ou fracasso destas orientações “vai ser determinado pela integridade que é trazida às análises individuais tanto por parte dos contribuintes como dos governos”<sup>327</sup>. E sendo este o caso, logo assim se prevê que muito provavelmente estarão destinadas ao fracasso.

Quem também se mostra concordante com as novas regras é JOSEPH ANDRUS que entende que o Plano BEPS nesta matéria apresenta alguns aspetos que são de valorizar,

---

<sup>326</sup> Cfr. WRIGHT, Deloris R., *The BEPS Action 8 Final Report: Comments from Economists*, International Transfer Pricing Journal, April 2016, ps. 99 a 108, disponível em: <https://www.ibfd.org>

<sup>327</sup> WRIGHT, Deloris R., *The BEPS Action 8 Final Report: Comments from Economists*, International Transfer Pricing Journal, April 2016, ps. 99 a 108, disponível em: <https://www.ibfd.org>

nomeadamente a definição de ativo intangível, a descrição de quais empresas constituintes de um grupo têm direito aos rendimentos provenientes dos intangíveis e as metodologias de determinação dos preços dos intangíveis. Apesar de persistirem problemas neste âmbito, uma vez que o Plano BEPS não consegue dar resposta a todos, o autor acredita que a partir daqui está criada a possibilidade de se discutirem estes problemas que talvez não existiam no contexto pré-BEPS<sup>328</sup>.

Há contudo quem não se apologista desta nova perspectiva. É o caso de AITOR IBARROLA, que começa por criticar o facto de a distribuição de lucros feita com base na criação de valor não ser, no seu entendimento, conforme com o princípio de plena concorrência. Isto porque o princípio de plena concorrência determina que essa distribuição de rendimento feita entre entidades vinculadas deve corresponder àquela que se verificaria entre entidades independentes, em circunstâncias comparáveis e nem sempre a distribuição com base na criação de valor permite chegar a esse resultado<sup>329</sup>. Ainda que tal possa ser verdade, também não se pode negar que o princípio de plena concorrência nem sempre tem conseguido dar uma resposta adequada aos problemas, pelo que entendemos que um afastamento em certos casos pode ser benéfico. No entanto, levantam-se outras dificuldades derivadas da prevalência que é dada às funções desempenhadas em relação aos ativos utilizados e aos riscos assumidos, já que não só não permite ter em conta as circunstâncias do caso concreto, mas sendo as funções também suscetíveis de mobilidade, o objetivo de evitar a erosão da base tributária e a transferência de lucros fica comprometido. Atendendo à descrição das novas regras como “ineficazes”, também o autor entende que o princípio de plena concorrência alcançou os seus limites<sup>330</sup>.

### 3.2 – Novas regras aplicáveis ao risco e ao capital: algumas considerações

---

<sup>328</sup> ANDRUS, Joseph L., *Richard Collier and Joseph L. Andrus discuss the Arm's Length Principle and BEPS*, entrevista em: Oxford Podcast, 10 de Novembro de 2017, disponível em: <https://soundcloud.com/oupacademic/richard-collier-and-joseph-l-andrus-discuss-the-arms-length-principle-and-beps>

<sup>329</sup> Cfr. IBARROLA, Aitor Navarro, *La modificación de las pautas sobre precios de transferencia en BEPS (Acciones 8-10): ¿cambio o evolución?*, em: CID, José Manuel Almudí, et. al (coord.), *El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS): G-20, OCDE y Unión Europea, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2017, ps.131-148*

<sup>330</sup> Cfr. IBARROLA, Aitor Navarro, *La modificación de las pautas sobre precios de transferencia en BEPS (Acciones 8-10): ¿cambio o evolución?*, em: CID, José Manuel Almudí, et. al (coord.), *El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS): G-20, OCDE y Unión Europea, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2017, ps.131-148.*

Cada negócio, cada atividade comercial envolve sempre um certo risco para os seus participantes, derivado da incerteza de que os investimentos realizados irão originar lucro, ou, pelo contrário, não originarão qualquer rentabilidade. Esses riscos materiais assumidos por cada uma das partes envolvidas numa operação influenciam os preços praticados, sendo a regra que o retorno esperado será proporcional ao risco assumido.

A dificuldade em identificar os riscos inerentes a uma operação e a análise minuciosa que implica a determinação das entidades relacionadas que assumiram um risco específico nessa operação<sup>331</sup> motivou a ação 9 do Plano BEPS incidente sobre riscos e capital. O realce que é dado à necessidade de determinar os riscos efetivamente assumidos pelas partes representa mais uma demonstração do caráter secundário dos contratos formais celebrados entre elas.

Sumariamente, as novas regras preveem um processo com seis passos para proceder à análise do risco: (i) identificar riscos economicamente significativos com especificidade; (ii) determinar a assunção contratual dos riscos; (iii) determinar que entidades desempenham funções de controlo e de mitigação de riscos, arcam com as consequências económicas do risco e têm capacidade financeira para assumir os riscos; (iv) determinar se a assunção contratual dos riscos é consistente com a conduta das partes, o que é feito analisando-se o cumprimento dos termos contratuais por parte das entidades relacionadas e se a parte que assume o risco exerce controlo sobre o risco e tem a capacidade financeira para assumir o risco; (v) perante uma situação em que se verifique que a entidade que assume o risco não o controla ou não tem capacidade financeira para assumi-lo, deve-se alocar risco para a entidade que exerce o controlo e tenha capacidade financeira para assumir o risco e (vi) determinar o preço da transação levando em conta as finanças e outras consequências da assunção de risco<sup>332</sup>.

O trabalho que foi feito no âmbito do Plano BEPS a propósito da repartição do risco não tem merecido grandes elogios, entendendo-se que foi um pouco além das abordagens que são consistentes com o modo como as partes independentes lidam com o risco. O facto de estarmos perante uma conceção que não se mostra muito bem-sucedida leva a crer que os problemas vão continuar<sup>333</sup>, além de implicar outros, nomeadamente a falta de segurança jurídica associada ao

---

<sup>331</sup> Cfr. OECD, *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, 2016, par. 1.59, disponível em: <http://www.oecd.org>

<sup>332</sup> Cfr. OECD, *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, 2016, par. 1.60, disponível em: <http://www.oecd.org>

<sup>333</sup> Cfr. ANDRUS, Joseph L., *Richard Collier and Joseph L. Andrus discuss the Arm's Length Principle and BEPS*, entrevista em: Oxford Podcast, 10 de Novembro de 2017, disponível em: <https://soundcloud.com/oupacademic/richard-collier-and-joseph-l-andrus-discuss-the-arms-length-principle-and-beps>

dinamismo das funções de controlo sobre o risco, que poderá levar a desacordos entre as Administrações Fiscais e os contribuintes<sup>334</sup>.

A facilidade com que os grupos multinacionais conseguem transferir capital levou a que a ação 9 procurasse ocupar-se também desta questão. Muitas vezes um membro de um grupo multinacional financia outro membro do grupo, devendo ser devidamente recompensado. Mas se o membro financiador não tiver quaisquer outras atividades económicas relevantes, não conseguindo controlar os riscos financeiros associados ao financiamento, apenas terá direito a um rendimento livre de riscos.

Contudo, no que ao capital diz respeito, a principal preocupação prende-se com a aplicação do princípio de plena concorrência. A verdade é que as entidades relacionadas operam entre si como uma unidade económica única, capitalizadas como tal, mas o mesmo não se pode obviamente dizer quanto às entidades independentes, que como entidades separadas são capitalizadas de forma independente. Esta diferença de circunstâncias em que operam as entidades relacionadas em relação às entidades independentes torna difícil a aplicação deste princípio, ainda que as operações em causa sejam comparáveis<sup>335</sup>. No entanto a OCDE ainda não abordou esta questão, nem mesmo no Plano BEPS, que acabou por pouco desenvolver nesta área, não se fazendo qualquer progresso.

### 3.3 – *Country-by-Country report*, o sucesso do Plano BEPS

Foquemo-nos agora naquele que parece o grande sucesso do Plano BEPS e também a sua maior alteração, o aumento da transparência através da implementação do novo sistema de documentação de preços de transferência, onde se inclui o já muito falado *Country-by-Country report*.

O facto de as Administrações Fiscais apenas terem acesso às informações respeitantes à atividade económica das entidades residentes no seu território dificulta a realização eficiente da sua função de “policiamento” das práticas evasivas através da manipulação de preços de

---

<sup>334</sup> Cfr. VERLINDEN, Isabel, et. al, *The Risky Side of Transfer Pricing: The OECD Base Erosion and Profit Shifting Reports Sharpen the Rules on Risk Allocation under the Arm's Length Standard*, International Transfer Pricing Journal, April 2016, ps. 109-114, disponível em: <https://www.ibfd.org>

<sup>335</sup> Cfr. BRAUNER, Yariv., *Transfer Pricing in BEPS: First Round - Business Interests Win (But, Not in Knock-Out)*, in Intertax, Vol. 43, Issue 1, 2015, p. 72-84

transferência, impedindo-as de ter uma visão ampla das empresas, de compreender a estrutura de todo o grupo multinacional e da sua posição tributária global. Como referiu JOSEPH ANDRUS, o objetivo deste pacote é fornecer às Administrações Fiscais uma imagem global daquilo que se passa “na madeira global e não apenas nas árvores locais”<sup>336</sup>, permitindo uma troca das informações que se revelam úteis nas inspeções fiscais.

Estas novas regras de documentação acabam por ir ao encontro da convicção que tem vindo a ser demonstrada pela OCDE no sentido de recorrer à troca de informações entre as várias Administrações Fiscais para solucionar as adversidades com que nos deparamos a nível tributário internacional.

A introdução do *Country-by-Country* report terá uma de duas implicações nas jurisdições, consoante estas apresentem procedimentos de avaliação do risco de preços de transferência e de inspeção desenvolvidos ou não. No caso das primeiras, a informação fornecida será útil para melhorar e corroborar esses procedimentos, quanto às segundas, servirá para fornecer uma base sólida tendo em vista o desenvolvimento dos referidos procedimentos<sup>337</sup>.

Este instrumento aparenta ser de facto uma das melhores conceções para o fim a que se propõe, garantir que os lucros dos grupos multinacionais são tributados na jurisdição onde as atividades económicas que os geraram se realizam e onde o valor é criado, ao permitir detetar e identificar os contribuintes e os acordos que apresentam maior risco de utilização de preços de transferência. Feita esta identificação, as Administrações Fiscais podem direcionar os seus recursos nesse sentido, ao invés de possivelmente os desperdiçar com contribuintes e acordos que representem menor risco fiscal, e assim racionaliza-los. É preciso ter em atenção que as informações obtidas não podem ser utilizadas para realizar um ajustamento com base numa fórmula global de fracionamento de lucro.

No que respeita às formas com que este instrumento pode ser usado na deteção de indicadores da existência de um possível risco fiscal, para alguns deles foram incluídos coeficientes de exemplo para sugerir como se pode avaliar o nível de risco, mas prevê-se que as Administrações Fiscais venham a desenvolver algoritmos mais complexos para terem em conta diferentes atributos. Se em alguns casos as informações fornecidas pelo *Country-by-Country* report podem

---

<sup>336</sup> ANDRUS, Joseph L., *Richard Collier and Joseph L. Andrus discuss the Arm's Length Principle and BEPS*, entrevista em: Oxford Podcast, 10 de Novembro de 2017, disponível em: <https://soundcloud.com/oupacademic/richard-collier-and-joseph-l-andrus-discuss-the-arms-length-principle-and-beps>

<sup>337</sup> Cfr. OECD, *Country by Country Reporting - Handbook on effective tax risk assessment*, September 2017, par. 33, disponível em: <http://www.oecd.org>

ser diretamente tidas em conta na avaliação dos riscos, na maioria não é isto que se verifica, sendo necessário proceder à comparação de vários dados de modo a identificar os padrões que podem sugerir um maior ou menor nível de risco fiscal. Alguns exemplos desses indicadores são a pegada de um grupo numa determinada jurisdição, o facto de os resultados numa jurisdição se desviarem de possíveis comparáveis, o facto de os resultados numa jurisdição não refletirem as tendências de mercado, etc.<sup>338</sup>.

Do lado dos contribuintes, a principal preocupação que surge refere-se ao aumento dos custos de conformidade, que incluem os custos com documentação, contratação de trabalhadores, os honorários pagos às empresas de consultoria e eventualmente as multas aplicadas se as obrigações documentais não forem devidamente cumpridas<sup>339</sup>. Alguns contribuintes acreditam que os custos associados à recolha de informações podem distanciar os grupos multinacionais dos seus negócios centrais, sem que retirem daí qualquer benefício<sup>340</sup>.

Por sua vez, do lado das Administrações Fiscais são vários os problemas que se colocam na utilização do *Country-by-Country report* para avaliar o risco fiscal. Um deles resulta do grande volume de informação a ser processada, havendo jurisdições que esperam receber vários milhares de relatórios. Quer as Administrações Fiscais que dependem de processos manuais, quer aquelas que já recorrem a sistemas automatizados, irão ter dificuldades em selecionar as informações relevantes na aplicação de ferramentas de avaliação do risco e em identificar sinais de risco no meio de tantos dados. A introdução do relatório também trará problemas de transição. Tratando-se de um processo complexo, não é de estranhar que nos primeiros anos os grupos cometam erros na sua preparação. Mas a inexistência de informações comparáveis nessa altura tornará difícil a deteção dos erros por parte das Administrações Fiscais. Consequentemente, o resultado da avaliação dos riscos para os grupos em causa pode ser distorcido, podendo também comprometer o resultado de outros grupos, uma vez que a avaliação comparativa será menos precisa<sup>341342</sup>.

---

<sup>338</sup> Cfr. OECD, *Country by Country Reporting - Handbook on effective tax risk assessment*, September 2017, pars. 37 e 40, disponível em: <http://www.oecd.org>

<sup>339</sup> Cfr. Secção 6.3 do Relatório Turco, em: ROCHA, Sérgio André, *The future of transfer pricing*, IFA Cahiers de Droit Fiscal International, Vol. 102B, 2017, p. 235

<sup>340</sup> Cfr. Secção 2.5 do Relatório Belga, em: ROCHA, Sérgio André, *The future of transfer pricing*, IFA Cahiers de Droit Fiscal International, Vol. 102B, 2017, p. 235

<sup>341</sup> Cfr. OECD, *Country by Country Reporting - Handbook on effective tax risk assessment*, September 2017, pars. 85 e 109, disponível em: <http://www.oecd.org>

<sup>342</sup> Para um estudo de todos os desafios à avaliação do risco fiscal ver cap. 5 do *Country by Country Reporting - Handbook on effective tax risk assessment*, OECD, September 2017, disponível em: <http://www.oecd.org>

O seu sucesso depende fundamentalmente da sua implementação por parte de um grande número de Estados, incluindo a adoção dos mecanismos que garantem o seu intercâmbio. Atendendo à sua grande adesão a nível internacional, com cerca de 60 jurisdições a introduzirem o *Country-by-Country report* como parte das suas obrigações fiscais, enquanto outras estão prestes a publicar legislação nesse sentido, além da assinatura por parte de 69 jurisdições do Acordo entre Autoridades Competentes para o Intercâmbio dos *Country-by-Country reports*, tudo parece estar bem encaminhado.

O primeiro intercâmbio de relatórios ocorreu a 30 de Junho de 2018, no entanto, a necessidade de mais experiência dita que só teremos uma melhor perceção do desenrolar de todo o processo em 2020, ano que marca o compromisso feito pelo Estados de proceder a uma análise de tudo o que foi feito.

### **3.4 – Princípio de plena concorrência: o início do fim?**

Desde que a OCDE se começou a ocupar da questão dos preços de transferência que o princípio de plena concorrência funciona como base das regras destinadas ao combate à evasão fiscal a nível internacional, acreditando-se ser este o princípio mais indicado para o propósito que se propunha. Se durante algum tempo o mesmo pareceu corresponder às expectativas, indo ao encontro da realidade económica, atualmente questiona-se se não teremos chegado ao limite deste princípio.

De entre as críticas que os contribuintes apontam ao princípio de plena concorrência, constam a imposição de encargos probatórios excessivos e os problemas de dupla tributação, que ficam muitas vezes por resolver. Do lado das Administrações Fiscais dá-se conta da extrema morosidade e dispendiosidade que envolve pô-lo em prática, o facto de permitir aos contribuintes envolvidos em transações transfronteiriças a obtenção de uma subtributação, além de os encorajar a assumirem posições agressivas nas suas declarações fiscais, com o intuito de esconderem as suas práticas evasivas ou conseguirem obter um acordo favorável em caso de inspeção<sup>343</sup>.

Foi com a chegada do Plano BEPS que se começou a notar um certo afastamento do princípio de plena concorrência em vários pontos. Este afastamento foi implicitamente reconhecido

---

<sup>343</sup> Cfr. ARNOLD, Brian J., *International Tax Primer*, Third Edition, Kluwer Law International B.V., 2016, ps. 107 e 108.

pela própria OCDE no *Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles* ao permitir a utilização de métodos para determinar os preços de transferência que não se baseiam diretamente em comparáveis, como os métodos de fracionamento de lucro e técnicas de valoração, para recompensar adequadamente o desempenho de certas funções em relação às quais seja difícil encontrar operações comparáveis<sup>344</sup>. Além disso, já havíamos mencionado a propósito das novas orientações sobre ativos intangíveis que há quem entenda que o critério da criação de valor adotado não se coaduna com o princípio de plena concorrência.

O entendimento de que o princípio por que se têm pautado as ações desenvolvidas no âmbito dos preços de transferência já não é visto como a única opção, fica mais claro na secção D, adicionada ao capítulo VII, sobre serviços de reduzido valor acrescentado. Em primeiro lugar, as orientações estipuladas na referida secção estão excluídas quando estejamos perante serviços de reduzido valor acrescentado prestados a entidades não relacionadas, considerando a probabilidade elevada de existirem comparáveis internos que possam ser usados para determinar a prestação de plena concorrência pelos serviços. Existe assim uma divisão dentro dos referidos serviços com base na existência ou não de comparáveis internos. Ora, não só a aplicação do princípio de plena concorrência nunca esteve limitada pela disponibilidade de comparáveis internos, como parece existir uma preferência destes comparáveis em detrimento dos comparáveis externos. Assim, esta divisão é vista como um primeiro passo à introdução de métodos baseados em fórmulas naqueles casos em que não há comparáveis internos para determinar o preço de plena concorrência<sup>345</sup>. Em segundo lugar, para determinar o custo de plena concorrência para um serviço de reduzido valor acrescentado, o prestador do serviço deve aplicar uma margem de lucro a todas as despesas, margem essa que deve ser igual a 5% dos custos relevantes<sup>346</sup>. Ao predeterminar-se uma margem de lucro está-se a limitar o escopo do princípio, o de determinar as condições que seriam praticadas entre entidades independentes, em circunstâncias comparáveis.

E se noutros pontos não há o tal afastamento, devia, como é o caso do capital, que não encontra no princípio de plena concorrência uma solução para os perigos que apresenta.

Apesar de a OCDE repudiar abertamente o método do fracionamento global segundo uma

---

<sup>344</sup> OCED, *Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*, 2014, par. 6.57, disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org>

<sup>345</sup> Cfr. ROBILLARD, Robert, *BEPS: Is the OECD Now at the Gates of Global Formulary Apportionment?*, in *Intertax*, Vol. 43, Issue 6 & 7, 2015, p. 447-453.

<sup>346</sup> Cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, Cap. VII, par. 7.61, disponível em: <http://www.oecd.org>

fórmula, a verdade é que nas situações referidas aparenta existir uma certa inclinação para alternativas formulárias, já utilizadas, a título de exemplo, nos EUA. E serão estas alternativas, de facto, viáveis?

A utilização daquele método pressupõe o grupo multinacional como sujeito tributável, pondo de lado o princípio da entidade separada que funciona a par com o princípio de plena concorrência. Já várias vezes se insurgiram contra o tratamento fiscal das várias empresas constituintes de um grupo multinacional como entidades separadas, uma vez que estas funcionam como uma única unidade económica submetida ao mesmo controlo. Deste modo, está ao seu alcance a possibilidade de internalizarem as atividades de negócio, podendo realizar economias de escala, o que lhes traz benefícios que não conseguiriam obter numa situação de mercado e que por isso não são contemplados pelo princípio de plena concorrência. A aplicação do princípio da entidade separada implica a divisão artificial dos benefícios obtidos pelo grupo, pelo que a sua consolidação traduz melhor a realidade económica e operativa do grupo<sup>347</sup>. Além disso, o método do fracionamento global segundo uma fórmula, numa situação em que, por exemplo, o grupo multinacional se dedica ao fabrico e venda de bens, ao repartir uma parte do rendimento entre os Estados onde os bens foram vendidos e outra parte entre os Estados onde o processo de produção é conduzido, impediria a deslocalização do rendimento para uma jurisdição de baixa tributação na qual o grupo não apresenta qualquer atividade de produção ou vendas<sup>348</sup>.

### 3.4.1 – A MCCCIS como alternativa

Os trabalhos desenvolvidos pela UE revelam a sua posição ambivalente em relação aos preços de transferência. Começando pela criação do Código de Conduta, onde o princípio de plena concorrência e as Guidelines da OCDE gozam de aprovação no seu papel de meio de combate, passando pela elaboração de diversos relatórios que em grande parte são uma extensão dos trabalhos da OCDE, e “terminando” na Convenção de Arbitragem, como instrumento de resolução dos conflitos que surgem quando ajustamentos são efetuados aos lucros de entidades

---

<sup>347</sup> Cfr. LÓPEZ, Eva Escribano, *¿Se ha equivocado el proyecto BEPS en el planteamiento? Los paradigmas de la fiscalidade internacional que no han sido cuestionados*, em: ID, José Manuel Almudi, et. al, (coord.), *El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS): G-20, OCDE y Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2017, ps.513-534

<sup>348</sup> Cfr. ARNOLD, Brian J., *International Tax Primer*, Third Edition, Kluwer Law International B.V., 2016, p. 108.

relacionadas ao abrigo do princípio de plena concorrência, vemos agora uma mudança de estratégia por parte da UE, que tenta implementar a MCCCIS como forma de solucionar muitos dos problemas com que nos deparamos nos dias que correm, onde se inclui a questão dos preços de transferência, eliminando as suas regras específicas na UE ao tratar tudo de forma unitária. Esta alteração na direção que a UE começou por tomar parece ser o culminar de um descrédito na eficácia das medidas atualmente em vigor.

Atualmente, o mais próximo que podemos encontrar como a concretização do método do fracionamento global segundo uma fórmula a nível internacional (regional) é a MCCCIS. A Comissão acredita que este é o melhor caminho para garantir um sistema de tributação das empresas justo, competitivo e transparente a nível da UE.

A mais recente proposta apresentada para a aplicação da MCCCIS apresenta essencialmente duas melhorias em relação à anterior, a sua obrigatoriedade e a sua implementação em dois passos, primeiro chegar a uma concordância quanto à base comum e depois proceder à consolidação.

Existe a preocupação de os grupos multinacionais tentarem subverte-la através de um *lobby* por isenções e criando mais complexidade ao processo, de modo a garantirem que continuam a existir formas que lhes permitam evitar o pagamento de impostos. Por este motivo a MCCCIS deve procurar moldar um compromisso, por um lado, por parte das empresas para pagarem os impostos justamente devidos e pelo outro, por parte dos Estados para garantirem que os impostos devidos são efetivamente pagos<sup>349</sup>. Mas o maior obstáculo à aplicação da MCCCIS são os Estados-membros, incapazes de chegar a um consenso devido à fragmentação incorporada. Nas palavras da Comissão “em última análise, a chave para a reforma da tributação das empresas na UE, a fim de a tornar mais justa e mais eficiente, está nas mãos dos Estados-Membros. Os Estados-Membros têm de superar as suas divergências, por razões de equidade, competitividade e eficiência”<sup>350</sup>.

Encontrando-se nas mãos do Conselho, a aprovação da proposta de diretiva depende de uma decisão unânime por parte dos 28 chefes de Estado dos Estados-membros, o Presidente do Conselho e o Presidente da Comissão.

Não achamos que seja possível, pelo menos num futuro próximo, conceber um regime

---

<sup>349</sup> Cfr. MORGAN, Jamie, *Tackling corporate tax avoidance: The case for the EU Common Consolidated Corporate Tax Base*, 2017 (author's final manuscript), p. 15, disponível em: <http://eprints.leedsbeckett.ac.uk>

<sup>350</sup> Comissão Europeia, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho: Um sistema de tributação das sociedades justo e eficaz na União Europeia: cinco domínios de ação prioritários*, Bruxelas, 17.6.2015, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/>

aplicável aos preços de transferência perfeito, pelo que, ainda com todas as desvantagens que lhe são inerentes, não se pode negar que a implementação da MCCCIS, contando que a alteração proposta pelo Parlamento de reduzir a zero num período de sete anos o carácter vinculativo aplicado ao limiar de 750 milhões seja acatada, permitia superar muitos dos problemas aos quais a conjugação do princípio da entidade separada/princípio de plena concorrência já não consegue fazer frente. Contudo, ainda que a MCCCIS venha a ser aplicada, o que pelo que expusemos, será difícil, isto apenas resolve (parte) do problema a nível da UE, sendo que a nível global é mais complicado implementar este sistema, dada a necessidade de um consenso.

### 3.5 – Propostas doutrinárias

A doutrina também tem procurado desenvolver soluções que permitam adequar o sistema de tributação das empresas à realidade económica na UE, fazendo frente às dificuldades atuais, onde se incluem as questões dos preços de transferência.

#### 3.5.1 – A proposta do imposto sobre as sociedades com base no destino

Procurando eliminar a distinção entre residência e fonte, uma vez que é a tributação nelas baseada que distorce a atuação dos grupos multinacionais, surge a proposta do imposto sobre as sociedades com base no destino. Tirando proveito do facto de os clientes serem relativamente imóveis, esta proposta visa tributar o rendimento no Estado onde ocorreu a venda e aos mesmo tempo aliviar os custos no lugar onde foram incorridos<sup>351</sup>. Ao tornar a base tributária inelástica, dificulta-se a transferência de lucros entre as empresas, no entanto, não dá resposta ao problema dos financiamentos intragrupo, pelo que teria de funcionar em paralelo um instrumento que evitasse o pagamento excessivo de juros entre entidades relacionadas.

A tributação é feita utilizando-se a abordagem “*one-stop-shop*”, na qual esse Estado delega a cobrança do imposto àquele onde os bens forem produzidos. Para concretizar a cobrança que lhe foi delegada, o Estado podia exigir que a empresa declarasse o destino dos seus resultados,

---

<sup>351</sup> Cfr. CERIONI, Luca, *The European Union and Direct Taxation: A Solution for a Difficult Relationship*, Routledge; 1 edition, 2015, p. 192.

passando depois a aplicar a taxa de tributação vigente no Estado de destino, entregando-lhe de seguida o valor do imposto coletado. O Estado que procedeu à cobrança tem ainda a possibilidade de cobrar uma taxa por todas as coletas feitas em nome do outro Estado num determinado exercício fiscal<sup>352</sup>.

O ISBD, na sua abordagem “*one-stop-shop*”, deixa o Estado de destino dependente dos mecanismos de cobrança do outro Estado, o que pode gerar tensões entre eles, principalmente naqueles casos em que este último não tem qualquer interesse em proceder à cobrança dos impostos em nome do primeiro, devido à falta de reciprocidade derivada do facto de não funcionar como um Estado de destino para as vendas realizadas por empresas residentes no primeiro Estado. Além disso, dependendo a coesão dos sistemas tributários nacionais da simetria entre a tributação dos lucros e a dedução dos custos, esta é posta em causa quando os custos são deduzidos no Estado de residência, uma vez que os lucros das empresas são sempre tributados no Estado onde foram efetuadas as vendas<sup>353</sup>.

Um aliado à aplicação do ISBD seria o *Country-by-Country report* que permitiria às Administrações Fiscais dos Estados de destino cruzar dados e assim determinar com exatidão o número de vendas e os lucros tributáveis<sup>354</sup>.

### 3.5.2 – A proposta da nova base comum para o imposto sobre as sociedades

Em regra, as práticas de evasão fiscal centram-se na transferência do lucro residual (por exemplo, o lucro que resulta da exploração de ativos intangíveis) para jurisdições de baixa tributação, ficando a jurisdição onde a atividade geradora de lucro foi exercida apenas com a possibilidade de tributar como lucro a taxa de retorno pelos investimentos feitos pela empresa e pelos seus sócios. Com isto em mente, foi criada a proposta da nova base comum para o imposto sobre as sociedades, que pretende ultrapassar as dificuldades com que as jurisdições se defrontam na tributação individual do lucro residual, fazendo uma separação quanto à forma de

---

<sup>352</sup> Cfr. CERIONI, Luca, *The quest for a new corporate taxation model and for an effective fight against international tax avoidance within the EU*, in *Intertax*, Vol. 44, no. 6, 2016, ps. 463-480

<sup>353</sup> Cfr. CERIONI, Luca, *The European Union and Direct Taxation: A Solution for a Difficult Relationship*, Routledge; 1 edition, 2015, p. 193.

<sup>354</sup> Cfr. CERIONI, Luca, *The quest for a new corporate taxation model and for an effective fight against international tax avoidance within the EU*, in *Intertax*, Vol. 44, no. 6, 2016, ps. 463-480

tributar cada tipo de lucro.

Concretamente, no âmbito da NBCIS a tributação dos lucros que correspondem a uma taxa normal de retorno é feita pelos Estados-membros a nível individual, mantendo estes a sua soberania para tributar os lucros das empresas, distinguindo-se da tributação dos lucros residuais que é realizada posteriormente a nível da UE, sendo o resultado distribuído pelos Estados-membros participantes<sup>355</sup>. Ao se considerar, quanto à tributação dos lucros residuais, a UE como uma única jurisdição, será necessário criar normas da UE relativas à determinação da matéria coletável e à taxa aplicável.

De acordo com esta proposta, os lucros que correspondem a uma taxa normal de retorno seriam determinados com base no princípio de plena concorrência, concretizado através da aplicação do MCM.

Apenas alguns custos serão relevantes para a base tributária MCM, concretamente as despesas externas, como é o caso das realizadas com funcionários, das relacionadas com investimentos, etc., ficando excluídos da base de custos as despesas com juros e os pagamentos entre empresas. Desta forma, conseguir-se-ia ultrapassar o problema da erosão da base tributária e da transferência de lucros através do pagamento de juros, e os preços de transferência perderiam grande parte da sua relevância, pois só poderiam ser utilizados para repartir os custos de terceiros entre jurisdições<sup>356</sup>.

A aplicação da NBCIS não levanta o problema da necessidade de determinar a fórmula de repartição, visto que a base de custo é uma fórmula em si. As bases de custo de todas as empresas pertencentes ao grupo residentes num determinado Estado-membro e das sucursais de empresas do grupo não residentes seriam agregadas, constituindo um contribuinte individual agregado em relação ao Estado-membro em causa. Não haveria assim uma consolidação transfronteiriça. A entrega da declaração agregada de imposto sobre as sociedades ficaria sob responsabilidade de uma das referidas empresas<sup>357</sup>.

Apresenta também outras vantagens comparativamente à MCCCIS, oferecendo mais estabilidade de receitas, visto que a localização da base de custo é bem menos móvel. Ao propor uma tributação dos lucros residuais a nível da UE elimina a concorrência fiscal em relação àqueles, o que se afigura essencial, visto que uma boa parte dos esquemas de evasão envolvem a

---

<sup>355</sup> Cfr. BELLINGWOUT, Jaap W., *Blueprint for a New Common Corporate Tax Base*, European Taxation, Vol. 55, No 1, 2015, ps 3-11.

<sup>356</sup> Cfr. BELLINGWOUT, Jaap W., *Blueprint for a New Common Corporate Tax Base*, European Taxation, Vol. 55, No 1, 2015, ps 3-11.

<sup>357</sup> Cfr. CERIONI, Luca, *The quest for a new corporate taxation model and for an effective fight against international tax avoidance within the EU*, in Intertax, Vol. 44, no. 6, 2016, ps. 463-480.

transferência de lucros gerados pela exploração dos direitos de propriedade intelectual. O lado negativo é que não permite ter em conta aqueles casos em que a empresa apresenta prejuízos, levando a uma tributação sobrestimada dos lucros<sup>368</sup>.

Pelo exposto, esta proposta seria uma boa alternativa aos meios atualmente a ser implementados, resolvendo muitos dos problemas com que atualmente nos deparamos.

---

<sup>368</sup> Cfr. CERIONI, Luca, *The quest for a new corporate taxation model and for an effective fight against international tax avoidance within the EU*, in *Intertax*, Vol. 44, no. 6, 2016, ps. 463-480.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se há cerca de cem anos atrás os sistemas de tributação das empresas estavam bem estruturados para uma realidade económica que não envolvia atividades transfronteiriças e uma enorme facilidade em movimentar lucros, atualmente já não se pode dizer o mesmo, dificultando a tarefa de tributar os lucros na jurisdição onde estes foram gerados.

Consequentemente, estima-se que anualmente as empresas conseguem evitar a tributação dos seus rendimentos num valor global de 500 biliões<sup>359</sup>, o que significa uma perda de 500 biliões para os Estados a nível de arrecadação de impostos, sendo grande parte desta perda fiscal suportada pelos Estados-membros da OCDE.

Por este motivo o nosso estudo incidiu sobre um dos instrumentos mais utilizados pelas empresas para obterem vantagens fiscais, e os trabalhos desenvolvidos sobretudo pelas organizações internacionais no sentido de os evitar. Chegados ao final, apercebemo-nos que os problemas persistiam nas ações destinadas a combater as práticas de evasão fiscal. Não obstante os esforços da OCDE, nem os métodos tradicionais, nem os métodos baseados no lucro da operação se mostraram à altura da tarefa que tinham pela frente. Levanta-se agora a questão de saber se esta organização internacional encontrou o caminho certo para uma tributação justa, equitativa e eficaz, através do Plano BEPS, ou se pelo contrário será necessário enveredar por outros caminhos.

Apesar de sermos da opinião que este Plano apresentou uma proposta bastante boa a nível de documentação, pois parece que o *Country-by-Country report* surtirá algum efeito dissuasor aos comportamentos evasivos, ao facilitar a sua deteção pelas Administrações Fiscais, tal não é suficiente. As orientações dirigidas aos ativos intangíveis continuam a apresentar problemas, e as dificuldades associadas ao risco e ao capital estão longe de ver o fim. Existem ainda muitas questões em aberto e a longo prazo urge procurar alternativas.

Qual será então o melhor caminho a seguir? Uma legislação semelhante à do Brasil? A adoção de métodos semelhantes ao do fracionamento global segundo uma fórmula?

Quanto às regras vigentes no Brasil, a análise feita no capítulo II mostrou-nos que estas se afastam bastante das recomendações da OCDE, pois no entendimento do legislador é difícil

---

<sup>359</sup> Este valor representa mais de 20% das receitas obtidas com a tributação das empresas.

alcançar resultados significativos através da livre comparabilidade e de uma análise funcional<sup>360</sup>. Ciente desta limitação, procurou criar uma “legislação própria” que pelo menos garante um nível mínimo de tributação no Brasil, no entanto, já tínhamos concluído que nos termos em que se encontra formulada, não é eficaz a impedir a transferência de lucros, pelo que esta não parece trazer as respostas que procuramos. Além disso, não parece ter realmente uma resposta para o problema dos intangíveis.

No contexto do Plano BEPS questiona-se se a OCDE não começa a dar os primeiros passos à introdução dos métodos baseados em fórmulas, uma vez que o princípio de plena concorrência, por si só, não se mostra capaz de dar resposta a vários aspetos. Neste momento, o mais próximo que estamos de poder implementar um método destes diz respeito à MCCCIS, proposta em relação à qual manifestamos a nossa concordância quanto à sua adequação à realidade atual. No entanto também salientamos os obstáculos à sua aprovação, pelo que provavelmente será melhor procurar adotar uma solução que não implique um nível de consenso tão grande por parte dos Estados, preocupados com a diminuição da sua soberania tributária, ainda que tal implique adotar uma medida provavelmente mais eficaz contra os comportamentos evasivos. Nesse aspeto a proposta da NBCIS acaba por ser mais vantajosa, mantendo-se a soberania dos Estados quanto à tributação dos lucros que correspondem a uma taxa normal de retorno, sendo contudo necessário existir um consenso quanto às regras de tributação do lucro residual, visto que esta se realiza a nível da UE, que seria considerada como uma única jurisdição de residência. Assim sendo, talvez nem neste caso fosse possível pôr a proposta em prática.

Depois de tudo, não podemos deixar de manifestar a nossa preferência pela proposta do ISBD como ponto de partida, por ser mais fácil de concretizar, mesmo a nível internacional, dado não exigir um consenso tão elevado como as outras duas propostas e vai ao encontro do que se pretende com as medidas anti evasivas, tributar os lucros na jurisdição onde estes foram gerados, uma vez que na prática são as vendas que originam os lucros.

---

<sup>360</sup> Cfr. BIANCO, João Francisco e SANTOS, Ramon Tomazela, *Transfer Pricing Dispute Resolution in Brazil*, em RIBEIRO, João Sérgio (Ed.), *Preventing and Resolving Tax Treaties and Transfer Pricing Disputes*, Research Centre for Justice and Governance, 2018, ps. 105 a 134.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Ana Afonso de et al., coord. João Taborda Gama, *Cadernos preços de transferência*, Coimbra: Almedina, 2013.

ALMEIDA, Daniel Freire et al., *Garantias dos Contribuintes no Sistema Tributário – Homenagem a Diogo Leite Campos*, Editora Saraiva, 2013.

AMARAL, Karina Almeida do, *O combate à concorrência fiscal através do Código de Conduta no domínio da fiscalidade das empresas: o caso português*, Revista de Estudios Europeos, n.º 64 Ene./Jun. 2014.

AMRCONSULT, *Dossiê de Preços de Transferência*, Fiscalidade, 2011, disponível em: [http://www.amrconsult.com/wp-content/uploads/2011/04/Precos\\_Transferencia.pdf](http://www.amrconsult.com/wp-content/uploads/2011/04/Precos_Transferencia.pdf)

ANDRUS, Joseph L., *Richard Collier and Joseph L. Andrus discuss the Arm's Length Principle and BEPS*, entrevista em: Oxford Podcast, 10 de Novembro de 2017, disponível em: <https://soundcloud.com/oupacademic/richard-collier-and-joseph-l-andrus-discuss-the-arms-length-principle-and-beps>

ANGHILERI, Davide e MARTIN, Julie, *EU Code of Conduct Group to assess EU tax regimes using modified nexus, adopt BEPS transfer pricing rules*, MNE Tax, 21 Novembro, 2016 disponível em: <https://mnetax.com/eu-code-conduct-group-assess-eu-regimes-using-modified-nexus-adopt-beps-transfer-pricing-rules-18172>

ARNOLD, Brian J., *International Tax Primer*, Third Edition, Kluwer Law International B.V., 2016

ASENSIO, María del Mar Barreno, *La documentación de las operaciones intragrupo: el country by country reporting (Acción 13)*, em: CID, José Manuel Almudí, et. al, (coord.), El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS): G-20, OCDE y Unión Europea, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2017.

ASSUNÇÃO, Linara Oeiras, *Organização de Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) e a melhoria das políticas públicas no Brasil*, publicadireito, disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=612d1d91c87e0a19>

BANDEIRA, Ana Maria Alves, *Ativos Intangíveis e Atividades de I&D*, Vida Económica, 2010.

BARRETO, Paulo Ayres, *Imposto De Renda e Preços De Transferência*, São Paulo: Dialética, 2001.

BARROS, Duarte, *Considerações Económico-Tributárias.*, em TEIXEIRA, Glória e BARROS, Duarte (Coord.); *Preços de transferência e o caso português*, Porto: Vida Económica, 2004.

BECOMEX, *Preços de transferência: método e sistema para gestão*, 2016, disponível em: <http://becomex.com.br/2016/07/precos-de-transferencia-metodo-e-sistema-para-gestao/>

BELLINGWOUT, Jaap W., *Blueprint for a New Common Corporate Tax Base*, European Taxation, Vol. 55, No 1, 2015.

BIANCO, João Francisco e SANTOS, Ramon Tomazela, *Transfer Pricing Dispute Resolution in Brazil*, em RIBEIRO, João Sérgio (Ed.), *Preventing and Resolving Tax Treaties and Transfer Pricing Disputes*, Research Centre for Justice and Governance, 2018.

BORDA, Tiago Teles, *Preços de Transferência – O Caso Prático da CIN Portugal, Relatório de estágio do mestrado em Finanças*, Faculdade de Economia e Gestão da Universidade Católica Portuguesa, 2013, p. 57, disponível em:

<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/16951/1/Pre%C3%A7os%20de%20Transferencia%20O%20Caso%20Pratico%20da%20CIN%20Portugal%20Autor%20Tiago%20Teles%20Borda%5D.pdf>

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

BREIA, Ana Catarina, *Os preços de transferência e o âmbito de intervenção do revisor/auditor : enquadramento e actualidade*, *Revisores e auditores*, Lisboa, n.º 46 (Jul.-Set.2009).

CALDERÓN, José M., *Transfer Pricing: International Trends & Spanish Perspective*, em RIBEIRO, João Sérgio (Ed.), *Preventing and Resolving Tax Treaties and Transfer Pricing Disputes*, Research Centre for Justice and Governance, 2018.

CAMPOS, Diogo Leite, *Preços de transferência e arbitragem*, *Revista da Ordem dos Advogados*, 2007, Vol.III, disponível em: <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2007/ano-67-vol-iii-dez-2007/doutrina/diogo-leite-de-campos-precos-de-transferencia-e-arbitragem/>

CATARINO, João Ricardo, *Competitividade fiscal em economia aberta*, Working Paper #53, Observatório Político, publicado em 31/05/2015, disponível em:

[http://www.observatoriopolitico.pt/wp-content/uploads/2015/06/WP\\_53\\_JRC-AZUL.pdf](http://www.observatoriopolitico.pt/wp-content/uploads/2015/06/WP_53_JRC-AZUL.pdf)

CATARINO, João Ricardo e GUIMARÃES, Vasco Branco (Coord.), *Lições de Fiscalidade Vol.II – Gestão e Planeamento Fiscal Internacional*, Almedina, Coimbra, 2015.

CERIONI, Luca, *The European Union and Direct Taxation: A Solution for a Difficult Relationship*, Routledge; 1 edition, 2015.

- *The quest for a new corporate taxation model and for an effective fight against international tax avoidance within the EU*, in Intertax, Vol. 44, no. 6, 2016.

Conselho Europeu, *Matéria coletável comum consolidada do imposto sobre as sociedades*, Consilium, disponível em: <http://www.consilium.europa.eu/pt/policies/ccctb/>

- *Código de conduta no domínio da fiscalidade das empresas*, Jornal Oficial n.º C 002 de 06/01/1998, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/>

- *Diretiva (UE) 2017/1852 do Conselho de 10 de outubro de 2017 relativa aos mecanismos de resolução de litígios em matéria fiscal na União Europeia*, Jornal Oficial da União Europeia L 265/1 de 14.10.2017, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/>

CIRC, Decreto-Lei n.º 442-B/88, de 30 de Novembro, Diário da República, 4754-(38), n.º 227 - 30-11-1988 SÉRIE I, disponível em: <http://info.portaldasfinancas.gov.pt>

COSTA, Regina Helena, *Praticabilidade e Justiça Tributária*, São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

COTERO, José de Jesús Gómez, *Los precios de transferencia frente al fenómeno de la Globalización. Análisis de su problemática jurídica y su regulación comparativa en los ordenamientos de México y España*, Tesis Doctoral, Universidad del País Vasco, 2016, disponível em: <https://addi.ehu.es/handle/10810/22986>

DWARKASING, Ramon, *The concept of associated enterprises*, Intertax, vol 41, 8/9, 2013.

Ernst & Young, S.A., *O Novo IRC*, Almedina, 2013.

- *MP 563, convertida na Lei 12.715, altera as regras de Preços de Transferência no Brasil*, Taxalert, Setembro 2012, disponível em: <https://www.ey.com>

ESTEVEES, Jaime e DITHMER, Clara, *Da relevância do método da margem líquida da operação em sede de Preços de Transferência*, em TEIXEIRA, Glória (Coord.), *Preços de Transferência – Casos Práticos*, Vida Económica, 2006.

European Commission, *JTPF Program Of Work 2015-2019 (“Tools For The Rules)”*, Brussels, August 2015, disponível em: <https://ec.europa.eu>

*Working Paper: Company Taxation in the Internal Market*, Brussels, 23.10.2001, disponível em: <https://ec.europa.eu>

- *Report on the implementation of the Commission notice on the application of the state aid rules to measures relating to direct business taxation*, Brussels, 09.02.2004, disponível em: <https://ec.europa.eu>

- *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee, on the work of the EU Joint Transfer Pricing Forum in the period March 2007 to March 2009 and a related proposal for a revised Code of Conduct for the effective implementation of the Arbitration Convention (90/436/EEC of 23 July 1990)*, Brussels, 14.9.2009, disponível em: <https://ec.europa.eu>

- *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu*, Bruxelas, 4.6.2014, COM(2014), disponível em: <https://ec.europa.eu>

- *State aid: Commission investigates transfer pricing arrangements on corporate taxation of Apple (Ireland) Starbucks (Netherlands) and Fiat Finance and Trade (Luxembourg)*, Press Release, Brussels, 11 June 2014, disponível em: <http://europa.eu>

- *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho: Um sistema de tributação das sociedades justo e eficaz na União Europeia: cinco domínios de ação prioritários*, Bruxelas, 17.6.2015, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/>

- *A Comissão conclui que as vantagens fiscais seletivas concedidas à Fiat no Luxemburgo e à Starbucks nos Países Baixos são ilegais nos termos das regras da UE sobre auxílios estatais*, Comunicado de Imprensa, Bruxelas, 21 de outubro de 2015, disponível em: <http://europa.eu>

- *Commission Decision of 21.10.2015 on State Aid SA.38375 (2014/C ex 2014/NN) which Luxembourg granted to Fiat*, Brussels, 21.10.2015, disponível em: <http://ec.europa.eu>

- *Commission Decision of 21.10.2015 on State Aid SA.38374 (2014/C ex 2014/NN) implemented by the Netherlands to Starbucks*, Brussels, 21.10.2015, disponível em: <http://ec.europa.eu>

- *Commission Decision of 30.8.2016 on State Aid SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) implemented by Ireland to Apple*, Brussels, 30.8.2016, disponível em: <http://ec.europa.eu>

- *Auxílios estatais: Irlanda concedeu vantagens fiscais ilegais à Apple que podem atingir 13 mil milhões de EUR*, Comunicado de Imprensa, Lisboa, 30 de agosto de 2016, disponível em: <http://ec.europa.eu>

- *Proposta de Diretiva do Conselho relativa a uma matéria coletável comum consolidada do imposto sobre as sociedades (MCCCS)*, Estrasburgo, 25.10.2016, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu>

- *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, Chegou o momento de estabelecer uma norma de tributação moderna, justa e eficiente para a economia digital*, Bruxelas, 21.3.2018, disponível em: <https://ec.europa.eu>

FEINSCHREIBER, Robert e Kent, Margaret, *Updating the OECD's safe harbour transfer pricing provisions*, Corporate Business Taxation Monthly, n.º 17, 2010, disponível em: <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/48330739.pdf>

FERRARI, Bruna Camargo, *Negócios híbridos e normas CFC: impactos para as multinacionais brasileiras da incorporação do projeto BEPS no direito brasileiro*, Tese de Doutoramento, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

FIGUEIREDO, Guilherme, *Das Regras sobre Preços de Transferência em Portugal*, em: TEIXEIRA, Glória (coord.), *Preços de transferência: casos práticos*, 1ª Edição, Porto: Vida Económica, 2006.

FLORES, Israel Santos, *Régimen jurídico de los Acuerdos Previos de Valoración (APAS)*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2018.

GALEGO, Pedro Manuel de Resende Pinguicha, *Dossier Fiscal de Preços de Transferência*, [Lisboa]: OCC, 2016.

GOMES, Edgar Santos et al., *Tributação Internacional – Base Erosion and Profit Shifting – “Estudo de Casos”*, Gramma Editora, 2018.

GREGORIO, Ricardo Marozzi, *Arm’s lenght e praticabilidade nos preços de transferência*, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

GUTIÉRREZ, Eva Escudero e LOUSA, Manuel Gutiérrez, *Algunas consideraciones sobre la regulación de los precios de transferencia. Especial consideración de los métodos de valoración*, Cuadernos de Formación del Instituto de Estudios Fiscales, Vol. 11/2010.

HERREROS, Juan Reyes, *El ajuste secundario en las operaciones vinculadas*, Actualidad Jurídica Uría Menéndez / 22-2009, disponível em:

<https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2200/documento/articuloJM.pdf?id=3092>

IBARROLA, Aitor Navarro, *La modificación de las pautas sobre precios de transferencia en BEPS (Acciones 8-10): ¿cambio o evolución?*, em: CID, José Manuel Almudí, et. al (coord.), *El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS): G-20, OCDE y Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2017.

Instrução Normativa n.º 1.312/12, de 28 de Dezembro de 2012, Diário Oficial da União – Seção 1 - 08/01/2013, Página 11, disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br>

Instrução Normativa RFB nº 1.681/16, de 28 de Dezembro de 2016, Diário Oficial da União – Seção 1 - 29/12/2016, Página 652, disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br>

Lei n.º 6.404, de 15 de Dezembro de 1976, Diário Oficial da União - Seção 1 - Suplemento - 17/12/1976, Página 1, disponível em: <http://www.planalto.gov.br>

Lei n.º 9.430/96, de 27 de Dezembro de 1996, Diário Oficial da União - Seção 1 - 30/12/1996, Página 28805, disponível em: <http://www.planalto.gov.br>

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *A Evasão e a Fraude Fiscais Face à Teoria da Interpretação da Lei Fiscal*, in *Estudos de Direitos Fiscal*, Coimbra, Almedina 1999.

- «*Evasão e Fraude Fiscal Internacional*» in *Estudos de Direitos Fiscal*, Coimbra, Almedina 1999.

- «*O Contrôlo E Combate Às Práticas Tributárias Nocivas*» in Estudos de Direitos Fiscal Vol. II, Coimbra, Almedina 2007.

LEWIS, Patricia Gimbel, *Safe at Last? Transfer Pricing Safe Harbors on the Horizon*, Tax Management International Journal n.º 41, 2012.

LIS, Ley 27/2014, de 27 de noviembre, «BOE» n.º 288, de 28/11/2014, disponível em: <https://www.boe.es>

LÓPEZ, Eva Escribano, *¿Se ha equivocado el proyecto BEPS en el planteamiento? Los paradigmas de la fiscalidade internacional que no han sido cuestionados*, em: ID, José Manuel Almudí, et. al, (coord.), *El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS): G-20, OCDE y Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2017.

MACHADO, Gustavo Pagliuso, *Aspectos Tributários da Importação de Serviços*, São Paulo: Almedina, 2015, disponível (parcialmente) em: <https://books.google.pt>

MARTINS, António, *A tributação e os preços de transferência: estudo de caso de aplicação do método da margem líquida das operações*, Boletim de Ciências Económicas, Volume LVIII, 2015, Coimbra.

MARTINS, António Carvalho, *Simulação na Lei Geral Tributária e Pressuposto do Tributo em Contexto de Fraude, Evasão e Planeamento Fiscal*, Coimbra Editora, 2006.

MIRSHAWKA, Valéria Zimpeck, *Preços de Transferência: Diferentes Visões*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2012.

MORERA, Antonia Anguita, *Comercio internacional y los precios de transferencia internacionales*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2012.

MORGAN, Jamie, *Tackling corporate tax avoidance: The case for the EU Common Consolidated Corporate Tax Base*, 2017 (author's final manuscript), disponível em: <http://eprints.leedsbeckett.ac.uk>

MOTA, Liliana de Jesus Duarte, *Concorrência Fiscal Internacional: escolhas e conflitos*, Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Económicas, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2016.

MURRAY, Tracey, *OECD changes to the transfer pricing of intangibles*, Shelston ip, 2017, disponível em: <https://www.shelstonip.com/news/oecd-changes-transfer-pricing-intangibles/>

NAVE, João Martins, *A legislação Portuguesa de preços de transferência*, Jornal de Negócios, Abril de 2007, disponível em: <https://www.pwc.pt/pt/fiscalidade/artigos/imagens/tp/2007/artigo-legislacao-portuguesa-jmn-abr-07.pdf>

- *A legislação brasileira de preços de transferência II*, Jornal de Negócios, Agosto de 2007.

NUNES, Gonçalo Avelãs, “*A Cláusula Geral Anti-abuso de Direito em Sede Fiscal à Luz dos Princípios Constitucionais de Direito Fiscal*” in Separata da Revista Fiscalidade, nº 3, 2000.

ODRIOZOLA, Luis Ignacio Fadón e HERVÁS, Manuel Martínez, *Los precios de transferencia y las actas con acuerdo*, Cuadernos de Formación del Instituto de Estudios Fiscales, Vol. 4/2007.

OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, disponível em: <http://www.oecd.org>

- *Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais*, trad. Teresa Curvelo, Salomé Rebelo. Lisboa: Centro de Estudos e Apoio às Políticas Tributárias, 2002.

- *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, 2013, disponível em: <http://www.oecd.org>

- *Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros*, 2014, disponível em: <http://www.oecd.org>

- *Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*, 2014, disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org>

- *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, 2016, disponível em: <http://www.oecd.org>

- *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, Action 13 - 2015 Final Report*, 2016, disponível em: <http://www.oecd.org>

- *Country by Country Reporting - Handbook on effective tax risk assessment*, September 2017, disponível em: <http://www.oecd.org>

- *Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method - BEPS Action 10*, 2018, disponível em: <http://www.oecd.org>

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de, *Preços de Transferência – o Método do Custo mais Lucro – o Conceito de Custo – o Método do Custo mais Lucro e as Industrias de Alta Tecnologia – como conciliar Dispendios Intensivos em Pesquisas e Desenvolvimento com esse Método*, em: SCHOUERI, Luís Eduardo e ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.), *Tributos e preços de transferência*, São Paulo: Dialética, Vol. 2, 1999.

OTÁLVARO, Hugo Marulanda e RODRÍGUEZ, Liliana Heredia, *Paraísos Fiscales: Una Línea de Contradicción entre la Formalidad e la Materialidad*, Instituto de Estudios Fiscales, Documentos - Instituto de Estudios Fiscales, DOC. n.º 15/2015.

PALMA, Clotilde, *A introdução dos acordos prévios de preços de transferência na legislação fiscal portuguesa*, Fiscalidade, TOC 103 – Outubro 2008.

Parlamento Europeu, *Resolução legislativa do Parlamento Europeu, de 15 de março de 2018, sobre a proposta de diretiva do Conselho relativa a uma matéria coletável comum consolidada do imposto sobre as sociedades (MCCCS)*, disponível em: <http://www.europarl.europa.eu>

PATEL, Shailan Harsardbhai e VALLE, Mauricio Timm do, *Os métodos de preços de transferência no Brasil*, Revista Jurídica – Unicuritiba, vol. 2, n.º 31 (2013).

PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas, *Fiscalidade*, 2014, 5ª Edição, Almedina.

PÉREZ, Alberto Cornejo, *El Foro conjunto de precios de transferencia*, Cuadernos de Formación del Instituto de Estudios Fiscales, Vol. 3/2007.

PIRES, Joaquim António R., *Os Preços de Transferência*, Vida Económica – Editorial S.A., 2006.

PLANSKY, Patrick, *The EU Arbitration Convention*, em: LANG, Michael et al., *Introduction to European Tax Law: Direct Taxation*. Third edition. Viena: Spiramus, 2013.

Portaria n.º 620-A/2008, de 16 de Julho, Diário da República n.º 136/2008, 1º Suplemento, Série I de 2008-07-16, disponível em: <https://dre.pt/>

Portaria n.º 1446 - C/2001, de 21 de Dezembro, Diário da República n.º 294/2001, 4º Suplemento, Série I-B de 2001-12-21, disponível em: <http://info.portaldasfinancas.gov.pt>

REBOUTA, José Fernandes Abreu, *Contextualização Fiscal da Gestão Centralizada de Tesouraria (cash pooling) em Ambiente Internacional*, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Outubro de 2005.

RIBEIRO, João Sérgio, *Estudos de Direito Fiscal da União Europeia*, ELSA UMINHO, 3ª Edição, Abril de 2017.

- *Tributação Presuntiva do Rendimento*, Almedina, 2010.

- *Gestão Centralizada de Tesouraria (Cash Pooling) e Preços de Transferência*, em Revista Direito Tributário Atual, n.º 35, São Paulo: IBDT, 2016.

- *Direito Fiscal da União Europeia: Tributação Direta*, Almedina, 2018.

- *New Trends in Tax Treaty Disputes Resolution*, em RIBEIRO, João Sérgio (Ed.), Preventing and Resolving Tax Treaties and Transfer Pricing Disputes, Research Centre for Justice and Governance, 2018.

RINCÓN, Ana María e HADDAD, Samira, *Evaluación del Plan de Acción sobre BEPS elaborado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico*, Colegio de Estudios Superiores de Administración CESA, 2015.

RIS, Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, «BOE» núm. 165, de 11/07/2015, disponível em: <https://www.boe.es>

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

ROCHA, Joaquim Freitas da, *Direito fiscal e autonomia da vontade. Do direito à livre planificação fiscal*, Edições Almedina, S.A., 2012, disponível em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/35871>

ROCHA, Sérgio André, *The future of transfer pricing*, IFA Cahiers de Droit Fiscal International, Vol. 102B, 2017.

RODRIGUES, Abílio et al, *Lexit – Códigos Anotados & Comentados – Rendimento: Tributação e Incentivos*, Edição 2018, O Informador Fiscal (OIF) – Edições Técnicas, Lda.

RODRIGUES, Carlos Augusto e DÍAZ, Antonio López, *Globalização, União Europeia e direito tributário: "uma análise sob a perspectiva dos preços de transferência e o princípio da não discriminação na União Europeia"*, Porto: Legis, 2008.

ROMEO, Margarita Giménez, *Nuevo artículo 16 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades*, Cuadernos de Formación del Instituto de Estudios Fiscales, Vol. 6/2008.

ROSEMBUJ, T., *El Fraude de Ley, la Simulación y el abuso de las formas en el derecho Tributario*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999.

SANCHES, J. L. Saldanha, *Os limites do planeamento fiscal: substância e forma no direito fiscal português, comunitário e internacional*, Coimbra Editora, 2006.

SANTIAGO, Bruno Vinga, *O Futuro da Tributação Direta dos grupos de Sociedades na União Europeia*, 14 de Setembro de 2003, disponível em:

<https://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/343.pdf>

SCHON, Wolfgang e KONRAD, Kai A. (Ed.), *Fundamentals of International Transfer Pricing in Law and Economics*, 212, Springer.

SCHOUERI, Luís Eduardo, *Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro*, 2ª ed, São Paulo: Dialética, 2006.

- *Preços de transferência e norma geral antiabuso*, em: VASCONCELLOS, Roberto, et al. (coord.), *Estudos avançados de direito tributário: tributação internacional*. Rio de Janeiro: Elsevier; 2012.

SILVA, Eric Moraes de Castro e, *Predetermined Margins in the Brazilian Transfer Pricing Rules and their Compatibility (or not) with the world trade system*, Revista Direito Tributário Atual, 39-2018, disponível em: <http://ibdt.org.br/RDTA/>

SILVA, Lourivaldo Lopes da, *Preço de transferência no Brasil e os impactos nas demonstrações financeiras*, Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008, disponível em:

<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/1700/1/Lourivaldo%20Lopes%20da%20Silva.pdf>

SIMONS, AJ,  *Holding Companies*, Pitman, London, 1927.

SOUSA, Helena Evangelista e, *O contributo da OCDE para a disciplina dos Preços de Transferência*, em: TEIXEIRA, Glória (coord.), *Preços de transferência: casos práticos*, 1ª Edição, Porto: Vida Económica, 2006.

TEIXEIRA, Glória, *Preços de transferência - Casos Práticos*, Porto, Vida económica, 2006.

- *Estudos de Direito Fiscal*, Almedina, Julho 2006.

- *Manual de Direito Fiscal*, 2.ª edição revista e ampliada, Almedina, 2010.

- *Manual de Direito Fiscal*, 4ª edição, Almedina, 2016.

THORNE, Danielle, *The Double Irish and Dutch Sandwich Tax Strategies: Could a General Anti-Avoidance Rule Counteract the Problems Caused by Utilisation of these Structures?*, LLM Research Paper, Laes 516: Taxation, Domestic and International, University of Wellington, Faculty of Law, 2013.

TORRES, Manuel Ignacio Fernández González de, *El régimen de las operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades*, Cuadernos de Formación del Instituto de Estudios Fiscales, Vol. 4/2007

TÔRRES, Heleno Taveira, *Direito tributário e direito privado: autonomia privada, simulação e elusão tributária*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VERLINDEN, Isabel, et. al, *The Risky Side of Transfer Pricing: The OECD Base Erosion and Profit Shifting Reports Sharpen the Rules on Risk Allocation under the Arm's Length Standard*, International Transfer Pricing Journal, April 2016, disponível em: <https://www.ibfd.org>

VIANA, Vanuza, *A evasão Fiscal*, Vida Económica, 2016.

WOOD, Robert W., *How Google Saved \$3.6 Billion Taxes From Paper 'Dutch Sandwich'*, Forbes, 22 de Dezembro de 2016, disponível em:

<https://www.forbes.com/sites/robertwood/2016/12/22/how-google-saved-3-6-billion-taxes-from-paper-dutch-sandwich/#617b9b1f1c19>

WRIGHT, Deloris R., *The BEPS Action 8 Final Report: Comments from Economists*, International Transfer Pricing Journal, April 2016, disponível em: <https://www.ibfd.org>

XAVIER, Alberto, *Direito tributário internacional do Brasil*, Rio de Janeiro: Forense, 2010.

YANG, Xiaoqiang e WANG, Jian, *China's Reforming of Transfer Pricing Rules in the Post-BEPS Era*, em RIBEIRO, João Sérgio (Ed.), *Preventing and Resolving Tax Treaties and Transfer Pricing Disputes*, Research Centre for Justice and Governance, 2018.



## REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

Ac. do Tribunal Central Administrativo do Sul, Processo n.º 1572/98, de 3 de Outubro de 2000, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf>

Ac. do Tribunal Central Administrativo do Sul, Processo n.º 04902/01, 27 de Abril de 2006, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf>

Ac. do Supremo Tribunal Administrativo, Processo n.º 0401/06, de 29 de Novembro de 2006, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf>

Ac. do Tribunal Central Administrativo do Sul, Processo n.º 04255/10, de 15 de Fevereiro de 2011, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf>

Decisão Arbitral do CAAD, Processo n.º 300/2013-T, de 29 de Setembro de 2014, disponível em: <https://caad.org.pt/tributario/decisoaes/>

Decisão Arbitral do CAAD, Processo n.º 609/2015-T, de 2 de Maio de 2016, disponível em: <https://caad.org.pt/tributario/decisoaes/>

Decisão Arbitral do CAAD, Processo n.º 347/2016-T, de 24 de Janeiro de 2017, disponível em: <https://caad.org.pt/tributario/decisoaes/>

Sentencia de Tribunal Supremo, Recurso n.º 8/2009, de 27 de Mayo de 2014, disponível em: <https://supremo.vlex.es>