

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA NO ÂMBITO DO IMPOSTO SOBRE  
O RENDIMENTO

FRANCISCO FIGUEIRA RODEIA DE BETTENCOURT GOMES

MESTRADO EM DIREITO E PRÁTICA JURÍDICA – ESPECIALIDADE DE  
DIREITO FINANCEIRO E FISCAL

2019

## Índice

<b>Introdução.....</b>	<b>8</b>
<b>O que são os preços de transferência? .....</b>	<b>11</b>
<b>Evolução do regime dos preços de transferência.....</b>	<b>14</b>
<b>O regime dos preços de transferência na Portaria n.º 1446-C/2001, de 21 de Dezembro .....</b>	<b>16</b>
<b>Os preços de transferência no projecto BEPS.....</b>	<b>20</b>
<b>A importância dos activos intangíveis para os grupos multinacionais.....</b>	<b>25</b>
<b>A falência do princípio das entidades independentes .....</b>	<b>29</b>
<b>O método do fraccionamento dos lucros .....</b>	<b>31</b>
<b>Transações que envolvem contribuições únicas e valiosas.....</b>	<b>37</b>
<b>Determinação dos lucros .....</b>	<b>41</b>
<b>A tributação das novas multinacionais e dos activos que transaccionam .....</b>	<b>43</b>
<b>Estado da arte .....</b>	<b>48</b>
<b>Jurisprudência .....</b>	<b>56</b>
<b>Conclusão.....</b>	<b>70</b>

## **Siglas e abreviaturas**

BEPS – Base Erosion and Profit Shifting Plan

B2B – Business to Business

B2C – Business to Consumer

CIRC – Código do Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas

CMOCDE – Convenção Modelo sobre o rendimento e o património da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

IRS – Internal Revenue Service

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

## Resumo

A globalização trouxe um novo modelo de negócio e novas oportunidades. Os grupos empresariais tendem a deslocalizar-se e as operações realizadas são cada vez mais complexas. Fenómenos como a elevada interdependência entre as entidades contratantes e a sofisticação dos activos transaccionados reflectem o desenvolvimento económico das empresas multinacionais.

Acompanhando o seu desenvolvimento, as empresas refinam o objecto negocial das suas operações, passando a transacionar activos com características únicas e que tendem a não ser comparáveis com outros activos existentes no mercado.

Do ponto de vista comercial, assiste-se a uma grande preponderância da localização das entidades contratantes na definição da sua estratégia comercial, não para evitar a carga fiscal, mas sim para procurar novos mercados para se expandirem e aí completarem o ciclo de um activo após a sua transacção entre entidades contratantes: a venda ao consumidor final.

Do ponto de vista fiscal, as operações controladas suscitam questões quanto aos preços praticados, uma vez que, em muitas situações, os preços não correspondem aos preços subjacentes ao activo transaccionado.

O desafio das administrações fiscais e bem assim dos organismos internacionais é o de sujeitar estas operações a uma tributação efectiva e de acordo com o real substracto económico de cada operação.

Para isso, as administrações fiscais recorrem às actuais regras de determinação dos preços de transferência, as quais assentam no princípio das entidades independentes, ainda que seja para responder a desafios até então nunca enfrentados.

Com base no princípio orientador do regime dos preços de transferência, os preços praticados nas operações controladas deverão corresponder aos preços que seriam praticados em operações semelhantes realizadas por entidades independentes.

Porém, os desafios actuais colocam em causa o já antigo princípio das entidades independentes.

Para responder ao novo panorama dos preços de transferência, a OCDE tem vindo a assumir uma nova posição, tendo vindo a dedicar-se à tributação dos activos intangíveis.

Por outro lado, as soluções da doutrina para sujeitar a tributação estes activos também contribuem para a discussão da matéria, por forma a que se alcancem as soluções mais adequadas ao problema.

No entanto, os contributos da doutrina e as propostas dos Estados para uma efectiva tributação dos activos intangíveis não se revelam suficientes para responder a este fenómeno. A actual reacção dos Estados fica atrás da complexidade das operações realizadas entre entidades relacionadas, levando a que estas operações escapem a uma tributação de acordo com o escopo da operação.

Ainda que se discutam possíveis soluções, urge apresentar soluções concretas e efectivas, de modo a que ocorra uma tributação efectiva de operações entre entidades relacionadas que envolvem activos intangíveis

Em suma, o actual regime dos preços de transferência deve responder à nova estrutura das empresas nas operações controladas e aos tipos de activos que se transaccionam através de medidas legislativas concretas, para que se assista a uma efectiva tributação destas operações com base no seu substracto económico.

**Palavras-chave:** Preços de transferência; Princípio das entidades independentes; OCDE; Intangíveis; Método do fraccionamento dos lucros.

## **Abstract**

Globalization brought a new way of doing business, as well as new opportunities. Multinational enterprises tend to move to other jurisdictions and their operations are becoming increasingly more integrated. High levels of integration within the contracting entities and the sophistication of the assets subject of the transactions reflect the economic growth of the multinational enterprises.

Alongside with their economic growth, enterprises are specializing the scope of the transactions by starting to trade unique assets which do not have any comparable ones on the market.

From a commercial point of view, the location of the enterprises has been playing its part on the enterprises' business strategy, not to dodge the tax burdens, but to find new markets to expand and therein complete the asset's path after its transaction with a contracting entity: its sale to the customer.

From a tax point of view, the controlled transactions raise questions regarding their prices, as, in many situations, they do not correspond to the real price of the asset subject to transaction.

The challenge of tax administrations, as well as the international organizations', is to subject these transactions to an effective taxation according to their real economic scope.

Therefore, the tax administrations should proceed with their analysis based on the current transfer pricing rules, which rely on the arm's length principle, even though it is to address hitherto challenges.

Based on the guiding principle of the transfer pricing rule, the prices of the controlled transactions should match the prices of similar operations carried out by independent entities.

Notwithstanding, the current challenges put the old arm's length principle at stake.

In order to address the new transfer pricing landscape, the OECD has been taking a new stand, although gradually, and has been addressing the taxation of the intangible assets.

On the other hand, the scholars' solutions to subject to taxation these assets contribute to the discussion of the matter, so that the best solutions are achieved.

Nonetheless, the scholar's solutions and the States' ones for an effective taxation of intangible assets turn out to be insufficient to address this phenomenon. The current reaction from the States stays behind of the complexity of the controlled transactions, which enables these operations not to be subject to taxation according to their scope.

Even though possible solutions are on the table, it is urgent to present concrete solutions, so that intangibles-controlled-transactions are subject to an effective taxation.

All in all, the current transfer pricing regime should address the new enterprises' structure on the controlled transactions and the type of assets subject to its transactions through the adoption of concrete laws, in order to subject the operations to an effective taxation according to their real economic scope.

**Key words:** Transfer Pricing; At arm's length principle; OECD; Intangibles; Profit Split Method

## Introdução

As empresas têm como principal objectivo a obtenção de lucro. Para maximizarem os seus lucros, as empresas procuram mercados fora do território em que são residentes<sup>1</sup>.

O fenómeno da expansão internacional das empresas remonta já a algumas décadas atrás. Determinar o que é que cada empresa produziu e onde foi gerado o valor da operação constituem problemas antigos há mais de 70 anos<sup>2</sup>. Por isso, as operações realizadas entre empresas em diferentes pontos do Mundo, bem como a realização dessas operações entre empresas do mesmo grupo não são um tema de agora.

A rápida evolução dos fatores de produção, os avanços tecnológicos e a constante melhoria das infraestruturas fazem com que as empresas considerem expandir os seus negócios para outras geografias, para que possam obter mais lucros e reduzir os encargos com os impostos<sup>3</sup>.

Ao se instalarem num novo mercado, as empresas passam a operar numa escala mundial, criando novos agentes económicos. Estes agentes – que são os membros dos grupos multinacionais – vão ser potenciais partes em futuras transações, uma vez que, estando inseridos no mercado, são livres de operar e de celebrar contratos ou realizar operações comerciais com qualquer entidade.

Embora sejam novas entidades, os membros dos grupos multinacionais poderão ser a primeira escolha no momento da escolha da outra parte contratante nas operações levadas a cabo por empresas do mesmo grupo.

---

<sup>1</sup> Duff & Phelps, Bronson, Mark, Michelle Johnson & Kate Sullivan, “Overview/Best Practices”, in *Guide to International Transfer Pricing, Law, Tax Planning and Compliance Strategies*, 2014, Wolters Kluwer, Holanda, pág. 3.

<sup>2</sup> Hamaekers, Hubert, “Comparable Profits Method, An Arm’s Length Transfer Pricing Method?”, in *Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional*, Dourado, Ana Paula et al, Fisco, Lisboa, 2003, pág. 285.

<sup>3</sup> “Rapid advances in technology, transportation and communication have given rise to a large number of multinationals enterprises (MNE) which have the flexibility to place their enterprises and activities anywhere in the world”, United Nations, *Practical Manual on Transfer Pricing*, 2013, Nova Iorque, pág. 1. Zinn, Theresa, Riedel, Nadine & Christoph Spengel, “The Increasing Importance of Transfer Pricing Regulations: A Worldwide Overview”, in *Intertax*, Volume 42, N.º 6 e 7, Junho/Julho 2014, pág. 352.

As trocas comerciais intragrupo são, assim, atualmente, uma realidade cada vez mais comum. As empresas, nas suas operações, trocam, entre si, bens, serviços e direitos, estabelecendo os respetivos preços.

O fenómeno da globalização não é um fenómeno meramente económico. As empresas, antes de decidirem entrar num novo mercado, têm em consideração não só as vantagens económicas associadas a essa entrada, como também as circunstâncias políticas, sociais e também fiscais desse novo mercado<sup>4</sup>.

Esta entrada num novo mercado pode consubstanciar-se na criação de uma nova área de actuação por parte da empresa ou, simplesmente, na transferência de unidades do grupo para outros territórios.

Porém, é normal que os grupos económicos tendam a dar primazia às implicações fiscais<sup>5</sup>. De facto, a obtenção de lucros é condicionada pela taxa de imposto a pagar sobre o rendimento obtido. Assim, não é de estranhar que os grupos multinacionais se inclinem a eleger territórios com tributação mais baixa como território para instalar a operação ou parte do processo produtivo.

Mas, num mercado livre, os agentes económicos são livres de praticar e de estabelecer os preços que entenderem. A regulação existe, embora permita que os preços praticados sejam os preços acordados pelas partes.

Por partes de uma operação devem entender-se os entes económicos que realizam uma operação entre si – seja ela de natureza comercial, financeira ou mesmo uma prestação de serviços – mediante o pagamento de um preço, que será a contrapartida da transacção.

Até aqui, a situação parece banal, uma vez que se trata de uma prática normal de mercado e, diríamos, de sobrevivência das empresas.

---

<sup>4</sup> Ver Projecto BEPS – OECD (2015), *Action Plan on Basis Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing. Contudo, não são só as razões fiscais que relevam para as empresas. Abordaremos este assunto *infra*.

<sup>5</sup> Qualquer processo de deslocalização de uma unidade do grupo tem por base, ainda que de forma pouco evidente, a consideração das implicações fiscais, por forma a que o impacto fiscal seja reduzido. Neste sentido, veja-se o Projecto BEPS – OECD (2015), *Action...*, pág. 8.

No entanto, a situação muda quando as empresas em causa são entidades relacionadas<sup>6</sup>. A presença de entidades relacionadas numa transacção suscita questões que afectam o preço praticado.

Tratando-se de entidades que têm ligações entre si, a operação será uma operação intragrupo<sup>7</sup>. Por terem uma relação entre si, as empresas envolvidas na operação podem acordar um preço que não vai de encontro ao preço médio daquela operação normalmente praticado pelo mercado<sup>8 9</sup>. Desta forma, o preço praticado na operação pode ser diferente do preço normal praticado no mercado.

Com a presente dissertação, pretendemos analisar a evolução da temática dos preços de transferência no seio da OCDE, perspectivando uma possível abertura de uma nova posição do organismo.

Para tal, analisamos os principais relatórios da OCDE em matéria de preços de transferência, dando primazia à tributação dos activos intangíveis.

Adicionalmente, pretendemos debruçar-nos sobre as actuais propostas da doutrina para uma possível solução de sujeição a tributação dos activos intangíveis.

As nossas considerações sobre o actual estágio de desenvolvimento do tema incluem ainda uma referência e respetiva análise a dois acórdãos do Tribunal do *9th Circuit* e TJUE sobre a interpretação de cada tribunal relativamente ao princípio das entidades independentes.

---

<sup>6</sup> De acordo com a OCDE, entende-se por partes relacionadas as empresas que as mesmas pessoas – singulares ou colectivas – participam, directa ou indirectamente, na gestão, controlo e/ou capital das empresas envolvidas. In *Glossary of Tax Terms*, <http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm#P>.

<sup>7</sup> Sobre as operações intragrupo e na senda da OCDE, entendemos que se tratam de operações de prestação de serviços e/ou compra de bens a uma empresa associada. Sobre o conceito, *vide Glossary of Tax Terms*, <http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm#P>.

<sup>8</sup> Não estamos a descuar que há operações que não possuem elementos de comparabilidade, porque, para essas operações, a aferição do preço normal passa pelo recurso a outras técnicas/meios. Neste sentido, *vide* Projecto BEPS – Action 8 – OECD (2015), *Action...*, OECD Publishing.

<sup>9</sup> Também o STA, no Processo 0571/13, e 21 de Setembro de 2016, afirmou que “(...) esse afastamento do preço que normalmente seria praticado para uma transacção equivalente pode ter como objectivo a manipulação dos preços com o intuito de transferir rendimentos (sob a forma de lucro, por exemplo) de um sujeito passivo para outro, obtendo vantagens fiscais. Estas situações verificam-se tipicamente no plano internacional quando se tenta, através da manipulação de preços, transferir o lucro para o país onde a tributação é mais favorável, embora também sejam relevantes no plano interno”.

Pelo meio, damos igualmente conta do regime actual de preços de transferência em Portugal, mas sem desenvolvermos o sub-tema, visto que o propósito da presente dissertação versa sobre a tributação dos activos intangíveis como sub-tema dentro to tema geral dos preços de transferência em matéria de imposto sobre o rendimento.

No final, tecemos um breve comentário ao produto da presente dissertação, de modo a fazermos um ponto de situação do actual estágio de desenvolvimento das regras de sujeição a tributação dos activos intangíveis.

**O que são os preços de transferência?**

Devido à relação existente entre duas entidades, os preços praticados na operação entre elas realizada pode dar origem a um preço diferente daquele que é praticado pelo mercado.

Normalmente, os preços praticados por entidades relacionadas, nas operações realizadas entre si, dizem respeito a bens, prestações de serviço e direitos.

Na definição de João Sérgio Ribeiro, os preços de transferência são o “(...) *preço fixado por um determinado sujeito passivo quando vende ou compra bens, ou partilha recursos com uma [outra] pessoa [colectiva] com quem tenha relações especiais*”<sup>10</sup>.

Estamos, pois, a falar dos preços das operações entre empresas relacionadas, abrangendo todo o tipo de objeto negocial<sup>11</sup>. Porém, o facto de as empresas relacionadas estabelecerem preços para as operações que efetuam entre si não quer dizer que esteja em causa um preço para pagar menos ou nenhum imposto, casos em que se fala de evasão fiscal<sup>12</sup>.

Neste sentido, é importante levar a cabo uma análise casuística, por forma a determinar a razão por de trás do estabelecimento de um determinado preço, em detrimento de outro, que é tido como a referência para aquele tipo de operações.

Uma vez que as trocas levadas a cabo pelos grupos multinacionais põem em contacto diversas jurisdições, vários problemas se colocam no âmbito dos preços de transferência: que jurisdição deve tributar a operação? E no caso de ambas as jurisdições sujeitarem a imposto a operação? Há direito a crédito de imposto?<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> Ver Ribeiro, João Sérgio, *Tributação Presuntiva do Rendimento – Um Contributo para Reequacionar os Métodos Indirectos de Determinação da Matéria Tributável*, 2014, Almedina, reimpressão da edição de 2010.

<sup>11</sup> United Nations, *Practical...*, United Nations, Nova Iorque, 2013, pág.2.

<sup>12</sup> “*Transfer pricing thus does not necessarily involve tax avoidance, as the need to set such prices is a normal aspect of how MNEs must operate*”, *Practical...*, United Nations, pág. 2.

<sup>13</sup> United Nations, *Practical...*, United Nations, pág. 5.

Perante este cenário, o legislador pretendeu controlar a flutuação de preços acordados entre entidades do mesmo grupo, por forma a não existirem disparidades fiscais entre estas operações e operações realizadas entre entidades independentes<sup>14</sup>.

Assim, aquando da elaboração do regime dos preços de transferência, o legislador deu primazia ao critério do preço normal praticado pelo mercado, isto é, o preço que seria praticado caso as entidades envolvidas não fossem relacionadas<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Não se pretende concluir que o legislador internacional – e também nacional – pretendeu estabelecer os preços ditos “justos” para cada operação. O que se pretendeu, a nível internacional e, posteriormente, a nível nacional, foi criar um conjunto de critérios susceptíveis de determinar o preço de cada operação.

<sup>15</sup> Avi-Yonah, Reuven, “The Rise and Fall of Arm’s Length: A Study in the Evolution of US International Taxation”, in *Law & Economics Working Papers*, University of Michigan Law School, 2007, pág. 1.

## Evolução do regime dos preços de transferência

A OCDE publicou, pela primeira vez, as suas orientações sobre preços de transferência – *OECD Transfer Pricing Guidelines Multinational Enterprises and Tax Administrations* – em 1979, tendo sido revistas em 1995 e em 2010<sup>16</sup>.

Em termos gerais, as *Guidelines* consistem num conjunto de orientações que os Estados-Membros devem adoptar para lidar com as situações de preços de transferência. Na verdade, as situações de preços de transferência, actualmente, põem em contacto diversas jurisdições, o que dificulta o tratamento fiscal a ser dado às várias operações.

Por um lado, os grupos multinacionais vão querer salvaguardar todos os impactos fiscais decorrentes das suas operações, querendo saber qual será o tratamento fiscal que será dado em cada jurisdição. Por outro lado, as administrações fiscais vão querer sujeitar a tributação os rendimentos que tiverem sido gerados na sua jurisdição.

Estas *Guidelines*, até à sua última versão, consagravam o princípio das entidades independentes como o princípio base da análise de operações realizadas entre entidades relacionadas<sup>17</sup>.

Por outro lado, a OCDE pretendeu também estabelecer os passos que devem ser seguidos na análise de cada operação.

Outra das novidades implementadas nesta última revisão foi a inclusão do recurso à mais recente documentação, para que os dados a ter em consideração, na análise da operação, sejam os mais actuais<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> O primeiro relatório publicado foi o *Transfer Pricing and Multinational Enterprises (the “1979 Report”)*. Seguiram-se outros relatórios como *Transfer Pricing and Multinational Enterprises – Three Taxation Issues (The “1984 Report”)* e o *Thin Capitalisation (The “1987 Report”)*. Duff & Phelps, Lubick, Jonathan, Stéphane Gelin e Elfie Ossard-Quintaine, *OECD Guidelines*, in *Guide to International Transfer Pricing, Law, Tax Planning and Compliance Strategies*, 2014, Wolters Kluwer, Holanda, pág. 69.

<sup>17</sup> Zinn, Theresa, Riedel, Nadine & Christoph Spengel, “The Increasing...”, in *Intertax*, Volume 42, N.º 6 e 7, Junho/Julho 2014, pág. 354. Noutra vertente, sobre laivos da mudança de posição da OCDE, *vide infra*.

<sup>18</sup> Notamos que a análise das medidas ao nível dos novos requisitos de documentação e do *Country-by-Country Report* não serão alvo da nossa análise. Remetemos apenas um breve comentário sobre o tema quanto à sua relação com o método do fraccionamento dos lucros.

As ambições dos Estados-membros da OCDE estão explanadas ao longo do relatório, com destaque para as referências ao artigo 9.º da Convenção Modelo da OCDE. Este artigo reflecte, *stricto sensu*, a posição da OCDE quanto ao critério aferidor dos preços de transferência<sup>19</sup>.

Porém, o facto de o critério aferidor dos preços de transferência ser o princípio das entidades independentes, embora permita uma alocação de lucros em certas operações, noutras, a sua eficiência é questionável<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> O princípio das entidades independentes remonta mesmo à Convenção Modelo da Liga das Nações. Em 1963, foi introduzido na Convenção Modelo da OCDE e, em 1980, foi adoptado pelas Nações Unidas na *United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries*. [https://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/Marlies\\_de\\_Ruiter\\_1206\\_Helsinki\\_text.pdf](https://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/Marlies_de_Ruiter_1206_Helsinki_text.pdf)

<sup>20</sup> Brauner, Yariv, “Value in the Eye of the Beholder: The Valuation of Intangibles for Transfer Pricing Purposes”, 28, *Va. Tax Rev.* 79, 2008, pág. 83. Remetemos o desenvolvimento do tema para *infra*.

## **O regime dos preços de transferência na Portaria n.º 1446-C/2001, de 21 de Dezembro**

O regime dos preços de transferência estabelecido no CIRC encontra-se desenvolvido na Portaria n.º 1446-C/2001, de 21 de Dezembro. No artigo 1.º, encontramos as regras sobre o princípio das entidades independentes.

Na base do regime, está a verificação de três condições indissociáveis para a consideração da operação: a existência de relações especiais, a prática de um preço e condições diferentes do que seria acordado entre entidades independentes e o nexo de causalidade entre a relação especial e o estabelecimento dos termos<sup>21</sup>.

À luz do acordado ao nível da OCDE, Portugal pretendeu ter um regime de preços de transferência capaz de regular as operações entre empresas associadas, por forma a abranger o maior número de situações tendo em conta a sua diversidade.

Neste sentido, o artigo 1.º da Portaria estipula que o regime dos preços de transferência se aplica às operações efectuadas por sujeitos passivos de IRC e também de IRS<sup>22</sup>. O âmbito subjectivo alargado pretende evitar que os sujeitos passivos de IRS sejam beneficiados por não serem pessoas colectivas com personalidade tributária.

A regra base da regulação dos preços de transferência, em Portugal, é a prática de condições idênticas às condições que seriam praticadas caso a operação fosse realizada entre empresas independentes.

No âmbito da análise dos preços de transferência, cada operação deve ser analisada de forma individual.

Ainda que a comparabilidade seja um dos métodos de determinação dos preços de transferência, não se pode olhar para uma determinada operação sem a analisar à luz do regime dos preços de transferência. O facto de uma operação já ter ocorrido não a torna

---

<sup>21</sup> Acórdão CAAD, P. n.º 300/2013-T.

<sup>22</sup> Artigo 1.º, n.º1 da Portaria n.º 1446-C/2001, de 21 de Dezembro.

uma operação realizada de forma independente ou uma operação realizada com condições diferentes das condições do mercado.

Além disso, o âmbito subjectivo inclui também entidades residentes, e entidades não residentes com estabelecimentos estáveis em Portugal e fora de Portugal.

Porém, há situações em que a análise deve ser efectuada em termos globais<sup>23</sup>. Devido à ligação entre as operações e sob pena de se perder o substracto económico que conduziu à realização da operação, a análise deve ser à operação no seu todo ou séries de operações.

O regime dos preços de transferência da Portaria faz ainda uma menção expressa às operações realizadas entre um sujeito passivo e uma entidade não residente em território português. Esta referência diz respeito às correcções efectuadas aos preços praticados na operação entre as duas partes, para que os impostos devidos no local da geração de valor não sejam distorcidos por uma transferência de lucros encoberta operada a nível internacional<sup>24</sup>.

Para cada operação, deve ser escolhido o método mais adequado para determinar os termos e condições da mesma. Para tal, deve ser escolhido o método que melhor reflita as condições e termos da operação, de modo a proporcionar uma melhor comparação de elementos com os elementos de uma operação realizada às condições do mercado<sup>25</sup>.

Nos termos da Portaria, consideram-se que duas operações são comparáveis “(...) *se são substancialmente idênticas, o que significa que as suas características económicas e financeiras relevantes são análogas ou suficientemente similares, de tal modo que as diferenças existentes entre as operações ou entre as empresas nelas intervenientes não são susceptíveis de afectar de forma significativa os termos e condições que se praticariam numa situação normal de mercado ou, sendo-o, é possível efectuar os*

---

<sup>23</sup> artigo 1.º, n.º 2 da Portaria n.º 1446-C/2001, de 21 de Dezembro.

<sup>24</sup> Artigo 3.º, n.º 1 da Portaria n.º 1446-C/2001, de 21 de Dezembro.

<sup>25</sup> Artigo 4.º, n.º 2 da Portaria n.º 1446-C/2001, de 21 de Dezembro.

*necessários ajustamentos que eliminem os efeitos relevantes provocados pelas diferenças verificada*<sup>26</sup>.

A Portaria, à semelhança do que faz a OCDE nas *Guidelines*, estabelece alguns elementos de comparação que devem ser tidos em conta aquando da análise das situações.

Em primeiro lugar, deve ser tida em conta a natureza do objecto da operação. As operações entre empresas associadas podem configurar vários objectos de negócio, sendo os mais comuns a prestação de serviços, bens ou direitos. Na análise da natureza do objecto da operação, é necessário perceber de que forma é que este objecto influencia o preço praticado e as condições da operação<sup>27</sup>.

Em segundo lugar, os termos da operação podem ditar a realização de certas funções por parte de cada uma das partes. O ónus que recai sobre cada parte deve ser tido como o ónus que seria normalmente devido, caso a operação fosse levada a cabo por empresas independentes.

A análise das funções de cada uma das partes na operação não se pode dissociar da análise do risco inerente a essas funções. Neste sentido, o tipo de risco incorrido deve ser considerado para efeitos de determinação dos preços de transferência.

Em terceiro lugar, os termos contratuais assumem-se como mais um elemento que ajuda a comparar a operação com uma operação realizada entre empresas independentes, na medida em que este elemento se assume como um ponto de partida da análise.

Para se efectuar uma análise consistente, deve ter-se em conta a base contratual que levou à realização daquela operação, por forma a adaptar a análise em função do tipo de operação.

No entanto, este elemento de base não se conforma como um elemento final, uma vez que o próprio contrato que levou à realização da operação pode não se coadunar

---

<sup>26</sup> Artigo 4.º, n.º 3 da Portaria n.º 1446-C/2001, de 21 de Dezembro.

<sup>27</sup> Sobre os activos intangíveis e a dificuldade em obter elementos comparativos, vejam-se as *Guidelines* da OCDE em OECD (2017), *OECD Transfer Pricing...*, OECD Publishing, Paris, pp. 247 e ss.

com os objectivos alcançados ou com alguma alteração que tenha ocorrido durante as funções realizadas pelas partes. Assim, este elemento, quando existe, funciona como o princípio da análise da operação<sup>28</sup>.

Um outro elemento a considerar é a envolvente económica que levou à realização da operação, isto é, as circunstâncias economicamente relevantes. Aquando de uma operação, as partes da operação pretendem obter lucro e há factores que influenciam a realização da mesma<sup>29</sup>.

A estratégia económica das empresas também pesa na determinação dos preços de transferência. Se os factores influenciam a realização da operação, a estratégia das empresas é prévia a essa consideração de factores, na medida em que a operação só se realiza se as empresas assim o entenderem.

Por último e na senda das *Guidelines* da OCDE, a Portaria deixa em aberto quaisquer outros elementos que não os elencados nesta lista não taxativa, de modo a abranger todos os elementos considerados relevantes aquando da análise das situações e determinação dos preços de transferência.

---

<sup>28</sup> Por vezes, a operação em causa pode até nem ter um substracto contratual escrito, o que torna a análise mais difícil.

<sup>29</sup> São diversos os factores que influenciam a realização de uma operação, como, por exemplo, os geográficos, custos de produção, fase do processo produtivo ou de comercialização.

## Os preços de transferência no projecto BEPS

### a) Até 2018

A OCDE publicou, pela última vez, as suas conclusões e recomendações para combater a erosão da base tributável e a deslocalização de lucros em 2015<sup>30 31</sup>.

Com a globalização, a principal preocupação fiscal global é a alocação dos lucros de acordo com a sua criação<sup>32</sup>.

Até 2018, o princípio das entidades independentes era a base do regime de determinação dos preços de transferência de vários países<sup>33</sup>.

O princípio visa garantir que as partes envolvidas na operação praticam um preço correspondente ao preço que seria praticado por empresas independentes e que actuam apenas no seu próprio interesse. Quando o preço não reflectir o substracto económico da operação, então pode haver lugar a implicações relevantes.

Nesse sentido, o princípio das entidades independentes tem, na sua base, uma lógica de independência e também de igualdade, conseguidas através da comparabilidade, embora as entidades contratantes possam ter os seus legítimos interesses<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*, Actions 8-10 – 2015 Final Reports, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing Paris. Antes, o primeiro relatório publicado foi o *Transfer Pricing and Multinational Enterprises (the “1979 Report”)*. Seguiram-se outros relatórios como *Transfer Pricing and Multinational Enterprises – Three Taxation Issues (The “1984 Report”)* e o *Thin Capitalisation (The “1987 Report”)*.

<sup>31</sup> Para uma visão geral sobre o projecto BEPS, vide Dourado, Ana Paula, *Governança Fiscal Global*, Coimbra, Almedina, 2017.

<sup>32</sup> OECD (2015), *Aligning...*, OECD Publishing, Paris, pág. 9.

<sup>33</sup> OECD (2015), *Aligning...*, OECD Publishing, Paris, pág. 9. Duff & Phelps, Bronson, Mark & et al, “Overview...”, in *Guide to International Transfer Pricing*, Law, Tax Planning and Compliance Strategies, 2014, Wolters Kluwer, Holanda, pág. 5.

<sup>34</sup> [O princípio das entidades independentes] “(...) has its origins in contract law to arrange an equitable agreement that will stand up to legal scrutiny, even though the parties involved may have shared interests”, *Practical...*, United Nations, pág. 11. Sobre a importância da comparabilidade, veja-se Fris, P. & S. Gonnert, “The state of the Art in Comparability for Transfer Pricing”, 17 *Intl. Transfer Pricing J.* 2 (2010), Journals IBFD. Duff & Phelps, Lubick, Jonathan, Stéphane Gelin e Elfie Ossard-Quintaine, *OECD Guidelines*, in *Guide to International Transfer Pricing*, Law, Tax Planning and Compliance Strategies, 2014, Wolters Kluwer, Holanda, pág. 72.

Através do princípio, a legislação em matéria de preços de transferência pretende que as entidades envolvidas em operações vinculadas paguem os impostos de acordo com os

impostos que resultariam de uma operação idêntica realizada entre empresas independentes.

Com o recurso ao princípio das entidades independentes, os membros do grupo são tidos como entidades separadas<sup>35</sup>. Neste sentido, a natureza da operação vai relevar para a determinação do preço que seria obtido caso as empresas fossem independentes, uma vez que será necessário encontrar, no mercado, uma operação semelhante<sup>36</sup>.

Para que se encontre uma operação semelhante, a análise do preço da operação tem como ponto de partida outra operação semelhante. Não é por acaso que o primeiro parágrafo do artigo 9.º da CMOCDE dispõe sobre a comparação entre as condições da operação entre empresas associadas e empresas independentes<sup>37</sup>.

Na análise da situação, devem ter-se em conta as circunstâncias economicamente relevantes que levaram à realização daquela operação, para que depois se comparem essas condições com as condições normais de mercado subjacentes às operações entre entidades independentes<sup>38 39</sup>.

Face ao exposto, conclui-se que a determinação dos preços de transferência passa, na óptica do princípio das entidades independentes, pela comparação entre os preços praticados numa operação entre empresas associadas e os preços praticados numa operação entre entidades independentes.

---

<sup>35</sup> OECD (2015), *Aligning...*, pág. 15, OECD Publishing, Paris.

<sup>36</sup> A comparabilidade assume-se como uma ferramenta essencial no regime dos preços de transferência.

<sup>37</sup> Primeiro parágrafo do artigo 9.º CMOCDE. O artigo dispõe ainda sobre o apuramento do lucro que seria obtido caso a operação vinculada tivesse sido levada a cabo por empresas não associadas.

<sup>38</sup> OECD (2015), *Aligning...*, pág. 15, OECD Publishing, Paris. As circunstâncias economicamente relevantes serão determinadas, entre outras, a partir da área de actividade das empresas envolvidas na operação. Factores como a estratégia comercial, as funções desempenhadas, o risco ou os factores de produção deverão ser considerados. No fundo, atenta-se às condições que possam levar à obtenção de lucro na operação.

<sup>39</sup> “*All the methods that apply the arm’s length principle can be tied to the concept that independent enterprises consider the options realistically available to them and in comparing one option to another they consider any differences between the options that would significantly affect their value.*”, in OECD (2015), *Aligning...*, pág. 17, OECD Publishing, Paris.

Neste sentido, a análise parte do contrato que serve de base à operação, uma vez que é neste que se encontram estipuladas as condições relativas à operação. Porém, caso a realidade não reflita os elementos acordados ou mesmo na inexistência de qualquer contrato, também a análise funcional deve ser considerada<sup>40 41</sup>.

Em conclusão, pretendia-se apurar se a operação em análise cumpre o *rationale* subjacente às condições normais em que assentaria uma operação comparável entre partes não relacionadas<sup>42</sup>.

## A) A partir de 2018

### i. A desadequação do princípio das entidades independentes e o método do fraccionamento dos lucros

No entanto, pode não ser possível proceder à comparação dos elementos de uma operação entre partes relacionadas e os elementos de uma operação entre entidades independentes. A especificidade da operação, os serviços ou bens transacionados, as suas circunstâncias, e a falta de informação, entre outros motivos, podem impedir esta comparação.

Além disso, o método de comparabilidade, que tem em conta apenas um lado da operação, não se assume como um método adequado para a análise de uma operação que envolve activos intangíveis.

De facto, a falta de elementos comparáveis não pode limitar a determinação dos preços de transferência. Assim, é necessário recorrer a outro método<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> OECD (2015), *Aligning...*, pp. 17-20, OECD Publishing, Paris.

<sup>41</sup> Outro factor como a assunção do risco deve ser igualmente considerado. Para efeitos de preços de transferência, o risco corresponde à probabilidade de atingir ou não atingir os objectivos da operação. Embora os contratos estabeleçam as condições nas quais se vai desenrolar a operação, notamos que se tratam de termos *ex ante*, pelo que, em termos práticos, as condições, e o risco efectivamente incorrido, pode não corresponder aos termos estabelecidos. Assim, a gestão de risco deve corresponder uma efectiva assunção de riscos, à qual é devida a respectiva remuneração. Neste sentido, veja-se o disposto em OECD (2015), *Aligning...*, OECD Publishing, Paris, pp. 25, 34 e 35.

<sup>42</sup> OECD (2015), *Aligning...*, OECD Publishing, Paris, pág. 39.

<sup>43</sup> No projecto BEPS, a OCDE já prevê o recurso a outro método de determinação dos preços de transferência. “*In some cases profit splits or valuation techniques may be useful for evaluating arm’s*

Este outro método designa-se por método do fraccionamento dos lucros e assenta na alocação dos lucros de acordo com a sua criação<sup>44 45</sup>. Embora menos utilizado face ao método da comparabilidade das operações, este método é preferencialmente utilizado em operações que envolvam activos intangíveis<sup>46</sup>.

Do exposto e da análise do projecto BEPS, no que diz respeito aos preços de transferência, facilmente se constata que os intangíveis constituem o foco da OCDE<sup>47</sup>.

Neste sentido, entendemos que a revisão das *Guidelines* de aplicação do método de fracionamento dos lucros representa uma mudança de paradigma na OCDE, uma vez que a realidade económica dos grupos multinacionais exige que se dê cada vez mais ênfase à aplicação deste método<sup>48</sup>.

Porém, a adesão da OCDE a este método não tem sido tão evidente quanto seria de desejar<sup>49</sup>. Como notam Panayi e Brauner, a adesão tem sido lenta e, neste momento, há apenas uma inclinação da OCDE para a aceitação deste método<sup>50</sup>.

---

*length allocations of profit in situations involving the outsourcing of important functions where information on comparable uncontrolled transactions is unavailable.*”, in OECD (2015), *Aligning...*, OECD Publishing, Paris, pág. 57.

<sup>44</sup> OECD (2015), *Aligning...*, OECD Publishing, Paris, pág. 57.

<sup>45</sup> OECD (2015), *Aligning...*, OECD Publishing, Paris, pág. 66.

<sup>46</sup> Sobre a definição de activos intangíveis, *vide infra*.

<sup>47</sup> Panayi, Christiana HJI, *Advanced Issues in International and European Tax Law*, Bloomsbury, pág. 106. A autora nota mesmo que “(...) *The topic has been considered as one of the most challenging subjects of transfer pricing.*”

<sup>48</sup> Na Acção 8, a OCDE define os objectivos pretendidos quanto aos activos intangíveis: (i) definição mais alargada de activos intangíveis; (ii) alocação de lucros decorrentes de operações que envolvem activos intangíveis de acordo com a criação de valor; (iii) apuramento das regras de determinação de preços de transferência nas operações que envolvem intangíveis *hard-to-value*; (iv) actualização do guia dos acordos de partilha de custos. OECD (2015), *Aligning...*, pág. 63, OECD Publishing, Paris. Porém, a revisão não trouxe nenhum elemento novo quanto à definição, apuramento e valorização dos activos intangíveis dentro dos modelos de negócio digitais. Pelo contrário, é possível que a revisão conduza a maiores custos com o cumprimento das obrigações fiscais e a mais situações de dupla tributação. Neste sentido, veja-se Olbert, Marcel e Christoph Spengel, *International Taxation in the Digital Economy: Challenge Accepted?*”, in *World Tax Journal*, Fevereiro 2017, pág. 13. Notamos, contudo, que a revisão das *guidelines* se trata de uma parca revisão, por não dar mais importância e conteúdo ao conceito da criação de valor. Chand, Vikram e Wagh, Sagar, “International – The Profit Split Method: Status Quo and Outlook in Light of the BEPS Action Plan”, in *International Transfer Pricing Journal*, Vol. 21, N.º 6, Novembro/Dezembro 2014, pág. 405.

<sup>49</sup> “*The OECD generally prefers the traditional transaction methods as they represent a more direct way of identifying a transfer price.*”, in Zinn, Theresa, Riedel, Nadine & Christoph Spengel, “The Increasing...”, in *Intertax*, Volume 42, N.º 6 e 7, Junho/Julho 2014, pág. 358.

<sup>50</sup> Panayi, Christiana HJI, *Advanced...*, Bloomsbury, pág. 112. Brauner, Yariv, “Transfer Pricing in BEPS: First Round – Business Interests Win (But, Not in Knock-Out)”, in *Intertax*, Vol. 43, N.º 1, 2015, pág. 73.

Mesmo assim, consideramos que a recente posição da OCDE demonstra uma abertura maior para o recurso a este método<sup>51</sup>.

## **ii. Prestação intra-grupo de serviços de baixo valor**

As acções do projecto BEPS tratam ainda o tema da prestação intra-grupo de serviços de baixo valor<sup>52</sup>. Trata-se do exercício intra-grupo de funções que não representam o escopo funcional do grupo, que são de natureza acessória e que não produzem qualquer valor

A sua análise deve assentar no (i) apuramento da efectiva prestação do serviço e no (ii) preço praticado, por forma a apurar se este preço foi semelhante ao preço de mercado de operações semelhantes entre entidades independentes<sup>53</sup>.

Caso se conclua que o preço praticado não teria sido o preço pago numa operação semelhante levada a cabo por entidades independentes, então, a operação não deve ter um tratamento fiscal diferente, pelo que será tributada nos termos das operações semelhantes levadas a cabo por entidades independentes<sup>54</sup>.

## **iii. Acordos de partilha de custos (no geral)**

Por último, no projecto BEPS e ainda inserido no tema dos preços de transferência, a OCDE aborda os acordos de partilha de custos<sup>55</sup>. Trata-se de um tipo de contratos celebrados entre empresas do mesmo grupo nos quais se define as contribuições e o risco assumido por cada parte no desenvolvimento e produção de activos intangíveis,

---

<sup>51</sup> Brauner, Yariv, *What...*, (2014), pág. 98. A OCDE reconhece as dificuldades do princípio das entidades independentes para fazer face aos novos desafios dos grupos multinacionais. Neste sentido, veja-se Olbert, Marcel e Christoph Spengel, “International...”, in *World Tax Journal*, Fevereiro 2017, pág. 14.

<sup>52</sup> Para algumas considerações sobre o tema, vide Storck, Alred, Raffaele Petruzzi, Marta Pankiv & Romero J.S. Tavares, «Global Transfer Pricing Conference “Transfer Pricing in a Post-BEPS World”» in *International Transfer Pricing Journal*, Maio/Junho, 2016, pág. 220.

<sup>53</sup> OECD (2015), *Aligning...*, OECD Publishing, Paris, pág. 144.

<sup>54</sup> OECD (2015), *Aligning...*, OECD Publishing, Paris, pp. 147 e 148.

<sup>55</sup> Sobre o tema, veja-se Storck, Alred, Raffaele Petruzzi, Marta Pankiv & Romero J.S. Tavares, «Global...», in *International Transfer Pricing Journal*, Maio/Junho, 2016, pág. 219.

tangíveis ou serviços relacionados com os mesmos, de modo a fomentar uma economia de escala no grupo<sup>56</sup>.

A assunção do risco passa a ter uma relevância maior, dado que a análise à operação não incide apenas na análise funcional. Não se trata apenas de suportar o risco, mas sim de realizar funções relacionadas com o activo e que acarretam um risco intrínseco às próprias funções.

Com a consideração do risco efectivamente incorrido pelas partes da operação, a OCDE pretende afastar a alocação de lucros à entidade legal meramente detentora do activo. Pretende-se que a alocação de lucros seja feita de acordo com as funções realizadas por cada entidade no desenvolvimento, exploração e manutenção do activo<sup>57</sup>

Para que o preço praticado seja tido como o preço que seria praticado na óptica do princípio das entidades independentes, o valor as contribuições de cada entidade do grupo deve ser semelhante ao preço que seria praticado por entidades independentes, caso estas celebrassem um acordo da mesma natureza<sup>58</sup>.

## **A importância dos activos intangíveis para os grupos multinacionais**

---

<sup>56</sup> OECD (2015), *Aligning...*, OECD Publishing, Paris, pág. 16. Storck, Alred, Raffaele Petruzzi, Marta Pankiv & Romero J.S. Tavares, «Global...», in *International Transfer Pricing Journal*, Maio/Junho, 2016, pág. 218. Brauner, Yariv, Brauner, Yariv, “Transfer...””, in *Intertax*, Vol. 43, N.º 1, 2015, pág. 74.

<sup>57</sup> *Ibid* Brauner, Yariv, pág. 75. O objectivo desta análise do risco é afastar a alocação de lucros a entidades que funcionam como financiadores.

<sup>58</sup> OECD (2015), *Aligning...*, OECD Publishing, Paris, pág. 166.

**a) No geral**

Os activos intangíveis têm vindo a assumir preponderância no comércio internacional desde os anos 70. Hoje, muitas multinacionais grande parte dos seus lucros deriva da geração de valor a partir de activos intangíveis<sup>59</sup>. Deste modo, é preciso conhecer esta nova realidade, nomeadamente, o que é que se entende por activos intangíveis e qual é que é o seu papel na realidade dos grupos multinacionais.

Por activos intangíveis, entendem-se os activos não físicos ou os activos financeiros, que, por serem susceptíveis de serem detidos, devem ter como contrapartida a respectiva compensação que seria paga em operações levadas a cabo por entidades independentes<sup>60</sup>. É a primeira vez que se encontra definido o que se entende por activos intangíveis.

As multinacionais de hoje estão, cada vez mais, interligadas e as transacções em que participam – quer sejam intra-grupo, quer sejam inter-grupo -, demonstram isso.

No entanto, definir um preço para um activo que não tem correspondência física revela-se um processo complicado e só ocorre, no geral, por razões fiscais<sup>61</sup>.

Apesar disso, as multinacionais continuam a transacionar activos intangíveis e têm vindo a desenvolver aquilo a que se chama de *economia da informação*, muito devido aos avanços tecnológicos, e à maior utilização da Internet e outras plataformas online<sup>62</sup>.

A forma como operam e como estão organizadas as multinacionais em nada se assemelha à forma e modo de operar das empresas ditas tradicionais<sup>63</sup>. Assim, se as

---

<sup>59</sup> Lagarden, Martin, “Intangibles in a Transfer Pricing Context: Where Does the Road Lead?”, in *International Transfer Pricing Journal*, Setembro/Outubro, 2014, pág. 331.

<sup>60</sup> OECD (2015), “Aligning...”, OECD Publishing, Paris, pág. 67. Para Lev, os activos intangíveis definem-se como “(...) *nonphysical sources of value generated by innovation (claims to future benefits), generated by innovation (discovery), unique organizational designs, or human resource practices*”, in Lev, Baruch, *Intangibles: Management, Measurement and Reporting*, Brookings Institution Press, 1 de Junho de 2001, *ex vi* Brauner, Yariv, “Value...”, in 28 *Va. Tax Rev.* 79, 2008, pág. 89.

<sup>61</sup> *Ibid*, pág. 85.

<sup>62</sup> *Ibid*.

<sup>63</sup> Schreiber, Ulrich e Fell, Lisa Maria, “International Profit Allocation, Intangibles and Sales-Based Transactional Profit Split”, in *World Tax Journal*, Fevereiro de 2017, pág. 99.

estruturas de empresas tradicionais não se adequam aos modelos das novas multinacionais, tão-pouco se adequam as regras actuais de tributação<sup>64</sup>.

Para alimentar esta economia, as multinacionais usam, como matéria-prima, os activos intangíveis, os quais podem assumir variadas formas<sup>65 66</sup>.

Para além de outras características que diferenciam as novas multinacionais das tradicionais – como por exemplo, a obtenção de lucro -, destacamos a importância dos consumidores para estas multinacionais. Para estas, os consumidores são também utilizadores dos serviços que as multinacionais prestam, para além das aquisições que efectuam<sup>67</sup>.

No fundo, as novas multinacionais destinam-se à criação de valor através do contacto entre os produtores – dos activos – e dos utilizadores<sup>68</sup>.

No entender de Lagarden, quando falamos de activos intangíveis, falamos de activos com as seguintes características: (i) sem substracto físico; (ii) de carácter não-financeiro; (iii) identificáveis; (iv) separáveis; (v) com relevância económica; (vi) detidos através de várias formas<sup>69</sup>.

## **b) Os preços de transferência e os activos intangíveis**

Devido à importância dos activos intangíveis nas operações das multinacionais, como vimos *supra*, e tendo em conta que as operações das multinacionais envolvem várias jurisdições, o regime dos preços de transferência vai incidir sobre as operações das multinacionais que envolvem activos intangíveis<sup>70</sup>.

---

<sup>64</sup> Sobre o tema, referimo-nos *infra*.

<sup>65</sup> *Ibid* Schreiber, Ulrich e Fell, Lisa Maria, pág. 99.

<sup>66</sup> *Ibid*, pág. 333. Algumas formas de activos intangíveis: mão-de-obra, sinergias, *know-how*. Para mais exemplos, veja-se *ibid* Lagarden, Martin, pág. 334.

<sup>67</sup> Rosenthal, Elizabeth King, “Taxing Platform Businesses With Highly Digitized Business Models”, in *Tax Notes International*, 11 de Junho, 2018, pág. 1280.

<sup>68</sup> Segundo Rosenthal, as novas multinacionais são “(...) institutions and cultural touchstones as much as they are commercial undertakings. They create the foundations on which social networks and digital marketplaces evolve or are built (...)”, in *ibid*, pág. 1282.

<sup>69</sup> *Ibid*, Lagarden, Martin, pág. 335.

<sup>70</sup> Brauner, Yariv, “Value...”, in 28 *Va. Tax Rev.* 79, 2008, pág. 86.

### c) Detenção de activos intangíveis

A título prévio, notamos que, embora exista diferença entre propriedade e posse, referimo-nos à detenção dos activos, em termos genéricos, para efeitos de atribuição de direitos sobre os mesmos.

A tónica da discussão coloca-se no reconhecimento, por parte das jurisdições das entidades contratantes, de quem detém os activos em análise, e que direitos é que lhe são atribuídos. Face ao exposto, a determinação do detentor legal do activo também será importante na análise dos preços de transferência<sup>71</sup>.

Segundo Lagarden, a detenção dos activos pode ser legal, contratual ou económica<sup>72</sup>.

No primeiro caso, a detenção verifica-se quando há o registo da detenção junto do organismo oficial para o efeito.

No segundo caso, a detenção dá-se por via de um acordo estabelecido entre as partes contratantes.

No terceiro caso, a detenção é atribuída à entidade ou entidades que mais contribuíram para o desenvolvimento, exploração, protecção e manutenção do activo. Neste sentido de detenção, a análise funcional assume especial relevância.

Por último, no quarto caso, a detenção do activo implica que o detentor incorra em determinados custos e riscos relacionados com o activo.

Esta detenção poder-se-ia consubstanciar noutro tipo de detenção, mas, nas operações em que estão envolvidos activos intangíveis, pode não existir correspondência entre o seu detentor e as entidades que contribuíram para o desenvolvimento, exploração, protecção e manutenção do activo.

---

<sup>71</sup> *Ibid*, pág. 87.

<sup>72</sup> Lagarden, Martin, “Intangibles...”, in *International Transfer Pricing Journal*, Setembro/Outubro, 2014, pp. 336 e 337.

## A falência do princípio das entidades independentes

Num contexto pós-BEPS, a doutrina e a própria OCDE começam a questionar se o padrão de determinação dos preços de transferência se encontra adequado à nova realidade empresarial, i.e., aos grupos multinacionais<sup>73</sup>.

Embora se esteja a pôr em causa um princípio comumente aceite pela comunidade internacional, o facto de se estar a discuti-lo leva a que se repensem alternativas para a efectiva tributação dos grupos multinacionais nas operações intra-grupo<sup>74</sup>.

As multinacionais de hoje representam um desafio às actuais regras de tributação. Seja pela plurilocalização das entidades do grupo, seja pelas operações intra-grupo ou mesmo pelos elevados níveis de integração dentro do grupo, a nova realidade económica e empresarial testa os princípios e regras de tributação actualmente em vigor<sup>75</sup>.

Não obstante o exposto, o principal problema do princípio das entidades independentes surge devido ao crescimento dos activos intangíveis e da sua presença sem inúmeras transacções realizadas pelas multinacionais<sup>76</sup>.

Neste sentido, a revisão do princípio das entidades independentes é uma consequência da evolução dos tempos e uma exigência dos tempos modernos.

No geral, o princípio aplica-se através da comparação do preço da transacção em análise com o preço que seria praticado por entidades independentes numa transacção semelhante.

---

<sup>73</sup> Storck, Alfred, Raffaele Petruzzi, Marta Pankiv & Romero J.S. Tavares, «Global...», in *International Transfer Pricing Journal*, pág. 217. Brauner, Yariv, “Transfer...”, in *Intertax*, Vol. 43, N.º 1, 2015, pág. 72.

<sup>74</sup> *Ibid.*

<sup>75</sup> Rosenthal, Elizabeth King, “Taxing...”, in *Tax Notes International*, 11 de Junho, 2018, pág. 1285. *Ibid.*, Brauner, Yariv. T’ng, Alvin, “The Modern Marketplace, the Rise of Intangibles and Transfer Pricing”, in *Intertax*, Vol. 44, N.º 5, 2016, pág. 413.

<sup>76</sup> Schreiber, Ulrich e Fell, Lisa Maria, “International...”, in *World Tax Journal*, Fevereiro de 2017, pp. 100 e 101. Duff & Phelps, Lubick, Jonathan et al, “OECD...”, in *Guide to International Transfer Pricing, Law, Tax Planning and Compliance Strategies*, 2014, Wolters Kluwer, Holanda, pág. 83. Brauner, Yariv, “Value...”, in 28 *Va. Tax Rev.* 79, 2008, pp. 93 e 94. Segundo Brauner, mesmo que esteja em causa o mesmo activo, cada operação tem as suas próprias especificidades.

No entanto, as operações em que participam as multinacionais de hoje não são se assemelham, genericamente, a outras transacções realizadas entre entidades independentes.

O nível de integração das empresas e a dificuldade na determinação das funções que as partes relacionadas realizam na operação – por ser difícil encontrar elementos e funções comparáveis no mercado -, pode pôr em causa o princípio das entidades independentes, por este não ser aplicável<sup>77</sup>. Nestes casos, há que recorrer a outras formas de determinação dos preços de transferência.

Outro factor que deve ser tido em conta é o tipo de activos subjacente às operações realizadas pelas empresas dos grupos multinacionais. Naturalmente, as trocas que envolvem activos intangíveis continuam a ter lugar, mas a preponderância assumida pelos activos intangíveis obriga a que se considerem alternativas para a tributação deste tipo de operações<sup>78</sup>.

Sem a existência de elementos comparáveis na presença de activos únicos, a determinação dos preços de transferência, nestas operações, deve ser feita com recurso a outro método<sup>79</sup>.

Neste sentido, concordamos com T'ng quando o autor afirma que o recurso a elementos comparáveis sem ter em conta a natureza da operação afigura-se como uma técnica desadequada e que tem impacto na tributação efectiva do rendimento<sup>80</sup>.

Assim, como Brauner, colocamos a questão: “*Can one put a price on the priceless?*”<sup>81</sup>.

---

<sup>77</sup> Rosenthal, Elizabeth King, “Taxing...”, in *Tax Notes International*, 11 de Junho, 2018, pág. 1286.

<sup>78</sup> Schreiber, Ulrich e Fell, Lisa Maria, “International...”, in *World Tax Journal*, Fevereiro de 2017, pág. 99.

<sup>79</sup> T'ng, Alvin, “The Modern...”, in *Intertax*, Vol. 44, N.º 5, 2016, pág. 418.

<sup>80</sup> “*Any transfer pricing method dependent on a comparable, regardless vis-à-vis goods, transactions, individual entities or groups, is likely to be inadequate to capture economic reality especially in the face of pervasive trade based on the value of intangibles and would therefore potentially result in over or under taxation.*”, in T'ng, Alvin, “The Modern...”, in *Intertax*, Vol. 44, N.º 5, 2016, pág. 420.

<sup>81</sup> Brauner, Yariv, “Value...”, in 28, *Va. Tax Rev.* 79, 2008, pág. 81.

## O método do fracionamento dos lucros

O método do fracionamento de lucros é um dos cinco métodos de determinação dos preços de transferência<sup>82</sup>.

Os métodos de determinação dos preços de transferência podem assentar numa análise uni ou multilateral, consoante se analisam os elementos relativos a uma ou a todas as partes da operação controlada<sup>83</sup>. Apesar de existirem métodos unilaterais, entendemos que uma operação controlada implica, necessariamente, a consideração dos elementos relativos a todas as entidades da operação.

Como tal, o método do fracionamento dos lucros constitui-se como o único método, referenciado nas *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* da OCDE, que assenta numa análise multilateral<sup>84</sup>.

Por um lado, o método de fracionamento dos lucros assenta numa análise concreta de determinados parâmetros. Por outro lado, a divisão de lucros deriva da aplicação de uma fórmula pré-determinada<sup>85</sup>.

Assim, e tendo em conta a estrutura dos grupos multinacionais, que cada vez mais se apresentam com maiores níveis de integração, o foco da análise da operação vai recair sobre todas as partes envolvidas.

Este método assenta na determinação dos lucros relevantes da operação controlada, através da consideração das especificidades da operação, quando não é possível recorrer a elementos comparáveis, dividindo os lucros, pelas entidades partes da operação, com base em razões economicamente válidas<sup>86</sup>.

---

<sup>82</sup> Ståhl, Lukas, “The Use of The Profit Split Method in Highly Integrated Transactions”, in *International Transfer Pricing Journal*, Julho/Agosto, 2018, pág. 280.

<sup>83</sup> Ilhan, Cansu Bagran, “The Use of Value Chain Analysis in a Profit Split”, in *International Transfer Pricing Journal*, July/August 2018, pp. 273-279, pág. 274. Deloitte, *The new transfer pricing landscape: A practical guide to the BEPS changes*, 2015, pp. 19 e 20.

<sup>84</sup> Chand, Vikram e Wagh, Sagar, “The Profit...”, in *International Transfer Pricing Journal*, Novembro/Dezembro 2014, pág. 402. Zinn, Theresa, Riedel, Nadine & Christoph Spengel, “The Increasing.ii”, in *Intertax*, Volume 42, N.º 6 e 7, Junho/Julho 2014, pág. 358.

<sup>85</sup> *Ibid.*

Quando a OCDE publicou, pela primeira vez, em 1979, as suas *Guidelines* sobre os preços de transferência, a escolha do método aplicável às operações controladas obedecia a uma hierarquia e rejeitava-se a aplicação de qualquer método de alocação de lucros<sup>87</sup>.

Embora tenha sido introduzido em 1995, o método do fracionamento dos lucros só devia ser aplicado em última instância, i.e., nos casos em que os métodos tradicionais não pudessem ser aplicados<sup>88</sup>.

Em 2010, numa nova revisão das *Guidelines*, a OCDE deixou cair o critério hierárquico e recomendou a aplicação de qualquer método de determinação dos preços de transferência segundo a regra do método mais adequado à operação<sup>89</sup>. Assim, o método do fracionamento dos lucros passou a estar no mesmo ponto de partida dos restantes métodos<sup>90</sup>.

Nas *Guidelines* de aplicação deste método, a OCDE não define as situações em que o método deve ser utilizado, mas aponta para algumas situações-tipo. Deste lote, fazem parte as situações em que as entidades contratantes realizam operações com um elevado nível de integração (intragrupo, leia-se) e as situações em que há contribuições únicas e valiosas, normalmente, sob a forma de activos intangíveis<sup>91</sup>.

Em geral, podemos afirmar que o método do fracionamento dos lucros será o método de determinação dos preços de transferência nas situações em que o objecto

---

<sup>86</sup> OECD (2018), *Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method: Inclusive Framework on BEPS: Action 10*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Paris, pág. 11. Milewska, Marta e Mendonza, Mauricio Hurtado de, “The Increasing Importance of Intangible Assets and the Rise of Profit Split Methods”, in *International Transfer Pricing Journal*, Março/Abril 2010, pág. 162. Duff & Phelps, Lubick, Jonathan et al, “OECD...”, in *Guide to International Transfer Pricing, Law, Tax Planning and Compliance Strategies*, 2014, Wolters Kluwer, Holanda, pág. 79.

<sup>87</sup> OECD, *Transfer Pricing and Multinational Enterprises – Report of the OECD Committee on Fiscal Affairs*, Paris, 1979. Zinn, Theresa, Riedel, Nadine & Christoph Spengel, “The Increasing...”, in *Intertax*, Volume 42, N.º 6 e 7, Junho/Julho 2014, pp. 357 e ss.

<sup>88</sup> OECD, *Transfer Pricing for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Paris, 1995.

<sup>89</sup> Duff & Phelps, Lubick, Jonathan et al, “OECD...”, in *Guide to International Transfer Pricing, Law, Tax Planning and Compliance Strategies*, 2014, Wolters Kluwer, Holanda, pág. 69.

<sup>90</sup> OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Paris, 22 July 2010. Sobre a evolução da posição da OCDE, vide Chand, Vikram e Wagh, Sagar, “The Profit...”, in *International Transfer Pricing Journal*, Novembro/Dezembro 2014, pp. 402-403.

<sup>91</sup> Sobre este ponto, vide *infra*.

negocial da operação relacionada é um activo intangível, quando se verifica um grande nível de integração dentro do grupo multinacional do qual fazem parte as entidades contratantes e quando há uma assunção partilhada de riscos<sup>92</sup>.

No que diz respeito aos activos intangíveis, remetemos os nossos comentários para *supra*.

Quanto às situações em que há um elevado nível de integração do grupo multinacional, podemos dizer, na senda de Stähl, que estas situações existem quando os riscos assumidos e as funções levadas a cabo por uma das entidades contratantes não se podem dissociar das funções e riscos assumidos pela outra entidade contratante, sob pena de se perder o escopo da análise<sup>93</sup>. Contudo, a OCDE não definiu requisitos mínimos para a existência deste tipo de situações.

Por outro lado, no que diz respeito à assunção partilhada de riscos, a OCDE entende que há uma assunção partilhada de riscos quando os riscos assumidos pelas partes são economicamente relevantes para a operação em análise, sendo que a análise dos mesmos deve ser feito em termos integrados<sup>94</sup>.

Nestas operações, o método do fraccionamento dos lucros vai ser usado para determinar o *quantum* atribuível a cada parte da operação de acordo com as actividades designadas de rotineiras e não-rotineiras de cada parte, consoante sejam ou não realizadas por entidades independentes numa operação semelhante à operação entre entidades relacionadas<sup>95</sup>.

---

<sup>92</sup> Rosenthal, Elizabeth King, “Taxing...”, in *Tax Notes International*, 11 de Junho, 2018, pág. 1291. Stähl, Lukas, “The Use...”, in *International Transfer Pricing Journal*, Julho/Agosto, 2018, pág. 282.

<sup>93</sup> *Ibid*, Stähl, Lukas, pág. 283.

<sup>94</sup> *Ibid*.

<sup>95</sup> *Ibid* Chand, Vikram e Wagh, Sagar, “International - ...”, *International Transfer Pricing Journal*, Vol. 21, N.º 6, Novembro/Dezembro 2014, pág. 403. Que rendimento constitui o base tributável é uma questão fundamental para cada uma das jurisdições envolvidas numa operação entre partes relacionadas. De facto, a competência de tributação de nada serve se a base tributável não estiver determinada. Neste sentido, T’ng, Alvin, “The Modern...”, in *Intertax*, Vol. 44, N.º 5, 2016, pág. 417.

Adicionalmente, a OCDE remete a aplicação deste método para a análise do melhor método aplicável de acordo com as especificidades do método e com as características da operação em causa<sup>96</sup>.

Quanto à situação na União Europeia, notamos que a União Europeia já está a discutir as vantagens da aplicação deste método nas operações controladas<sup>97</sup>.

Não é de estranhar, portanto, que as autoridades fiscais estejam, actualmente, a dar mais importância a este método, de modo a determinar a fonte de geração de valor<sup>98</sup>.

#### **a) Vantagens**

A nível de vantagens, podemos afirmar que este método será melhor aplicado nas operações que envolvam contribuições únicas e valiosas por partes das entidades de uma operação controlada.

Por contribuições únicas e valiosas devem entender-se as contribuições das entidades para as quais (i) não existem elementos comparáveis de entidades independentes em circunstâncias semelhantes, e (ii) que representam um pilar dos eventuais benefícios da operação<sup>99</sup>. No entanto, a OCDE não clarifica se as características “únicas” e “exclusivas” devem estar preenchidas na mesma situação, ou se são alternativas<sup>100</sup>.

Por não existirem elementos comparáveis, a aplicação do método do fracionamento dos lucros afigura-se como a aplicação do método mais adequado, na medida em que não existem elementos comparáveis. A divisão dos lucros obtidos irá obedecer às

---

<sup>96</sup> OECD (2018), “Revised...”, pág. 12, OECD Paris; Pasquier, C e S. Gelin, “Heading for a Split”, in *Tax Adviser Magazine* (1 de Abril de 2015), disponível em <http://taxadvisermagazine.com/article/heading-split>, pp. 2 e 3.

<sup>97</sup> EU Joint Transfer Pricing Forum, *Discussion Paper on the Transactional Profit Split Method (PSM)*, 8 de Março de 2018.

<sup>98</sup> Ilhan, Cansu Bagran, “The Use...”, in *International Transfer Pricing Journal*, July/August 2018, pp. 273-279.

<sup>99</sup> Sobre a definição de contribuições únicas e valiosas, vide OECD (2018), “Revised...”, OECD Paris, pág. 14., Stähl, Lukas, “The Use...”, in *International Transfer Pricing Journal*, Julho/Agosto, 2018, pág. 281.

<sup>100</sup> *Ibid*, pág. 283.

contribuições de cada parte da operação, de acordo com a assunção de risco, funções e dos activos.

Além disso, o método do fracionamento dos lucros oferece flexibilidade na análise das operações, uma vez que tem em conta a especificidade de cada operação<sup>101</sup>.

Por último, e conforme referido *supra*, o método do fracionamento dos lucros é um método que tem em consideração uma análise multilateral da operação e não uma perspectiva unilateral<sup>102</sup>.

### **b) Desvantagens**

Por outro lado, também há desvantagens associadas. Quer as administrações fiscais, quer os contribuintes podem ter dificuldade na obtenção de informação detalhada, por forma a identificarem as receitas e custos de cada entidade participante na operação controlada<sup>103</sup>.

Além do acima exposto, pode haver dificuldade na identificação dos factores na base do fracionamento dos lucros, sobretudo nos casos de contribuições únicas e valiosas<sup>104</sup>.

Outra das dificuldades na aplicação deste método prende-se com o recurso a critérios mais contabilísticos do que propriamente jurídicos.

Uma vez realizadas operações entre entidades relacionadas e, tendo em conta a localização da operação, deverão ser tidos em conta os critérios contabilísticos da jurisdição em que se realizou a operação. Assim, pode não haver correspondência nos critérios utilizados nas várias jurisdições envolvidas na operação<sup>105</sup>.

---

<sup>101</sup> Referimo-nos às situações em que as operações intragrupo apresentam um grande nível de integração. *Ibid* Stähl, Lukas, pág. 283. Milewska, Marta e Mendonza, Mauricio Hurtado de, “The...”, in *International Transfer Pricing Journal*, Março/Abril 2010, pág. 162.

<sup>102</sup> *Ibid*.

<sup>103</sup> OECD (2018), *Revised...*, OECD Paris, pág. 13. *Ibid* Stähl, Lukas, pág. 283. *Ibid* Milewska, Marta e Mendonza, Mauricio Hurtado de, pág. 164.

<sup>104</sup> *Ibid* Stähl, Lukas.

<sup>105</sup> *Ibid* Milewska, Marta e Mendonza, Mauricio Hurtado de, pág. 164.

Por último, aponta-se a elevada complexidade da utilização deste método por causa da consideração de variáveis e elementos muito específicos quando comparado com outros métodos de determinação dos preços de transferência<sup>106</sup>.

Fundamental e antes de se recorrer ao método do fracionamento dos lucros será identificar os termos exactos da operação controlada. O que se pretende é analisar a operação efectivamente levada a cabo, e não aquela que foi acordada entre as partes<sup>107</sup><sup>108</sup>. E, na presença de contribuições únicas e valiosas, parte-se do pressuposto de que o método mais indicado a aplicar será este<sup>109</sup>.

Se, nas situações acima, se aplica o método do fracionamento dos lucros, o mesmo não se verifica quando, após a análise dos termos da operação, se conclui que apenas uma das partes efetua as referidas contribuições e assume determinados riscos. Nestas situações, exclui-se a aplicação do método do fracionamento dos lucros<sup>110</sup>.

Na mesma medida, o facto de não existirem elementos comparáveis não pode levar à conclusão de que o método de fracionamento dos lucros é o método mais adequado ao caso<sup>111</sup>.

---

<sup>106</sup> *Ibid* Stähl, Lukas.

<sup>107</sup> «Through the process of accurate delineation, the transfer pricing exercise focuses on pricing the “real deal” as opposed to pricing a written contract that may not reflect the true contributions of the parties to the value creation», in Ilhan, Cansu Bagran, “The Use...”, in *International Transfer Pricing Journal*, July/August 2018, pp. 273-279, pág. 276. Deloitte, “The new...”, 2015, pág. 2.

<sup>108</sup> Sobre a obtenção de dados a partir do *Country-by-Country Report* para a aplicação do método de fracionamento dos lucros, vide Chand, Vikram e Wagh, Sagar, “International...”, in *International Transfer Pricing Journal*, Novembro/Dezembro 2014, pp. 407 e 408.

<sup>109</sup> OECD (2018), *Revised...*, OECD Paris, pág. 14. Segundo a OCDE, este método será o método melhor colocado para ser aplicado em outras situações como situações de grande integração e interdependência nos grupos multinacionais (*infra*), e nas situações em que há uma assunção partilhada de riscos economicamente relevantes. No entanto, concordamos que existem outros factores a ter em conta, como por exemplo o mercado em que actua as empresas e a informação disponível.

<sup>110</sup> Consideramos que, nestes casos, o recurso ao método de fracionamento dos lucros é ineficiente do ponto de vista da determinação dos preços de transferência.

<sup>111</sup> OECD (2018), *Revised...*, OECD Paris, pág. 14.

## Transações que envolvem contribuições únicas e valiosas

Quando uma operação envolve contribuições únicas e valiosas, as autoridades fiscais devem, primeiramente, identificar os termos em que se desenrola a acção, de modo a apurar o nível de contribuições de cada. Por outras palavras, será importante avaliar os riscos assumidos por cada uma das partes no desenvolvimento, manutenção e exploração dos bens intangíveis em apreço<sup>112</sup>.

Normalmente, as operações que envolvem activos intangíveis envolvem a deslocalização destes activos de jurisdições com níveis de tributação mais altos para jurisdições com tributação mais baixa ou mesmo nula.

Nas operações intragrupo, as entidades relacionadas fazem parte de grandes grupos multinacionais. Assim, não é de estranhar que se registem elevados níveis de interdependência entre as entidades, podendo mesmo falar-se em elevados níveis de integração<sup>113</sup>.

Tal situação leva a que, nestes casos, e tendo em conta as vantagens *supra* referidas, o método do fracionamento dos lucros seja o método mais adequado a utilizar<sup>114</sup>.

Adicionalmente, a insuficiência dos métodos de determinação dos preços de transferência no que diz respeito aos activos intangíveis torna premente a adopção de novas medidas<sup>115</sup>.

Nas operações que envolvem intangíveis, a determinação da entidade detentora dos direitos sobre o activo afigura-se essencial, de modo a alocar-se a respectiva percentagem dos lucros<sup>116</sup>.

---

<sup>112</sup> OECD (2018), *Revised...*, OECD Paris, pág. 15.

<sup>113</sup> OECD (2018), *Revised...*, OECD Paris, pág. 14. A OCDE recomenda mesmo uma abordagem holística no apuramento das contribuições das entidades da operação, na medida em que estas contribuições podem ter sido efetuadas em conjunto com outra entidade. Neste sentido, *vide* OECD (2018), “Revised...”, OECD Paris, pág. 16. Veja-se, igualmente, EU Joint Transfer Pricing Forum, “Discussion...”, 8 de Março de 2018, pág. 2.

<sup>114</sup> Pese embora estejamos a partir do pressuposto de que a operação já ocorreu, outras situações em que as entidades envolvidas acordam, previamente, as contribuições a cargo de cada entidade. Nestes casos, o método do fracionamento dos lucros afigura-se, igualmente, como o método a utilizar. Veja-se, por exemplo, OECD (2018), *Revised...*, OECD Paris, pág. 17.

<sup>115</sup> Brauner, Yariv, “What...”, 16, in *Fla. Tax Rev.* 55 (2014), pág. 97. Veja-se *infra* a posição da OCDE.

Pese embora se tratem de operações que envolvem activos intangíveis, as partes podem definir algum elemento comparável, a partir do qual serão determinados os preços de transferência<sup>117</sup>. Não obstante, esta não é uma prática habitual, e a realidade das operações demonstra que os activos intangíveis não encontram elementos comparáveis no mercado.

Nestes casos, o método do fraccionamento dos lucros constitui-se como o método adequado à determinação dos preços de transferência<sup>118</sup>.

De acordo com o disposto no projecto BEPS, a OCDE recomenda a seguinte abordagem na determinação dos preços de transferência nas operações que envolvem intangíveis: (i) identificação dos intangíveis, tendo em consideração os riscos e elementos economicamente relevantes associados ao seu desenvolvimento, manutenção, protecção e exploração; (ii) análise dos elementos do contrato; (iii) identificação das partes da operação e das funções a desempenhar; (iv) correspondência entre o contratualmente acordado e a realidade da operação<sup>119</sup>.

Nas situações em que as funções de desenvolvimento, manutenção, protecção e exploração dos activos intangíveis não são levadas a cabo pela entidade legalmente habilitada a deter os mesmos, cumpre proceder a uma análise de acordo com os elementos da operação, não devendo caber, em princípio, à entidade legalmente habilitada a deter o activo qualquer rendimento obtido<sup>120</sup>.

---

<sup>116</sup> OECD (2015), *Aligning...*, OECD Publishing, Paris, pág. 73. Contudo, é possível que, dentro de um grupo multinacional, embora haja uma entidade legalmente habilitada a deter o activo intangível, outras entidades podem realizar funções que contribuam para a valorização do activo intangível. Neste sentido, veja-se Deloitte, “The new...”, 2015, pág. 2. Milewska, Marta e Mendonza, Mauricio Hurtado de, “The...”, in *International Transfer Pricing Journal*, Março/Abril 2010, pág. 165.

<sup>117</sup> OECD (2015), *Aligning...*, OECD Publishing, Paris, pág. 108.

<sup>118</sup> OECD (2015), *Aligning...*, OECD Publishing, Paris, pág. 114.

<sup>119</sup> Embora sejam estes os passos recomendados para levar a cabo uma análise a uma operação que envolva intangíveis, notamos que a determinação da entidade legalmente habilitada a deter o activo intangível serve apenas como um ponto de partida para análise. Veja-se OECD (2015), *Aligning...*, OECD Publishing, Paris, pág. 76.

<sup>120</sup> Uma das propostas para a determinação da contribuição de cada entidade passa pela compensação através da atribuição de acções. Segundo Rosenthal, esta medida visa determinar as entidades que contribuem, habitualmente, para o desenvolvimento, exploração, protecção e manutenção dos activos intangíveis. Neste sentido, veja-se Rosenthal, Elizabeth King, “Taxing...”, in *Tax Notes International*, 11 de Junho, 2018, pág. 1294.

Com a revisão das *Guidelines*, pretende-se que a transferência dos direitos sobre os activos intangíveis seja acompanhada da respectiva contrapartida remuneratória<sup>121 122</sup>.

O método do fraccionamento dos lucros incide, regra geral, sobre os lucros operacionais líquidos<sup>123</sup>.

No que diz respeito ao momento da sua aplicação, o método do fraccionamento dos lucros pode ser aplicado antes e após a realização da operação<sup>124</sup>.

Se o método do fraccionamento dos lucros é aplicado na análise de lucros antecipados, serão tidos em análise os lucros de acordo com razões economicamente válidas, nos termos das contribuições de cada entidade para a obtenção dos lucros. O objectivo será determinar um preço para as contribuições efectuadas<sup>125</sup>.

Se, por outro lado, o método for aplicado aos lucros obtidos após a realização da operação, os lucros a analisar serão os lucros efectivamente obtidos pelas entidades partes na operação, e já não uma estimativa dos mesmos<sup>126</sup>.

Segundo Bilancy, as duas formas de aplicar o método do fraccionamento dos lucros revelam algumas diferenças<sup>127</sup>. Aquando da aplicação do método à análise dos lucros efectivamente obtidos, estamos perante situações em que se regista um elevado nível de integração entre as entidades contratantes. Noutra vertente, este nível de integração já não se evidenciará quando os lucros analisados são os lucros antecipados<sup>128 129</sup>.

---

<sup>121</sup> Storck, Alred, Raffaele Petrucci, Marta Pankiv & Romero J.S. Tavares, “Global...”, in *International Transfer Pricing Journal*, Maio/Junho, 2016, pág. 217.

<sup>122</sup> *Ibid*, pág. 218.

<sup>123</sup> Chand, Vikram e Wagh, Sagar, “The Profit...”, in *International Transfer Pricing Journal*, Novembro/Dezembro 2014, pág. 403. No entanto, casos há em que a aplicação do método recai sobre os lucros brutos. Ståhl, Lukas, “The Use...”, in *International Transfer Pricing Journal*, Julho/Agosto, 2018, pág. 284.

<sup>124</sup> *Ibid*. Bilancy, Sunny Kishore, “Revised OECD Draft Guidance on the Profit Split Method: The Need for Conceptual Refinements!”, in *Bulletin for International Taxation*, Maio de 2017, pág. 239.

<sup>125</sup> Nestes casos, estamos perante situações em que há um acordo quanto aos lucros estimados.

<sup>126</sup> Ståhl, Lukas, “The Use...”, in *International Transfer Pricing Journal*, Julho/Agosto, 2018, pág. 282. Nestas situações, Podemos partir dos termos contratuais para proceder à análise, mas atender-se-á às razões economicamente válidas que geraram os lucros efectivamente obtidos.

<sup>127</sup> *Ibid* Bilancy, Sunny Kishore.

<sup>128</sup> *Ibid* Bilancy, Sunny Kishore.

<sup>129</sup> Bilancy propõe uma reformulação da aplicação do método do fraccionamento dos lucros. Segundo o autor, a aplicação do método deve passar, em primeiro lugar, pelo recurso à análise dos lucros antecipados, de acordo com as especificidades da operação e informação disponível. Posteriormente, a

### c) Análise das contribuições e análise residual

Para a aplicação do método do fracionamento de lucros, deve optar-se por uma das duas abordagens: análise das contribuições de cada parte e análise residual<sup>130</sup>.

No entanto, a OCDE continua a defender que os lucros devem ser fraccionados pelas entidades contratantes segundo razões economicamente válidas, ao passo que o objectivo mais geral será o de atribuir a cada parte aquilo que seria devido/obtido caso a operação fosse levada a cabo por entidades independentes.

#### i. Análise das contribuições

A análise das contribuições assenta na divisão de lucros de acordo com o valor relativo de cada contribuição e de cada entidade, se possível, devidamente suportada por indicadores de mercado ou outra informação disponível. Trata-se, pois, da alocação de lucros a que empresas independentes, numa operação semelhante, teriam direito<sup>131</sup>.

Esta análise afigura-se como a análise mais adequada nos casos das entidades contratantes que efectuam contribuições constantes, quer a nível de periodicidade, quer a nível do tipo de contribuições efectuadas<sup>132</sup>.

#### ii. Análise residual

---

análise dos lucros antecipados deve ser revista numa base regular, por forma a atribuir os lucros residuais à respectiva entidade contratante nos termos da política de determinação dos preços de transferência previamente determinada. Neste sentido, veja-se *ibid* Bilancy, Sunny Kishore, pág. 241.

<sup>130</sup> OECD (2018), *Revised...*, OECD Paris, pp. 19-20. Stähl, Lukas, “The Use...”, in *International Transfer Pricing Journal*, Julho/Agosto, 2018, pág. 280. Milewska, Marta e Mendonza, Mauricio Hurtado de, “The...”, in *International Transfer Pricing Journal*, Março/Abril 2010, pp. 162 e 163. Brauner, Yariv, “Value...”, in 28 *Va. Tax Rev.* 79, 2008, pág. 132. <sup>130</sup> Avi-Yonah, Reuven, “The Rise...”, in *Law & Economics Working Papers*, University of Michigan Law School, 2007, pág. 3.

<sup>131</sup> OECD (2018), *Revised...*, OECD Paris, pág. 19. Chand, Vikram e Wagh, Sagar, “The ...”, in *International Transfer Pricing Journal*, Novembro/Dezembro 2014, pág. 403. Rosenthal, Elizabeth King, “Taxing...”, in *Tax Notes International*, 11 de Junho, 2018, pág. 1286. Stähl, Lukas, “The Use...”, in *International Transfer Pricing Journal*, Julho/Agosto, 2018, pág. 281.

<sup>132</sup> Milewska, Marta e Mendonza, Mauricio Hurtado de, “The...”, in *International Transfer Pricing Journal*, Março/Abril 2010, pág. 163.

Noutra vertente, a análise residual baseia-se na atribuição dos lucros de acordo com um duplo processo: atribuição de lucros seguindo o padrão de preços que seria praticado entre entidades independentes, naquilo que a doutrina designa por operações rotineiras; e atribuição de lucros não residuais de acordo com operações comerciais que implicam contribuições designadas de não-rotineiras<sup>133 134 135</sup>.

Ainda nesta abordagem, a doutrina avança com formas de atribuição de lucros nos casos em que se registam operações não-rotineiras: informação de mercado, informação interna, teorias e modelos de negociação, análise descontada do fluxo financeiro, médias de outras transacções, sondagens e entrevistas<sup>136</sup>.

Desta forma, nas palavras de Ilhan, o método de fraccionamento dos lucros pode ser visto como um “(...) *building block to align profits with value creation in situations where the scope of application of other methods is limited to the features of a transaction*”<sup>137</sup>.

## Determinação dos lucros

Como referido anteriormente, os termos em que se opera a transacção devem ser definidos no início da análise, sob pena de se aplicar erradamente o método de determinação dos preços de transferência.

---

<sup>133</sup> OECD (2018), *Revised...*, OECD Paris, pág. 20. Chand, Vikram e Wagh, Sagar, “International – The...”, in *International Transfer Pricing Journal*, Novembro/Dezembro 2014, pág. 403. Milewska, Marta e Mendonza, Mauricio Hurtado de, “The...”, in *International Transfer Pricing Journal*, Março/Abril 2010, pág. 163.

<sup>134</sup> No entanto, Rosenthal entende que nem o método do fraccionamento dos lucros se aplica aos intangíveis, uma vez que, em muitos casos, não são detentoras dos activos intangíveis. Neste sentido, veja-se Rosenthal, Elizabeth King, “Taxing...”, in *Tax Notes International*, 11 de Junho, 2018, pág. 1286.

<sup>135</sup> Stähl apresenta, ainda, alternativas ao método do fraccionamento dos lucros residual. Segundo o autor, poder-se-iam ter em conta os resultados das negociações entre as empresas à luz das regras de mercado ou a consideração do fluxo financeiro descontado por conta da estimativa da duração do negócio. In Stähl, Lukas, “The Use...”, in *International Transfer Pricing Journal*, Julho/Agosto, 2018, pág. 281.

<sup>136</sup> Sobre estes elementos, veja-se Chand, Vikram e Wagh, Sagar, “International – The...”, in *International Transfer Pricing Journal*, Novembro/Dezembro 2014, pp. 404 e 405. Para efeitos da nossa análise, optámos apenas por elencar os elementos.

<sup>137</sup> Ilhan, Cansu Bagran, “The Use...”, in *International Transfer Pricing Journal*, July/August 2018, pp. 273-279.

Uma vez delineados os termos em que desenrola a operação, devem ser assacados, a cada parte, os respectivos lucros e custos. Como tal, a administração fiscal e o contribuinte devem socorrer-se de todos os elementos de suporte da operação, começando pela informação financeira<sup>138</sup>.

Há ainda a questão de determinar quais os lucros que deverão ser sujeitos a distribuição entre as entidades contratantes. Como ponto de partida, parece-nos claro que os lucros a serem analisados serão os lucros obtidos com a operação controlada.

#### **a) Lucros operacionais**

Do ponto de vista da OCDE, a análise, para efeitos de determinação dos preços de transferência, deve incidir sobre os lucros operacionais<sup>139</sup>. No entanto, não se exclui que a análise incida sobre outros lucros.

#### **b) Lucros brutos**

Nos casos em que as entidades contratantes efectuem o mesmo tipo de contribuições – únicas e valiosas, leia-se -, os lucros brutos da operação deverão ser sujeitos a análise. Analisados os lucros brutos, deve-se, posteriormente, proceder à dedução das despesas incorridas pela(s) parte(s) aos lucros obtidos.

Caso se comprove que houve uma partilha dos riscos associados à operação – e não só dos riscos de mercado, então, a análise correcta da operação deve passar pela análise dos lucros brutos<sup>140</sup>.

#### **c) Lucros antecipados**

Há situações em que, numa operação em que se regista um elevado nível de integração entre as entidades contratantes, o nível de risco assumido por cada uma não é

---

<sup>138</sup> Note-se que “[Contudo], *except in circumstances where the total activities of each of the parties are the subject of the profit split, the financial data will need to be segregated and allocations made in accordance with the accurately delineated transaction (so that the profits relating to the combined contributions made by the parties are identified.*”, in OECD (2018), *Revised...*, pág. 21, OECD Paris.

<sup>139</sup> Ståhl, Lukas, “The Use...”, in *International Transfer Pricing Journal*, Julho/Agosto, 2018, pág. 284.

<sup>140</sup> *Ibid.*

igual. Nestes casos, quando não há uma assunção de risco partilhada, entende-se que os lucros que deverão ser analisados devem corresponder aos lucros antecipados<sup>141</sup>.

### **A tributação das novas multinacionais e dos activos que transaccionam**

As empresas que fornecem serviços digitais fornecem serviços e bens a outros membros do mercado, bem como a consumidores. Para que se destaquem no mercado, as empresas investem e desenvolvem em activos intangíveis<sup>142</sup>.

---

<sup>141</sup> *Ibid.*

<sup>142</sup> Spinosa, Lisa & Vilkrum Chand, “A Long-Term Solution for Taxing Digitalized Business Models: Should the Permanent Establishment Definition Be Modified to Resolve the Issue or Should the Focus Be on a Shared Taxing Rights Mechanism?”, in *Intertax*, Volume 46, N.º 6 e 7, 2018, pág. 478. Sobre os serviços prestados *vide* o artigo anteriormente citado.

O grande problema, a nível fiscal, não se deve ao desenvolvimento das técnicas e operações comerciais das empresas. Outrossim, deve-se ao facto de os regimes e padrões de tributação internacionais não se terem adaptado à nova realidade económica e empresarial<sup>143</sup>.

De forma geral, podemos dizer que os grandes desafios da tributação internacional das operações da economia digital prendem-se com (i) a diminuição da presença física na jurisdição dos consumidores, (ii) o aumento da mobilidade e importância dos activos intangíveis, e (iii) o elevado nível de integração dentro dos grupos multinacionais. Notamos, contudo, que a nossa análise incidirá apenas sobre os dois últimos pontos.

Os regimes de tributação das empresas ainda se encontram ligados a uma realidade económica baseada em operações locais (leia-se, na mesma jurisdição) e baseados numa presença física das entidades contratantes<sup>144</sup>.

A recente revisão do Guia de Aplicação do Método de Fraccionamento dos Lucros tornou evidente as dificuldades em tributar os lucros de acordo com os competências de tributação dos países da residência e da fonte. Porém, as propostas da OCDE não visam soluções no longo prazo.

Na perspectiva da OCDE, os lucros devem ser tributados na jurisdição em que foram gerados. O princípio da tributação segundo a criação de valor é para manter, segundo a OCDE. No entanto, a OCDE, ao longo do Projecto BEPS, não define o que se entende por criação de valor<sup>145</sup>.

Neste sentido, não havendo uma definição clara do que se entende por criação de valor, não se pode esperar que a alocação de lucros, no contexto empresarial actual, decorra com rigor.

---

<sup>143</sup> Wilde, Maarten Floris de, “Comparing Tax Policy Responses for the Digitalizing Economy: Fold or All-in”, in *Intertax*, Volume 46, N.º 46, 2018, pág. 468. Olbert, Marcel e Christoph Spengel, “International...”, in *World Tax Journal*, Fevereiro 2017, pág. 4.

<sup>144</sup> *Ibid.* “Back in the old days, when international business revolved primarily around bulk trade and bricks-and-mortar industries, it certainly made sense to levy tax on a company’s profit in such a way. Today’s markets, however, increasingly operate in a different reality”.

<sup>145</sup> Nem as Acções 8-10 fazem qualquer alusão a uma definição..

A prática leva à conclusão de que este princípio se baseia no lado da produção, i.e., na origem da geração de valor. O problema passa depois pela determinação do *quantum* atribuível a cada jurisdição pela criação, armazenamento e o uso do valor gerado<sup>146</sup>.

Contudo, os tempos modernos indicam-nos que a criação de valor já não resolve os problemas causados pelo desenvolvimento da economia digital<sup>147</sup>.

Para a determinação dos preços de transferência, o princípio das entidades independentes encontra-se desactualizado face ao crescente desenvolvimento das operações que envolvem intangíveis, bem como face aos elevados níveis de integração dentro dos grupos multinacionais<sup>148</sup>. Isto implica, segundo alguma doutrina, a consideração de alternativas mais actuais e que vão de encontro ao que se pretende: uma correcta alocação de lucros e a sua tributação efectiva<sup>149</sup>.

Todavia, as transacções comerciais que envolvem bens intangíveis assumem-se como operações complexas e capazes de se contornar as regras de tributação dos países da residência e da fonte<sup>150</sup>.

Nas recentes posições internacionais (com especial destaque para a posição da OCDE), sugerem-se diferentes abordagens de tributação da economia digital. Admitem-se, mesmo, medidas para além do tradicional princípio das entidades independentes.

Nas palavras de Brauner, é preciso perceber que, à luz da realidade empresarial e económica, o princípio das entidades independentes é um meio de determinação dos preços de transferência e não o fim último dos seus regimes<sup>151</sup>.

---

<sup>146</sup> A comunidade internacional, na opinião de Olbert, também não alcançou ainda um consenso sobre o que se deve entender sobre criação de valor. Olbert, Marcel e Christoph Spengel, “International...”, in *World Tax Journal*, Fevereiro 2017, pág. 12.

<sup>147</sup> Brauner, Yariv, “What...”, 16, in *Fla. Tax Rev.* 55, 2014, pág. 98. O autor afirma mesmo que o princípio não acompanhou a evolução dos tempos, ao dizer que se trata de um princípio “rudimentar”.

<sup>148</sup> Olbert, Marcel e Christoph Spengel, “International...”, in *World Tax Journal*, Fevereiro 2017, pág. 10.

<sup>149</sup> «In this context it primarily means allowing for formulary elements to be considered, beyond the arm’s length rhetoric. This is the elephant in the room that has unfortunately fallen into the OECD’s “blind spot”», in Brauner, Yariv, “What...”, in *Fla. Tax Rev.* 55, 2014, pág. 98.

<sup>150</sup> Alguma doutrina considera que os conceitos de Estado da residência e Estado da fonte estão obsoletos no contexto atual. Neste sentido, vide Dourado, Ana Paula, “Digital taxation Opens the Pandora Box: The OECD Interim Report and the European Commission Proposals”, in *Intertax*, Volume 46, N.º 6 & 7, Kluwer, 2018, pág. 565.

<sup>151</sup> Brauner, Yariv, “What...”, in *Fla. Tax Rev.* 55, 2014, pág. 98.

O teor das abordagens propostas varia entre um complemento ao atual sistema de tributação e a sua transformação. A tendência atual, a qual já é partilhada pela OCDE, como referido *supra*, é a de caminhar para a aplicação do método do fraccionamento dos lucros não como uma exceção ou alternativa, mas como o principal método a aplicar<sup>152</sup>.

O facto deste método não se basear na existência de elementos comparáveis permite a sua aplicação em operações entre entidades relacionadas que envolvam bens intangíveis, na medida em que estão em causa bens a partir dos quais são gerados lucros de acordo com as contribuições de cada parte da operação<sup>153</sup>.

Até agora, tem sido tido em consideração o conceito de criação de valor. Pretende-se alocar os lucros da operação de acordo com a sua origem, i.e., de acordo com a jurisdição em que foram gerados, bem como de acordo com as contribuições de cada parte envolvida na operação.

Naturalmente, decorrente da alocação de lucros de acordo com a criação de valor, a jurisdição na qual foram gerados os lucros terá competência de tributação<sup>154</sup>.

Embora a criação de valor tenha suportado a aplicação de métodos de determinação de preços de transferência nas operações da economia digital, hoje, o conceito não se adequa à realidade económica. Ainda que já obsoleta, esta continua a ser a matriz do actual modelo de preços de transferência para as operações que envolvem activos intangíveis<sup>155</sup>.

Por outras palavras, o actual sistema prevê que seja atribuída à jurisdição onde são realizadas as funções relevantes para o activo em causa, na operação, a respectiva base

---

<sup>152</sup> Dourado, Ana Paula, “Digital...”, in *Intertax*, Volume 46, N.º 6 & 7, Kluwer, 2018, pág. 566. Brauner, Yariv, “What...”, in *Fla. Tax Rev.* 55, 2014, pág. 98.

<sup>153</sup> Entendemos que a União Europeia pode beneficiar da consagração, pela OCDE, do método de fraccionamento dos lucros como o método de determinação dos preços de transferência nas operações que envolvam intangíveis, por forma a ir de encontro às pretensões da aprovação da *CCTB*.

<sup>154</sup> Dourado, Ana Paula, “Digital...”, in *Intertax*, Volume 46, N.º 6 & 7, Kluwer, 2018, pág. 567.

<sup>155</sup> Wilde, Maarten Floris de, “Comparing...”, in *Intertax*, Volume 46, N.º 46, 2018, pág. 470.

tributável. Esta ideia reflecte, *de per se*, a influência exclusiva do lado da produção (i.e., a jurisdição de origem) na alocação dos lucros<sup>156</sup>.

A recente revisão das acções 8-10 do Projecto BEPS demonstra a preocupação de tributação apenas do lado da produção, mas nenhuma acção foi tomada para o efeito<sup>157</sup>. Certo é que, em qualquer operação comercial, o lado da procura também deve ser considerado<sup>158</sup>.

Como tal, a OCDE pretendeu, nas Acções 8-10, redireccionar a temática dos preços de transferência para a tributação da economia digital, por forma a complementar também os planos previstos na Acção 1 do projecto BEPS.

No relatório preliminar dos desafios fiscais recorrentes da digitalização (2018), foram identificadas três características deste tipo de operações: (i) os serviços conseguem alcançar um grande número de clientes em todo o mundo e ao mesmo tempo; (ii) recurso à utilização de *software* específico; (iii) valor gerado decorre da participação dos utilizadores nos serviços/atividades digitais oferecidas pelas empresas<sup>159</sup>.

No entanto, não há consenso quanto às características acima elencadas.

Por um lado, entende-se que a tributação deve ocorrer nos Estados em que se encontram os utilizadores. Por outro lado, entende-se que o factor dos utilizadores não deve ser considerado para efeitos de determinação das competências de tributação. Num terceiro entendimento, reconhece-se a importância do contributo dos utilizadores para o

---

<sup>156</sup> *Ibid.*

<sup>157</sup> Já em 2013 a OCDE, no relatório do Projecto BEPS, demonstrou esta preocupação, que, em 2015, valeu o tratamento entendido na Acção 1 do plano. Neste sentido, veja-se OCDE (2015), *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, Action 1 – 2015, Final Report OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

<sup>158</sup> Dourado, Ana Paula, “Digital...”, in *Intertax*, Volume 46, N.º 6 & 7, Kluwer, 2018, pág. 565 a 567. Nas palavras de De Wilde, é tempo de tomar uma posição sobre a competência de tributação dos Estados. Veja-se Wilde, Maarten Floris de, “Comparing...”, in *Intertax*, Volume 46, N.º 46, 2018, pág. 469. Apesar de alguns governos reconhecerem o contributo da economia digital para as economias dos seus países, não existe nenhuma posição de organismos internacionais quanto às soluções para a tributação da economia digital. Veja-se também Spinosa, Lisa & Vikran Chand, “A Long-Term...”, in *Intertax*, Volume 46, N.º 6 & 7, pág. 479. Kofler, Georg, Mayr, Gunter & Christoph Schlager, “Taxation of the Digital Economy: “Quick Fixes” or Long-Term Solution?”, in *European Taxation*, Dezembro de 2017, pág. 524.

<sup>159</sup> Dourado, Ana Paula, “Digital...”, in *Intertax*, Volume 46, N.º 6 & 7, Kluwer, 2018, pág. 568.

aumento de valor dos bens em causa, mas a sua discussão deve ser mais alargada e na linha dos desafios mais gerais impostos pela economia digital<sup>160 161</sup>.

Face ao exposto, e numa conclusão preliminar, podemos concluir que, embora não haja um consenso quanto à tributação da economia digital, os recentes desenvolvimentos apontam para a reflexão da abordagens em matéria de preços de transferência nas operações que envolvem activos intangíveis.

Todavia, qualquer medida deve ter em conta toda as indústrias e não apenas a economia digital, sob pena de se estarem a criar desigualdades de tratamento e perdas de eficiência fiscal.

No final, pretende-se que haja um único momento de tributação e que este ocorra na jurisdição economicamente relevante para o efeito<sup>162</sup>. Analisamos, de seguida, algumas medidas já em vigor e outras propostas.

## **Estado da arte**

### **a) Tributação no destino**

---

<sup>160</sup>*Ibid.*

<sup>161</sup> Spinosa e Chand defendem que deve ser incluída uma nova regra nas convenções para evitar a dupla tributação, de modo a reflectir as já mencionadas “(...) *fees for specified digital services or activities*”, in Spinosa, Lisa & Vilkrum Chand, “A Long-Term...”, in *Intertax*, Volume 46, N.º 6 e 7, 2018, pág. 493.

<sup>162</sup> Wilde, Maarten Floris de, “Comparing...”, in *Intertax*, Volume 46, N.º 46, 2018, pág. 469.

Na opinião de De Wilde, a tributação na jurisdição de destino não destoa da realidade económica subjacente à análise fiscal. Efectivamente, o que se pretende é ter em conta não só o lado da produção, mas também o lado da procura<sup>163</sup>.

Em termos gerais, esta medida passa pela tributação dos lucros das vendas domésticas, não sujeitando os custos associados a tributação<sup>164</sup>. Os custos associados às vendas realizadas serão deduzidos na respectiva proporção, desde que associados a vendas domésticas e não a exportações.

Nesta medida, a jurisdição onde ocorrem as vendas poderia não conceder qualquer crédito fiscal, conceder um crédito fiscal pela totalidade de imposto já pago na jurisdição de origem ou conceder apenas um crédito de imposto parcial na proporção dos custos incorridos na jurisdição onde se realizam as vendas<sup>165</sup>.

No fundo, esta proposta de tributação funcionaria como uma tributação sobre o consumo<sup>166</sup>. Ao não se sujeitar a tributação as exportações, o foco da tributação não será a localização das entidades da operação, mas sim onde é que se verifica o consumo dos activos transaccionados.

Além do exposto, as jurisdições que adoptem esta proposta podem manter a sua soberania fiscal, na medida em que a definição das taxas de imposto e a medida dos incentivos fiscais permanecem inabaladas.

Contudo, os defensores desta medida estão conscientes de que a grande questão é a de determinar o *quantum* de base tributável atribuível à jurisdição de destino. Para esta questão, não parece haver ainda resposta<sup>167</sup>.

## Críticas

---

<sup>163</sup> Wilde, Maarten Floris de, “Comparing...”, in *Intertax*, Volume 46, N.º 46, 2018, pág. 471.

<sup>164</sup> T’ng, Alvin, “The Modern...”, in *Intertax*, Vol. 44, N.º 5, 2016, pág. 432.

<sup>165</sup> *Ibid.*

<sup>166</sup> *Ibid.*

<sup>167</sup> Wilde, Maarten Floris de, “Comparing...”, in *Intertax*, Volume 46, N.º 46, 2018, pág. 474. No entanto, o autor nota que esta abordagem irá implicar uma profunda reflexão sobre o actual sistema de atribuição de competências de tributação aos Estados envolvidos nas operações.

Porém, este método não está isento de críticas. Como refere Moreno, esta posição precisa de ser acolhida pelo regime tradicional de tributação internacional<sup>168</sup>.

O facto de as convenções para evitar a dupla tributação assentarem na dicotomia Estado da residência e Estado da fonte vai implicar a sua renegociação, com todas as consequências burocráticas a práticas que daí advêm<sup>169</sup>.

Além disso, a tributação no destino pode colidir com os princípios orientadores do comércio mundial<sup>170</sup>.

Na proposta de tributação no destino, a doutrina apresenta duas alternativas: (i) tributação dos lucros na esfera dos accionistas, cenário em que os dividendos e venda de acções não seriam tributados; e (ii) tributação sobre os dividendos e mais-valias dos accionistas, eliminando a tributação dos lucros das empresas<sup>171</sup>.

Na base da crítica a esta proposta está a tributação exclusiva do Estado de destino. O facto de, actualmente, existir uma atribuição aleatória de competências de tributação a um Estado não pode levar à mesma situação quanto à atribuição de competência exclusiva de tributação ao Estado de destino<sup>172</sup>.

Em segundo lugar, e na senda do que defendem Devereux & Vella, nem todos os lucros derivam de activos intangíveis que se concretizam numa utilização por partes dos consumidores<sup>173</sup>.

Em terceiro lugar, embora se reconheça que esta proposta possa reforçar o combate contra a erosão da base tributável, não é tão menos verdade que o sistema não é perfeito<sup>174</sup>.

---

<sup>168</sup> Moreno, Andrés Báez, “A Note on Some Radical Alternatives to the Existing International Corporate Tax and Their Implications for the Digital(ized) Economy”, in *Intertax*, Volume 46, N.º 6 & 7, 2018, pp. 560 e 561.

<sup>169</sup> *Ibid* Moreno, Andrés Báez.

<sup>170</sup> Moreno, Andrés Báez, “A Note...”, in *Intertax*, Volume 46, N.º 6 & 7, 2018, pág. 561.

<sup>171</sup> Veja-se, neste sentido, Devereux, Michael P. & John Vella, *Implications of Digitalization for International Corporate Tax Reform*. Working paper series 2017, Oxford University Centre for Business Taxation, Julho de 2017.

<sup>172</sup> Moreno, Andrés Báez, “A Note...”, in *Intertax*, Volume 46, N.º 6 & 7, 2018, pág. 562.

<sup>173</sup> Devereux, Michael P. & John Vella, *Implications....* Working paper series 2017, Oxford University Centre for Business Taxation, Julho de 2017.

**b) Tributação das vendas de acordo com um novo modelo de fraccionamento dos lucros**

Com vista a tributar correcta e efectivamente os lucros obtidos pelas multinacionais decorrentes das operações que envolvem activos intangíveis, Schreiber e Fell defendem a reformulação do método do fraccionamento dos lucros<sup>175</sup>.

O resultado obtido por uma multinacional, numa determinada operação, deriva das funções efectuadas pelas partes na operação e das sinergias aproveitadas pelas mesmas partes<sup>176</sup>.

Num contexto internacional, em que, sobretudo, as multinacionais, há cada vez mais interligação e interdependência entre entidades de várias jurisdições, é difícil alocar a uma certa jurisdição um determinado lucro<sup>177</sup>.

Ademais, hoje, é preciso juntar à equação das operações das multinacionais os utilizadores. A análise da operação apenas de um ponto de vista não ajuda à determinação dos preços de transferência. Por outro lado, a não consideração dos utilizadores em operações em que eles participam significa descurar quem contribui para o lucro real das multinacionais, e que, como tal, influencia as suas decisões de negócio<sup>178</sup>.

Face ao exposto, uma tributação assente nos lucros perde o efeito, porque o que influencia as decisões das multinacionais é a localização dos utilizadores.

É neste sentido que surge a proposta de tributação das vendas com base num novo modelo do método de fraccionamento dos lucros.

---

<sup>174</sup> Moreno, Andrés Báez, “A Note...”, in *Intertax*, Volume 46, N.º 6 & 7, 2018, pág. 562.

<sup>175</sup> Schreiber, Ulrich e Fell, Lisa Maria, “International...”, in *World Tax Journal*, Fevereiro de 2017, pág. 100.

<sup>176</sup> Ainda que não directamente, a OCDE já atribui alguma importância às sinergias criadas entre os grupos multinacionais. Neste sentido, Brauner, Yariv, “Transfer...”, in *Intertax*, Vol. 43, N.º 1, 2015, pág. 77.

<sup>177</sup> *Ibid*, pág. 101.

<sup>178</sup> *Ibid*, pág. 103.

Do exposto, concluímos que o Estado da fonte, seja pela ligação entre o investimento feito pela multinacional à sua jurisdição, seja pelos incentivos que oferece a essa multinacional, irá chamar a si a competência de tributação.

Por outro lado, as jurisdições onde se encontram as unidades de produção dos activos das multinacionais, e que são vendidos noutra jurisdição, também irão querer sujeitar a tributação alguma parcela dos lucros obtidos.

Tendo em consideração que ambas as jurisdições – da venda, e da produção dos activos – irão querer sujeitar a tributação os lucros obtidos, cria-se uma situação de dupla tributação.

Por forma a evitar a esta situação, Schreiber e Fell sugerem que seja atribuído um crédito de imposto por parte da jurisdição da venda dos activos correspondente ao montante de imposto pago na jurisdição ou jurisdições onde se produziram os activos<sup>179</sup>.

O aparente conflito entre neutralidade fiscal e justa tributação internacional ficam resolvem-se pela concessão do crédito de imposto<sup>180</sup>.

### c) Retenções na fonte

No Projecto BEPS, a OCDE aborda a aplicação de retenções na fonte nas operações da economia digital, afirmando que se trata de uma opção menos complexa do que a aplicação do método do fraccionamento dos lucros<sup>181</sup>.

Moreno apoia esta solução já existe nalguns países<sup>182</sup>. Também De Wilde dá conta da existência de tributação na fonte nos Estados de destino<sup>183</sup>. Neste cenário, o lado da produção é irrelevante, na medida em que a base tributável será atribuída à jurisdição de destino.

---

<sup>179</sup> *Ibid*, pp. 103 e 104.

<sup>180</sup> *Ibid*, pág. 105.

<sup>181</sup> Olbert, Marcel e Christoph Spengel, “International...”, in *World Tax Journal*, Fevereiro 2017, pág. 17.

<sup>182</sup> Esta medida já apareceu no relatório interino da OCDE (2014) e no relatório final do Projecto BEPS.

<sup>183</sup> Wilde, Maarten Floris de, “Comparing...”, in *Intertax*, Volume 46, N.º 46, 2018, pág. 471.

Esta solução aplica-se aos lucros decorrentes da economia digital de acordo com a sua presença física<sup>184</sup>. A taxa pode ser aplicada sobre todas ou algumas transacções da economia digital de empresas estrangeiras com consumidores numa certa jurisdição, e incide sobre o valor bruto dessas transacções<sup>185</sup>. Brauner e Baez acrescentam que a tributação, nestes casos, só vai incidir sobre os lucros decorrentes de operações *B2B*<sup>186</sup>.

Querendo a comunidade internacional adoptar esta posição, será necessário, então, repensar o sistema de tributação internacional. Está em causa a atribuição de competência de tributação exclusiva ao Estado de destino.

Para Moreno, esta proposta tem as suas vantagens<sup>187</sup>. Na verdade, esta medida não altera o sistema de tributação actual – baseado nos já referidos conceitos de Estados da residência e da fonte -, assumindo-se como um melhoramento do mesmo.

Ademais, tratando-se de uma mera redistribuição dos direitos de tributação, esta medida não irá contender contra os interesses dos estados que poderiam perder competências de tributação decorrentes da introdução da tributação exclusiva no destino.

Em terceiro lugar, a relação com as regras do comércio mundial, defende-se que esta proposta se encontra dentro dos limites e princípios estabelecidos pela Organização Mundial do Comércio.

Por último, esta solução contorna a falta de consenso quanto às principais definições relevantes em matéria de economia digital.

Todavia, a tributação sobre os lucros brutos teria de ser adaptada aos modelos de negócio que incorrem, regularmente, em despesas. Além disso, uma tributação nestes

---

<sup>184</sup> Brauner, Yariv e Baez, A, “Withholding Taxes in the Service of BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy”, in *IBFD White Paper*, 2 de Fevereiro de 2015.

<sup>185</sup> Olbert, Marcel e Christoph Spengel, “International...”, in *World Tax Journal*, Fevereiro 2017, pág. 17.

<sup>186</sup> *Ibid* Brauner, Yariv e Baez, A. Excluem-se as operações *B2C*, uma vez que estes pagamentos não reduzem a base tributável, logo, não são susceptíveis de dar origem à erosão da base tributária.

<sup>187</sup> Moreno, Andrés Báez, “A Note...”, in *Intertax*, Volume 46, N.º 6 & 7, 2018., pág. 563.

termos pode colidir com certas regras do comércio internacional, na medida em que se afigura como uma tributação indirecta sobre o comércio internacional<sup>188</sup>.

Para além disso, a grande questão que se coloca é a de o que tributar e em que termos. Não havendo uma concretização da base tributável, esta pode corresponder a todos os pagamentos em sede de economia digital ou apenas aos lucros das empresas da economia digital. Neste sentido, é preciso definir o que se pretende tributar<sup>189</sup>.

Pelo exposto, a OCDE, embora não obste à aplicação desta solução, não a recomenda como solução para os problemas causados pela economia digital.

#### **d) Medidas unilaterais**

Pese embora se pretenda adequar as regras de tributação internacional à realidade económica que lhes é subjacente, não tem sido fácil desenvolver a matéria.

A existência de vários interesses em jogo mina um alinhamento inicial, uma vez que cada jurisdição irá pretender sempre manter os seus princípios. Devido aos vários interesses, o pretendido fácil e rápido alinhamento é difícil de alcançar. Assim, a falta de consenso obsta à tomada de decisões urgentes.

Por considerarem que está em causa a equidade fiscal, alguma doutrina propõe a introdução de medidas unilaterais e temporárias. Países como França, Israel, Índia e Austrália já procederam à introdução destas medidas<sup>190</sup>.

Perante esta intenção de alguns Estados, note-se que a OCDE não se opôs à introdução destas medidas, desde que se tratem de medidas temporárias e localizadas, e que não colidam com os princípios reguladores do comércio internacional e dos tratados existentes<sup>191</sup>.

---

<sup>188</sup> Olbert, Marcel e Christoph Spengel, “International...”, in *World Tax Journal*, Fevereiro 2017, pág. 17. Kofler, Georg, Mayr, Gunter & Christoph Schlager, “Taxation...”, in *European Taxation*, Dezembro de 2017, pág. 531.

<sup>189</sup> *Ibid* Kofler, Georg, Mayr, Gunter & Christoph Schlager.

<sup>190</sup> Dourado, Ana Paula, “Digital...”, in *Intertax*, Volume 46, N.º 6 & 7, Kluwer, 2018, pág. 568. EY, *Digital Tax Developments*, Abril de 2016 (EY 2016). Wagh, S., “The Taxation of Digital Transactions in India: The New Equalization Levy”, in *Bull. Intl. Tax*, V. 70, N.º 9, Agosto de 2016, pp. 548 e ss.

<sup>191</sup> Dourado, Ana Paula, “Digital...”, in *Intertax*, Volume 46, N.º 6 & 7, Kluwer, 2018, pág. 569. Olbert, Marcel e Christoph Spengel, “International...”, in *World Tax Journal*, Fevereiro 2017, pág. 19.

Apesar de não se ter proposto a introdução destas medidas, sublinhamos que esta solução não foi assumida pela Organização como a resposta aos problemas de tributação das operações que envolvem activos intangíveis<sup>192 193</sup>.

**e) A nossa opinião**

Tendo em conta o exposto, entendemos que a melhor proposta será a de tributação no Estado de destino, nos termos de uma reformulação do método do fraccionamento dos lucros.

Efectivamente, a tributação de lucros no mercado onde são gerados afigura-se como a abordagem mais actual à determinação dos preços de transferência que envolvem intangíveis.

Se, por um lado, o lado da produção deve ser considerado para efeitos de determinação do preço de transferência, também o lado da procura o deve ser. Na verdade, a questão inquina num ciclo vicioso: sem produção, não há procura; sem procura, não há produção<sup>194</sup>.

Por outro lado, com a tributação dos lucros obtidos pelas multinacionais de acordo com uma alocação segundo uma reformulação do método do fraccionamento dos lucros, entendemos que se assegura a competência de tributação de outras jurisdições envolvidas.

---

<sup>192</sup> Na senda de Olbert, concordamos com o autor quando este refere que a posição da OCDE, ao aceitar a implementação destas medidas, é estranha, na medida em que a OCDE sempre assumiu como ideal a coordenação e adopção de posições conjuntas. *Vide* Olbert, Marcel e Christoph Spengel, “International...”, in *World Tax Journal*, Fevereiro 2017, pág. 43; OECD (2016), *Beps Project Explanatory Statement: 2015 Final Reports*, OCED/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, pág. 22. Duff & Phelps, Lubick, Jonathan et al, “OECD...”, in *Guide to International Transfer Pricing*, Law, Tax Planning and Compliance Strategies, 2014, Wolters Kluwer, Holanda, pág. 70.

<sup>193</sup> Estranhámos a adopção de medidas unilaterais na União Europeia. Ainda que, de um ponto de vista singular – i.e., de cada Estado – se possa obter algum retorno, os Estados da União Europeia devem ter em conta a sua pertença ao Mercado Único, sob pena de o colocarem em causa.

<sup>194</sup> De Wilde. Wilde, Maarten Floris de, “Comparing...”, in *Intertax*, Volume 46, N.º 46, 2018, pág. 471.

O facto de outras jurisdições onde foram produzidos os activos poderem ter direitos de tributação sobre os mesmos permite que haja um equilíbrio na distribuição das competências de tributação.

E para obstar à criação de situações de dupla tributação, propõe-se a atribuição de um crédito de imposto, por parte da jurisdição das vendas, na proporção do montante de imposto pago nas outras jurisdições.

## **Jurisprudência**

Ao mesmo tempo que se discutem as propostas para reformular o actual regime dos preços de transferência, a nível internacional, também a jurisprudência se tem vindo a pronunciar sobre o tema em vários casos recentes.

Para efeitos da nossa análise, iremos debruçar-nos sobre dois acórdãos recentes: *Altera Corporation v. Commissioner of Internal Revenue*, do Tribunal do 9<sup>th</sup> Circuit, e *Hornbach-Baumarkt-AG v. Finanzamt Landau*, do Tribunal de Justiça da União Europeia<sup>195</sup>.

Do ponto de vista do princípio das entidades independentes, *stricto sensu*, na falta de elementos comparáveis, as autoridades fiscais não poderão proceder à análise (e eventual correcção) alocação de lucros e custos efetuada pelos contribuintes<sup>196</sup>.

Vejamos, em cada caso, o diferente entendimento dos tribunais relativamente à interpretação do princípio das entidades independentes.

**a) *Altera Corporation v. Commissioner of Internal Revenue*, 24 de Julho de 2018<sup>197</sup>**

No caso *Altera Corporation v. Commissioner of Internal Revenue* (doravante designado por “caso Altera”), o Tribunal do 9<sup>th</sup> Circuit foi chamado a pronunciar-se sobre a aplicação das regras de preços de transferência que exigem que às entidades relacionadas sejam alocados custos que entidades independentes não iriam incorrer quando negociassem à luz do princípio das entidades independentes<sup>198</sup>.

Em causa, estavam os custos das compensações com planos de acções no âmbito dos acordos de partilha de custos, por forma a que os acordos de partilha de custos qualifiquem como válidos (i.e., à luz do princípio das entidades independentes)<sup>199</sup>.

---

<sup>195</sup> US: CA 9th Cir. 24 de Julho de 2018, *Altera Corporation & Subsidiaries v. Commissioner of Internal Revenue*, n.º 16-70496 (9<sup>th</sup> Circ. 2018). TJUE, Processo C-382/16, *Hornbach-Baumarkt AG v. Finanzamt Landau*, ECLI:EU:C:2018:366.

<sup>196</sup> Dourado, Ana Paula, “Profit Splitting and the Aspirational Arm’s Length Standard”, in *Intertax*, Volume 46, n.º 11, Novembro de 2018, pág. 832.

<sup>197</sup> O acórdão aguarda nova decisão, em virtude da morte do juiz Stephen Reinhardt antes de ser proferida a sentença, tendo sido substituído pela Juíza Susan Graher. Neste momento, o caso aguarda nova decisão do novo colectivo.

<sup>198</sup> V. descrição e análise em Dourado, Ana Paula, “Profit...”, in *Intertax*, Volume 46, n.º 11, pp. 832 e ss.

<sup>199</sup> PwC, *Ninth Circuit reverses Tax Court in “Altera”, requires stock-based compensation to be covered by cost sharing payments*, 27 de Julho de 2018, Tax Insights from Transfer Pricing, pág. 1. *Altera Corp. V. CIR*, pág. 5. V. descrição em Dourado, Ana Paula, “Profit...”, in *Intertax*, Volume 46, n.º 11, pág. 832.

A *Altera Corporation* (doravante designada por “Altera”), empresa americana que desenvolve e venda de dispositivos lógicos de programação, celebrou, em 1997, um acordo *R&D* de partilha de custos com a sua subsidiária residente nas Ilhas Caimão, a *Altera International Inc.* (doravante designada por “Altera Int”)<sup>200 201</sup>.

Para fazer face à proliferação deste tipo de acordos entre empresas relacionadas, o Congresso norte-americano aprovou legislação no sentido de dotar o IRS de mais poderes para poder proceder à alocação de lucros e despesas entre as entidades contratantes<sup>202</sup>.

Entre os exercícios fiscais de 2004 e 2007, a Altera atribuiu a alguns colaboradores planos de acções, os quais não foram incluídos no acordo de partilha de custos *supra* referido<sup>203</sup>.

No entender do IRS, a inclusão dos custos incorridos com os planos de acções no acordo de partilha de custos reflete o substracto económico da operação. Por outro lado, a Altera entendia que a alocação de custos excede a autoridade do IRS<sup>204</sup>.

Ora, a questão principal no caso prende-se com a interpretação do princípio das entidades independente e se o IRS pode proceder à alocação de custos entre entidades relacionadas que entidades independentes não acordariam em partilhar<sup>205</sup>.

Como premissa da análise, o Tribunal do *9th Circuit* defende que o princípio das entidades independentes é um princípio orientado para os resultados, i.e., com o

---

<sup>200</sup> “Under these arrangements [entenda-se, acordos celebrados entre entidades relacionadas residentes em jurisdições com níveis de tributação altos e baixos ou inexistentes, no âmbito do desenvolvimento de activos intangíveis] a U.S. corporation might enter into a research and development (“R&D”) cost-sharing agreement with its foreign subsidiar located in a low tax jurisdiction and Grant the offshore company rights to exploit the property internally”, in *Altera Corp. V. CIR*, pág. 6.

<sup>201</sup> PwC, *Ninth...*, Tax Insights from Transfer Pricing, pág. 2.

<sup>202</sup> *Ibid Altera Corp. V. CIR*. Dourado, Ana Paula, “Profit...”, in *Intertax*, Volume 46, n.º 11, pág. 833.

<sup>203</sup> *Ibid*. A poupança fiscal foi na ordem dos 80 milhões de dólares para a Altera, aqui tida como a empresa associada.

<sup>204</sup> Não obstante o reforço de poderes do IRS por parte do Congresso.

<sup>205</sup> Sobre o que se entende por uma operação controlada realizada de acordo com o princípio das entidades independentes, veja-se *Altera Corp. V. CIR*, pág. 7. V. Dourado, Ana Paula, “Profit...”, in *Intertax*, Volume 46, n.º 11, pág. 833.

princípio, pretende-se alcançar a paridade no rendimento tributável e não a paridade no método de determinação dos preços de transferência<sup>206</sup>.

Quanto aos argumentos das partes, vejamos.

Por um lado, a Altera defende que o princípio das entidades independentes requer uma análise comparativa, pelo que o IRS não pode realizar uma alocação de custos entre entidades relacionadas quando não há elementos comparáveis fornecidos por operações entre entidades independentes<sup>207</sup>. No fundo, se entidades independentes não acordariam partilhar estes custos, então também entidades relacionadas não os deveriam partilhar.

Por outro lado, o IRS defende que a sua actuação de aplicar um método interno de alocação de custos, no caso, é compatível com o princípio das entidades independentes.. O IRS, com esta posição, pretende alocar os custos incorridos numa lógica de atribuição dos custos e dos lucros apropriados e relacionados com as funções realizadas<sup>208</sup>.

Para o IRS, este método revela-se necessário e compatível com o princípio das entidades independentes, na medida em que os acordos de partilha de custos entre entidades relacionadas não encontram correspondentes comparáveis no mercado.

Adicionalmente, o Congresso, ao longo dos anos, tem vindo a conferir ao IRS mais poderes de alocação de lucros e custos aquando da análise de operações controladas<sup>209</sup>.

Nas palavras do juiz-presidente Thomas, “(...) *the ultimate issue is not what the arm’s length should mean but rather whether Treasury may define the standard as it has*”<sup>210</sup>.

---

<sup>206</sup> *Altera Corp. v. CIR*, pág. 7.

<sup>207</sup> *Ibid.* PwC, *Ninth...*, Tax Insights from Transfer Pricing, pág. 2.

<sup>208</sup> «*This “commensurate with income” method analyzes the income generated by intangible property in comparison with the amount paid (usually as royalty) to the parent*», in *Altera Corp. v. CIR*, pág. 7.

<sup>209</sup> *Ibid.*

<sup>210</sup> *Ibid.*

Em 2015, no caso *Altera Corp. & Subsidiaries v. Comm'r*, 145 T.C. 91 (2015), o tribunal considerou que alocação de lucros e custos realizada pelo IRS deve basear-se no princípio das entidades independentes, o qual só é respeitado, na íntegra, se a alocação realizada possa ser comparada com uma alocação semelhante entre entidades independentes. No entanto, o IRS não adoptou esta posição na alocação realizada<sup>211</sup>.

Na base da argumentação do IRS está Secção 482 do *Internal Revenue Code*<sup>212</sup>. A reformulação da interpretação desta norma permite uma flexibilização do princípio das entidades independentes, de modo a reforçar a determinação dos preços de transferência<sup>213</sup>.

De facto, a inclusão da cláusula de uma cláusula que permite uma alocação de custos ou rendimentos por parte do IRS serviu para resolver as questões de aplicação do princípio das entidades independentes quando não existam elementos comparáveis<sup>214</sup>.

Já em 1986, o IRS defendia, à luz dos poderes que lhe foram conferidos pelo Congresso, que as entidades relacionadas deveriam incluir os custos com os planos de acções nos acordos de partilha de custos<sup>215</sup>.

Para a Altera e para o tribunal da instância, o IRS não respondeu aos comentários relativos ao facto de entidades independentes não partilharem os custos com planos de acções nos acordos de partilha de custos.

---

<sup>211</sup> O tribunal, de resto, seguiu a jurisprudência do caso *Xilinx*.

<sup>212</sup> Cumpre-nos apenas notar, a título breve, que a esta secção, em 1968, exigia a comparação entre operações controladas e operações independentes. Com a introdução do princípio “*commensurate with income*”, em 1982, e com o reforço dos poderes do IRS, entende-se que, nas operações que envolvem activos intangíveis, “(...) *the income with respect to such transfer or licence shall be commensurate with the income attributable to the intangible*”, in PwC, *Ninth...*, Tax Insights from Transfer Pricing, pág. 2.

<sup>213</sup> A alocação dos lucros e dos custos nas operações controladas, e recorrendo ao princípio da adequação dos mesmos deve-se à prevenção da erosão da base tributável e para assegurar a transparência dos lucros e custos de cada operação. Neste sentido, veja-se *Altera Corp. v. CIR*, pág. 13.

<sup>214</sup> *Altera Corp. v. CIR*, pág. 18. Já no relatório elaborado intitulado “*White Paper*”, o IRS já reconhecia que a análise comparativa podia, muitas vezes, não ser suficiente. Todavia, neste relatório, não se abordou o tema dos planos de acções.

<sup>215</sup> *Altera Corp. v. CIR*, pág. 23.

Ora, no entendimento do Tribunal do *9th Circuit*, o IRS, aquando da alocação dos custos, baseou-se no preâmbulo e demais considerações subjacentes ao método do aplicado pelo IRS, pelo que o argumento da Altera não procede<sup>216</sup>.

Além deste argumento, o Tribunal do *9th Circuit* concluiu ainda que, de acordo com as regras da arte (leia-se, da indústria no caso), as partes não acordariam proceder à atribuição de planos de acções se os custos fossem relevantes.

Entendeu o Tribunal do *9th Circuit* que o método aplicado se coaduna com o princípio das entidades independentes, uma vez que se trata de uma forma de assegurar o desiderato económico da operação em causa<sup>217</sup>.

Face ao exposto, podemos concluir que o IRS adopta uma interpretação do princípio das entidades independentes diferente daquela que, tradicionalmente, é tida em consideração<sup>218 219</sup>.

De acordo com esta posição, o princípio das entidades independentes não depende da análise da operação homóloga realizada em condições de mercado e a operações de mercado<sup>220</sup>. Atenta-se à realidade económica da própria operação em causa sem recurso à comparação com outras operações, para que exista uma alocação justa de custos e de lucros<sup>221</sup>.

---

<sup>216</sup> Sobre os objectivos do IRS, *vide supra*.

<sup>217</sup> PwC, *Ninth...*, Tax Insights from Transfer Pricing, pág. 3.

<sup>218</sup> *Altera Corp. v. CIR*, pág. 31. Não se trata de uma nova interpretação, mas sim de melhoramento da interpretação até agora considerada. Assim, *vide Altera Corp. v. CIR*, pp. 36 e 37.

<sup>219</sup> Contrariamente, na opinião da juíza Kathleen O'Malley, o IRS não demonstrou a obrigatoriedade de inclusão dos custos de planos de acções nos acordos de partilha de custos, nem tão-pouco a legislação permite este tipo de actuação ao IRS, in *Altera Corp. v. CIR*, pp. 46 e 47. PwC, *Ninth...*, Tax Insights from Transfer Pricing, pp. 3 e 4.

<sup>220</sup> *Altera Corp. v. CIR*, pág. 58. “*Treasury set forth its understanding that it should not examine comparable transactions when they do not in fact exist and should instead focus on a fair and reasonable allocation of costs and income*”, in *Altera Corp. v. CIR*, pág. 60. V. descrição e análise em Dourado, Ana Paula, “Profit...”, in *Intertax*, Volume 46, n.º 11, pp. 834 e ss.

<sup>221</sup> O facto de não existirem elementos comparáveis não prejudica a determinação dos preços de transferência.

Em conclusão, e na senda do IRS e do Tribunal do *9th Circuit*, podemos afirmar que o princípio das entidades independentes tem várias interpretações, as quais permitem a determinação dos preços de transferência em cada caso.

**b) *Hornbach-Baumarkt AG v. Finanzamt Landau*, Processo C-382/16, 31 de Maio de 2018**

No caso em apreço, estava em causa a legislação fiscal alemã, de acordo com a qual os lucros de uma entidade residente na Alemanha provenientes de operações controladas com entidades não residentes na Alemanha serão sujeitos a correcção por parte da administração fiscal, se, após análise, não tiverem sido obtidos à luz do princípio *das entidades independentes*.

Por outro lado, caso os lucros, decorrentes da realização de operações controladas, forem obtidos através de operações entre entidades residentes na Alemanha, não ocorrerá qualquer correcção<sup>222</sup>.

Analisemos, portanto, o caso.

A Hornbach-Baumarkt AG (doravante designada por “Hornbach”) é uma empresa alemã que gere e explora lojas de bricolagem e de materiais de construção na União Europeia.

Em 2003, a Hornbach era detentora, através de uma participação indirecta, através da sua filial Hornbach International GmbH e da filial holandesa desta, a Hornbach Holding BV, de outras duas sociedades holandesas. A participação era de 100% nas duas.

Estas duas últimas sociedades holandesas estavam sub-capitalizadas, pelo que a entrada de capital, mais do que urgente, era necessária para o desenvolvimento do negócio.

---

<sup>222</sup> Sobre o disposto na legislação fiscal alemã, *vide Hornbach-Baumarkt (C-382/16)*, parágrafo 3.

Neste sentido e cumprindo com as exigências do intermediário financeiro responsável pela concessão de financiamento a estas entidades, a Hornbach emitiu cartas de conforto em nome destas entidades como forma de garantia do financiamento bancário<sup>223</sup>. Note-se que estas cartas de conforto foram emitidos sem qualquer pedido de contrapartida – i.e., remuneração pela assunção do risco<sup>224</sup>.

Tendo em consideração o exposto, a administração fiscal alemã entendeu que, em circunstâncias semelhantes, entidades independentes teriam acordado uma remuneração pela emissão das cartas de conforto, pelo que os rendimentos da Hornbach deveriam ser corrigidos.

Segundo a administração fiscal alemã, os rendimentos da Hornbach deveriam ser aumentados até a um montante que corresponda ao montante presumido que seria auferido por entidades independentes em circunstâncias semelhantes<sup>225</sup>.

Na perspectiva da Hornbach, este entendimento não é correcto. Como tal, a empresa interpôs recurso, após indeferimento das reclamações apresentadas, para o Tribunal Tributário do *Land* competente.

Segundo a Hornabch, a aplicação da correcção dos lucros é discriminatória, na medida em que apenas se aplica às operações controladas realizadas entre entidades residentes em diferentes Estados-Membros. Para além de discriminatória, esta posição revela também uma restrição à liberdade de estabelecimento<sup>226</sup>.

Na resposta, a administração fiscal alemã voltou a alegar que a falta de contrapartida para a emissão das cartas de conforto se afasta da prática do mercado, e que a Hornbach poderia ter apresentado provas que justificassem a não exigência de qualquer contrapartida financeira<sup>227</sup>.

---

<sup>223</sup> V. descrição em Dourado, Ana Paula, “Profit...”, in *Intertax*, Volume 46, n.º 11, pág. 834.

<sup>224</sup> Sobre o conteúdo das cartas de conforto, vide *Hornbach-Baumarkt (C-382/16)*, parágrafos 9 e 10.

<sup>225</sup> *Hornbach-Baumarkt (C-382/16)*, parágrafo 11. *Ibid* Dourado, Ana Paula, pág. 834.

<sup>226</sup> *Hornbach-Baumarkt (C-382/16)*, parágrafos 13 e 14.

<sup>227</sup> *Hornbach-Baumarkt (C-382/16)*, parágrafos 15 e 16.

Apresentados os argumentos de ambas as partes, o órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas quanto à compatibilidade da disposição legal alemã em causa com a liberdade de estabelecimento.

O órgão jurisdicional de reenvio reconhece que existe uma restrição à liberdade de estabelecimento, à semelhança da jurisprudência do TJUE em casos anteriores<sup>228</sup>. Contudo, a questão prende-se com a existência de proporcionalidade na medida da restrição<sup>229</sup>.

Segundo o princípio da proporcionalidade, o contribuinte deve poder fornecer elementos que justifiquem a realização da operação em condições diferentes das condições habitualmente praticadas no mercado. É, justamente, sobre esta questão que o órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas<sup>230</sup>.

Ainda que a legislação alemã preveja a possibilidade do contribuinte apresentar razões que justifiquem a prática de condições diferentes das condições de mercado em operações com entidades terceiras, a mesma legislação não prevê esta possibilidade

quando estão em causa operações realizadas entre entidades relacionadas e cuja relação de grupo serve de base à realização da operação<sup>231</sup>.

Segundo o TJUE, e na senda da sua esteira, elenco normativo relativo à liberdade de estabelecimento não permite restrições ao estabelecimento num outro Estado-Membro desde que respeitadas a legislação dessa jurisdição<sup>232</sup>.

---

<sup>228</sup> Por exemplo, TJUE, Processo C-311/08, *SGL*, EU:C:2010:26, de 21 de Janeiro de 2010. Neste acórdão, o TJUE reconhece que a diferença de tratamento fiscal entre empresas residentes relacionadas e empresas não residentes relacionadas constitui uma restrição à liberdade de estabelecimento.

<sup>229</sup> No acórdão SGI, o TJUE considerou que restrição era proporcional aos objectivos a prosseguir, i.e., com a “(...) *necessidade de salvaguardar a repartição equilibrada do poder tributário entre os Estados-Membros e de prevenir a evasão fiscal*”, in *Hornbach-Baumarkt (C-382/16)*, parágrafo, 20.

<sup>230</sup> *Hornbach-Baumarkt (C-382/16)*, parágrafo 23.

<sup>231</sup> *Hornbach-Baumarkt (C-382/16)*, parágrafo 24.

<sup>232</sup> Neste sentido, veja-se TJUE, Processo c-593/14, *Masco Denmark e Damixa*, EU:C:2016:984, 21 de Dezembro de 2016, parágrafos 24 e 25.

No caso concreto, a correcção aplicada pela administração fiscal alemã só ocorre, porque está em causa uma operação controlada entre entidades localizadas em diferentes Estados-Membros. Donde, há, de facto, um tratamento menos favorável neste tipo de operações e relativamente às entidades envolvidas.

No seguimento da jurisprudência do TJUE, qualquer restrição à liberdade de estabelecimento só pode ser justificada se não estiverem em causa situações que, pelos seus elementos objectivos, não são comparáveis, e se, à luz do Direito da União Europeia, estiverem em causa razões de interesse geral<sup>233</sup>.

Nos argumentos aduzidos pelo governo alemão, a situação fiscal de uma empresa-mãe é diferente consoante tenha relações de grupo com entidades residentes ou não residentes na Alemanha.

No caso de reacções de grupo e respectiva realização de operações entre entidades residentes na Alemanha, o facto de se transferirem os rendimentos de uma entidade para outra não obsta à tributação dos mesmos. A incidência subjectiva do imposto altera-se, mas os rendimentos continuarão a ser sujeitos a tributação na Alemanha.

Noutra vertente, no caso de operações realizadas entre entidades localizadas em jurisdições de outros Estados-Membros, a deslocalização de rendimentos para outra jurisdição que não a alemã leva a que o Estado alemão não possa sujeitar a tributação esses rendimentos, devido ao princípio da territorialidade<sup>234</sup>.

Assim, a legislação alemã controversa justificar-se-ia pelo interesse geral da preservação das competências de tributação dos Estados-Membros<sup>235</sup>.

E foi nesse sentido que o TJUE se pronunciou. Segundo o Tribunal, ao ser permitida a transferência de lucros de uma entidade residente para uma entidade não residente, sob a forma de suprimentos excepcionais ou gratuitos, obsta-se à efectiva

---

<sup>233</sup> *Hornbach-Baumarkt (C-382/16)*, parágrafo 36.

<sup>234</sup> *Hornbach-Baumarkt (C-382/16)*, parágrafos 38 a 40.

<sup>235</sup> Esta posição encontra correspondência na jurisprudência constante do TJUE. *Hornbach-Baumarkt (C-382/16)*, parágrafo 43. Neste parágrafo, o TJUE refere alguns acórdãos sobre a preservação dos direitos de tributação dos Estados-Membros.

sujeição a tributação destes rendimentos na jurisdição de origem e põe-se em causa o equilíbrio na distribuição de competências de tributação entre as jurisdições em causa<sup>236</sup>.

Com base no exposto, o TJUE considerou que a legislação alemã em causa é “(...) *adequada para garantir a preservação da repartição da competência fiscal entre os Estados-Membros*”<sup>237</sup>.

Relativamente à proporcionalidade, o TJUE começa por dizer que, desde que a legislação nacional assente numa análise objectiva dos elementos da operação, a mesma revela-se proporcional ao objectivo de interesse geral a prosseguir.

Para tal, da análise levada a cabo, deve-se concluir que (i) há uma suspeita de que as condições da operação controlada diferem das condições de mercado numa operação semelhante, e que (ii) a correcção – do lucro obtido ou dos custos incorridos – se limita apenas ao montante excedente do montante que teria sido acordado por entidades independentes<sup>238</sup>.

Embora não tenha sido contestado pela Hornbach, o governo alemão fez notar que a correcção se operou apenas no montante excedente nos termos acima descritos.

Ainda no âmbito do exame da proporcionalidade, cumpre analisar se a Hornbach pode apresentar razões para explicar a realização da operação e se essas razões podem justificar as vantagens obtidas.

Na óptica do Tribunal, a mobilização de fundos por parte da Hornbach em virtude da sub-capitalização das suas filiais é justificável, tendo em conta o desenvolvimento das actividades das mesmas<sup>239</sup>.

Não se pronunciando sobre a validade da justificação apresentada, embora tenha considerado que a sustentabilidade comercial é, em geral, uma justificação aceite, o

---

<sup>236</sup> *Hornbach-Baumarkt (C-382/16)*, parágrafos 44 e 45.

<sup>237</sup> *Hornbach-Baumarkt (C-382/16)*, parágrafo 47. KPMG, *CJEU decision in the Hornbach Baumarkt case*, Euro Tax Flash 347.

<sup>238</sup> *Hornbach-Baumarkt (C-382/16)*, parágrafo 49.

<sup>239</sup> Note-se que o governo alemão não colocou em causa a hipótese de evasão fiscal.

TJUE remeteu a análise da possibilidade de apresentação de argumentos justificativos da operação para o órgão jurisdicional de reenvio.

Em conclusão, o TJUE pronunciou-se pela adequação da legislação nacional em causa.

### c) A nossa opinião

No caso *Altera*, a interpretação do princípio das entidades independentes foi posta em causa, uns anos antes, pelo próprio Congresso, ao ter atribuído mais poderes ao IRS para proceder à alocação de lucros e custos de acordo com a sua interpretação do princípio.

Ao se afastar da interpretação tradicional do princípio das entidades independentes, o Tribunal do *9th Circuit* não está a substituir o princípio, mas, outrossim, a desenvolver uma nova interpretação do mesmo. A este desenvolvimento damos o nome de método de fracionamento dos lucros<sup>240</sup>.

Mais do que uma interpretação, trata-se mesmo do disposto no *Revenue Act*, quando se permite ao IRS proceder a distribuições e alocações, de forma a prevenir a evasão fiscal e para reflectir o substracto económico da operação<sup>241</sup>.

Assim, a alocação dos lucros e dos custos não depende da existência de elementos comparáveis. O IRS está legalmente habilitado a proceder à correcção dos lucros e dos custos nas operações controladas tendo em consideração uma alocação justa e razoável dos mesmos, por forma a reflectir a realidade económica da operação<sup>242</sup>.

No que diz respeito aos activos intangíveis, o Tribunal do *9th Circuit* reconheceu que os lucros decorrentes de operações que envolvam activos intangíveis devem ser atribuídos de acordo com o valor do próprio activo transferido.

---

<sup>240</sup> Dourado, Ana Paula, “Profit...”, in *Intertax*, Volume 46, n.º 11, pág. 833.

<sup>241</sup> *Ibid. Altera Corp. v. CIR*, pág. 13.

<sup>242</sup> *Ibid* Dourado, Ana Paula.

Contudo, e uma vez que a decisão do caso ainda não é final, entendemos que a comunidade internacional ainda se encontra reticente quanto à aplicação do método do fraccionamento dos lucros.

Ainda que os elementos do caso nos forneçam argumentos relevantes para uma interpretação mais actual do princípio das entidades independentes à luz dos recentes desenvolvimentos económicos e empresariais dos grupos multinacionais, entendemos que as posições do tribunal da instância e da Juíza Kathleen O'Malley demonstram que o *status quo* da interpretação actual do princípio impede, por agora, mudanças mais profundas<sup>243</sup>.

Por outro lado, o TJUE optou por levar a cabo uma outra interpretação do princípio das entidades independentes. Ainda que a interpretação tenha sido à luz do Direito da União Europeia, não deixa de ser notório o contraste de posições entre o TJUE e o Tribunal do *9th Circuit*.

O reenvio do caso para análise do TJUE deveu-se, em primeiro lugar à dúvida do órgão jurisdicional de reenvio em relação à compatibilidade da legislação alemã em causa com o Direito da União Europeia –i.e., liberdade de estabelecimento, dúvida essa que foi mitigada pelo TJUE: existe, de facto, uma restrição à liberdade de estabelecimento<sup>244</sup>.

Por outro lado, o órgão jurisdicional de reenvio também teve dúvidas quanto à admissibilidade de razões económicas na base da relação entre as partes, como elementos das razões comerciais, para justificar a operação levada a cabo<sup>245</sup>.

Neste sentido, podemos concluir, a título preliminar, que a residência das entidades e a semelhança das operações não releva para o teste da comparabilidade, mas sim como critério aferidor da salvaguarda da competência de tributação dos Estados.

---

<sup>243</sup> Vide nota 218. *Ibid* Dourado, Ana Paula, pág. 834.

<sup>244</sup> Dourado, Ana Paula, “Profit...”, in *Intertax*, Volume 46, n.º 11, pág. 834. O TJUE reconhece que essa restrição existe, conforme referimos *supra*.

<sup>245</sup> *Hornbach-Baumarkt (C-382/16)*, parágrafo 51.

Notamos que não consideramos o critério adequado para uma análise comparativa, uma vez que o TJUE opta por comparar o que não é comparável<sup>246</sup>.

Ainda assim, o TJUE prosseguiu a sua análise e concluiu pela adequação da legislação alemã com o Direito da União Europeia, na medida que existe uma razão de interesse geral que lhe é subjacente, i.e., a preservação de competência de tributação.

Face ao exposto, entendemos que a posição do TJUE é reveladora de uma interpretação específica do princípio das entidades independentes.

Ao concluir pela adequação de legislação como a versada no caso concreto com o Direito da União Europeia, o TJUE acaba por pôr em causa o entendimento e a actuação das administrações fiscais.

Se o TJUE admitiu que, numa operação entre entidades independentes, teria sido acordada uma contrapartida pela emissão das cartas de conforto, o mesmo tribunal também admitiu que podem existir razões económicas por de trás da emissão das referidas cartas de conforto em operações controladas<sup>247</sup>.

No entanto, a análise destas razões não é da competência do TJUE, mas sim do órgão jurisdicional de reenvio. Assim, o órgão jurisdicional de reenvio terá de ter em consideração as razões justificativas apresentadas pela Hornbach, ainda que subjacentes a uma relação de grupo entre as entidades da operação.

Noutra vertente, desta posição do TJUE resulta a conclusão de que administração fiscal alemã se deveria ter pronunciado sobre a adequação das razões justificativas apresentadas pelo contribuinte<sup>248</sup>.

Para as administrações fiscais, no seguimento deste entendimento, a questão irá passar sobre o que é que se deve entender sobre as razões económicas que justifiquem

---

<sup>246</sup> *Ibid* Dourado, Ana Paula, pág. 834.

<sup>247</sup> *Hornbach-Baumarkt (C-382/16)*, parágrafo 56.

<sup>248</sup> Este entendimento do TJUE pode dever-se ao facto de a administração fiscal alemã não ter levantado qualquer questão relativa a uma alegada evasão fiscal.

os preços de uma operação controlada, e em que medida essas razões se apresentam como adequadas para justificar os preços praticados.

Será esse o exercício que deverá ser feito pelas administrações fiscais na análise das operações entre entidades relacionadas. Contudo, entendemos que a tarefa não se afigura fácil, na medida em que não há um critério aferidor das razões justificativas que se devem ter por adequadas a explicar os termos da operação realizada.

Assim, concluímos que o mesmo argumento que permite aos Estados preservar as suas competências de tributação irá pôr em causa as correções levadas a cabo pelas administrações fiscais.

## **Conclusão**

A deslocalização de entidades pertencentes ao mesmo grupo reflecte o panorama de grande parte das operações no mercado: hoje, as empresas (e os seus grupos) estão cada vez mais globalizadas, seja pela ambição de maximizar os lucros, seja pela diversificação dos mercados em que actuam.

Além desta característica, os grupos multinacionais assumem-se como um conjunto cada vez mais interligado, pondo em evidência a interdependências das entidades relacionadas nas operações que realizam entre si.

Em virtude desta nova configuração empresarial, o tema dos preços de transferência é, sem dúvida, um tema actual.

A realidade económica actual, em termos de estrutura empresarial e do tipo de activos transaccionados, alterou-se, pelo que as medidas têm de ser outras.

Como um tema actual que é, não pode ser tratado com abordagens que não acompanham o seu desenvolvimento. Isto é, as disposições legais dos regimes de preços de transferência têm de ser actualizadas, por forma a fazerem face aos novos desafios colocados pelas operações das multinacionais.

As mudanças pontuais ou até locais podem dar uma resposta momentânea ou localizada à problemática dos preços de transferência. Porém, num mundo cada vez mais globalizado, é necessário que haja um consenso internacional, para que daí resultem recomendações comuns aos Estados.

Mas não é só a estrutura dos grupos empresariais que mudou, nem a localização das entidades dos grupos. Também o tipo de activos transaccionados mudou, como já referimos.

Hoje, as operações entre entidades relacionadas, para além de envolverem os activos tangíveis tradicionais, passaram também a incluir os activos intangíveis. Ora, face a esta mudança, não podemos deixar de reconhecer que a OCDE já começa a dar importância ao tema.

A mudança de posição, ainda que gradual, mas lenta, da OCDE demonstra já uma preocupação deste organismo com o estado actual da resposta internacional à evolução dos grupos multinacionais e das suas operações, nomeadamente, ao tipo de activos transaccionados.

Ao reconhecer o recurso ao método do fraccionamento dos lucros como uma solução possível para a determinação dos preços de transferência, a OCDE demonstra a sua abertura e predisposição para responder aos desafios colocados pelas transacções que envolvem activos intangíveis.

Contudo, esta abertura é mínima, e mesmo as suas recomendações não revelam uma posição segura e determinada rumo à actualização dos métodos de determinação de preços de transferência.

Tal deve-se aos elementos subjacentes ao princípio das entidades independentes, dos quais se destaca o teste da comparabilidade entre as operações controladas com operações semelhantes realizadas por entidades independentes.

Não obstante a OCDE reconhecer, igualmente, a importância dos activos intangíveis, ao ponto de apresentar uma definição dos mesmos, certo é que as propostas para responder às operações controladas que envolvem estes activos continuam a reger-se pelo teste da comparabilidade, quando, na verdade, se tratam de activos únicos.

Não se trata apenas de uma reformulação das regras de determinação dos preços de transferência e do princípio que lhes é subjacente. Trata-se também de trazer à colação a influência do lado do consumo e a importância que tem na localização das entidades e bem assim dos preços praticados.

Numa tentativa de avançar com propostas para colmatar as falhas da OCDE, a doutrina tem vindo a pronunciar-se sobre possíveis respostas para a determinação dos preços de transferência nas operações que envolvem este tipo de activos.

São várias as propostas aduzidas pela doutrina para responder a esta problemática: desde a atribuição de direitos de tributação à jurisdição onde estão os consumidores até à adopção de medidas unilaterais.

Apesar dos vários contributos ou em virtude deles, as divergências são muitas, e bem assim as medidas propostas.

No que diz respeito à jurisprudência, as recentes posições do Tribunal do *9th Circuit* e do TJUE revelam interpretações diferentes do princípio das entidades independentes.

O alcance de cada interpretação será, tendencialmente, circunscrito à territorialidade do tribunal, mas os argumentos aduzidos poderão ser utilizados na construção dos casos por parte dos contribuintes.

Nesse sentido, a jurisprudência irá continuar a ter uma importância muito relevante na configuração do princípio das entidades independentes, seja no seu apuramento, seja na sua restrição.

Todavia, não vemos como possível a reformulação do princípio das entidades independentes através da jurisprudência, devido, sobretudo, aos vários entendimentos do princípio, conforme demonstrámos *supra*.

O facto de não haver uma posição comum dos tribunais revela bem a dificuldade actual na interpretação do princípio. Entendemos, pois, que, a redefinição do princípio das entidades independentes também não pode assentar na via jurisprudencial.

Pelo exposto, entendemos que a solução para a problemática dos preços de transferência terá de passar pela adopção de nova legislação e por alterações nas convenções para evitar a dupla tributação. Para um problema actual, requerem-se medidas actuais.

## **Bibliografia**

### **A) Artigos e monografias**

Avi-Yonah, Reuven, “The Rise and Fall of Arm’s Length: A Study in the Evolution of US International Taxation”, in *Law & Economics Working Papers*, University of Michigan Law School, 2007.

Bilancy, Sunny Kishore, “Revised OECD Draft Guidance on the Profit Split Method: The Need for Conceptual Refinements!”, in *Bulletin for International Taxation*, Maio de 2017.

Brauner, Yariv, “Value in the Eye of the Beholder: The Valuation of Intangibles for Transfer Pricing Purposes”, 28, *Va. Tax Rev.* 79, 2008.

- “Transfer Pricing in BEPS: First Round – Business Interests Win (But, Not in Knock-Out)”, in *Intertax*, Vol. 43, N.º 1, 2015.
- “What the BEPS”, 16, in *Fla. Tax Rev.* 55, 2014.

Brauner, Yariv e Baez, A, “Withholding Taxes in the Service of BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy”, in *IBFD White Paper*, 2 de Fevereiro de 2015.

Chand, Vikram e Wagh, Sagar, “International – The Profit Split Method: Status Quo and Outlook in Light of the BEPS Action Plan”, in *International Transfer Pricing Journal*, Vol. 21, N.º 6, Novembro/Dezembro 2014.

Devereux, Michael P. & John Vella, *Implications of Digitalization for International Corporate Tax Reform*. Working paper series 2017, Oxford University Centre for Business Taxation, Julho de 2017.

Dourado, Ana Paula, *Governança Fiscal Global*, Coimbra, Almedina, 2017.

- “Digital taxation Opens the Pandora Box: The OECD Interim Report and the European Commission Proposals”, in *Intertax*, Volume 46, N.º 6 & 7, Kluwer, 2018.
- “Profit Splitting and the Aspirational Arm’s Length Standard”, in *Intertax*, Volume 46, n.º 11, Novembro de 2018.

Duff & Phelps, Bronson, Mark, Michelle Johnson & Kate Sullivan, “Overview/Best Practices”, in *Guide to International Transfer Pricing, Law, Tax Planning and Compliance Strategies*, 2014, Wolters Kluwer, Holanda.

- Lubick, Jonathan, Stéphane Gelin e Elfie Ossard-Quintaine, “OECD Guidelines”, in *Guide to International Transfer Pricing, Law, Tax Planning and Compliance Strategies*, 2014, Wolters Kluwer, Holanda,

Fris, P. & S. Gonnet, “The state of the Art in Comparability for Transfer Pricing”, 17 *Intl. Transfer Pricing J.* 2 (2010), Journals IBFD.

Hamaekers, Hubert, “Comparable Profits Method, An Arm’s Length Transfer Pricing Method?”, in *Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional*, Dourado, Ana Paula et al, Fisco, Lisboa, 2003.

Ilhan, Cansu Bagran, “The Use of Value Chain Analysis in a Profit Split”, in *International Transfer Pricing Journal*, July/August 2018.

Kofler, Georg, Mayr, Gunter & Christoph Schlager, “Taxation of the Digital Economy: “Quick Fixes” or Long-Term Solution?”, in *European Taxation*, Dezembro de 2017.

Lagarden, Martin, “Intangibles in a Transfer Pricing Context: Where Does the Road Lead?”, in *International Transfer Pricing Journal*, Setembro/Outubro, 2014.

- Lev, Baruch, *Intangibles: Management, Measurement and Reporting*, Brookings Institution Press, 1 de Junho de 2001.
- Milewska, Marta e Mendonza, Mauricio Hurtado de, “The Increasing Importance of Intangible Assets and the Rise of Profit Split Methods”, in *International Transfer Pricing Journal*, Março/Abril 2010.
- Moreno, Andrés Báez, “A Note on Some Radical Alternatives to the Existing International Corporate Tax and Their Implications for the Digital(ized) Economy”, in *Intertax*, Volume 46, N.º 6 & 7, 2018.
- Olbert, Marcel e Christoph Spengel, “International Taxation in the Digital Economy: Challenge Accepted?”, in *World Tax Journal*, Fevereiro 2017.
- Panayi, Christiana HJI, *Advanced Issues in International and European Tax Law*, Bloomsbury.
- Pasquier, C e S. Gelin, “Heading for a Split”, in *Tax Adviser Magazine* (1 de Abril de 2015), disponível em <http://taxadvisermagazine.com/article/heading-split>, pp. 2 e 3.
- Ribeiro, João Sérgio, *Tributação Presuntiva do Rendimento – Um Contributo para Reequacionar os Métodos Indirectos de Determinação da Matéria Tributável*, 2014, Almedina, reimpressão da edição de 2010.
- Rosenthal, Elizabeth King, “Taxing Platform Businesses With Highly Digitized Business Models”, in *Tax Notes International*, 11 de Junho, 2018.
- Schreiber, Ulrich e Fell, Lisa Maria, “International Profit Allocation, Intangibles and Sales-Based Transactional Profit Split”, in *World Tax Journal*, Fevereiro de 2017.
- Spinosa, Lisa & Vilkrum Chand, “A Long-Term Solution for Taxing Digitalized Business Models: Should the Permanent Establishment Definition Be Modified to Resolve the Issue or Should the Focus Be on a Shared Taxing Rights Mechanism?”, in *Intertax*, Volume 46, N.º 6 e 7, 2018.
- Stahl, Lukas, “The Use of The Profit Split Method in Highly Integrated Transactions”, in *International Transfer Pricing Journal*, Julho/Agosto, 2018.
- Storck, Alfred, Raffaele Petruzzi, Marta Pankiv & Romero J.S. Tavares, «Global Transfer Pricing Conference “Transfer Pricing in a Post-BEPS World”», in *International Transfer Pricing Journal*, Maio/Junho.
- T’ng, Alvin, “The Modern Marketplace, the Rise of Intangibles and Transfer Pricing”, in *Intertax*, Vol. 44, N.º 5, 2016.
- Wagh, S., “The Taxation of Digital Transactions in India: The New Equalization Levy”, in *Bull. Intl. Tax*, V. 70, N.º 9, Agosto de 2016.
- Wilde, Maarten Floris de, “Comparing Tax Policy Responses for the Digitalizing Economy: Fold or All-in”, in *Intertax*, Volume 46, N.º 46, 2018.

Zinn, Theresa, Riedel, Nadine & Christoph Spengel, “The Increasing Importance of Transfer Pricing Regulations: A Worldwide Overview”, in *Intertax*, Volume 42, N.º 6 e 7, Junho/Julho 2014.

## **B) Acórdãos**

CAAD, P. n.º 300/2013-T.

STA, no Processo 0571/13, e 21 de Setembro de 2016

US: CA 9th Cir. 24 de Julho de 2018, *Altera Corporation & Subsidiaries v. Commissioner of Internal Revenue*, n.º 16-70496 (9<sup>th</sup> Circ. 2018).

TJUE, Processo C-382/16, *Hornbach-Baumarkt AG v. Finanzamt Landau*, ECLI:EU:C:2018:366.

## **C) Publicações e relatórios**

Deloitte, *The new transfer pricing landscape: A practical guide to the BEPS changes*.

EU Joint Transfer Pricing Forum, *Discussion Paper on the Transactional Profit Split Method (PSM)*, 8 de Março de 2018.

EY, *Digital Tax Developments*, Abril de 2016 (EY 2016).

KPMG, *CJEU decision in the Hornbach Baumarkt case*, Euro Tax Flash 347.

OECD, *Glossary of Tax Terms*, <http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm#P>

OECD, *Transfer Pricing and Multinational Enterprises* – Report of the OECD Committee on Fiscal Affairs, Paris, 1979.

OECD, *Transfer Pricing for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Paris, 1995.

OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Paris, 22 July 2010.

OCDE (2015), *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, Action 1 – 2015, Final Report OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

OECD (2015), *Action Plan on Basis Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing.

OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*, Actions 8-10 – 2015 Final Reports, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing Paris.

OECD (2016), *BEPS Project Explanatory Statement: 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

OECD (2018), *Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method: Inclusive Framework on BEPS: Action 10*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Paris.

PwC, *Ninth Circuit reverses Tax Court in “Altera”, requires stock-based compensation to be covered by cost sharing payments*, 27 de Julho de 2018, Tax Insights from Transfer Pricing, pág. 1. *Altera Corp. V. CIR*.

United Nations, *Practical Manual on Transfer Pricing*, 2013, Nova Iorque.